

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO



EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

CURSO ACADÉMICO 2014 /2015

FACULTAD DE DERECHO SAN SEBASTIÁN

TRABAJO REALIZADO POR: CARLOS AGUILAR DE DIOS

DIRIGIDO POR: DR. FCO. JAVIER EZQUIAGA GANUZAS



CARLOS AGUILAR DE DIOS

GRADO EN DERECHO

Carlos Aguilar de Dios

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**ÍNDICE**

<b><u>CONTENIDO</u></b>	<b><u>Pág.</u></b>
<b><u>ÍNDICE</u></b> .....	I - V
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	I - V
<b><u>I EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMAS VIGENTES</u></b> .....	1
1.1. Introducción.....	1
1.2. Evolución de los sistemas de control de constitucionalidad.....	2
1.3. Controles de constitucionalidad.....	4
1.4. La Defensa de la Constitución.....	5
1.5. Esquemas básicos de Tribunal Constitucional en el modelo concentrado.....	7
1.5.1. Modelo austriaco.....	7
1.5.2. Modelo italiano.....	8
1.5.3. Modelo alemán.....	9
1.6. El proceso de control de constitucionalidad como sistema de defensa de la Constitución.....	10
1.7. Control de constitucionalidad de los Poderes del Estado.....	12
1.7.1. Control de constitucionalidad del poder Legislativo.....	12
1.7.1.1. Modelo Inglés o de autocontrol parlamentario.....	12
1.7.1.2. Modelo Francés, o modelo de control a priori.....	15
1.7.1.3. Modelo Difuso o americano o <i>Judicial Review</i> .....	17
1.7.1.4. Modelo Kelseniano o concentrado.....	18
1.8. Procedimientos de control ordinarios de constitucionalidad por los Tribunales Constitucionales.....	19
1.8.1. Control Abstracto.....	20
1.8.2. Control concreto o en vía incidental.....	21
1.9. Cuestiones previas.....	22
<b><u>II EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD: NATURALEZA JURIDICA</u></b> .....	25
2.1. Naturaleza jurídica del control previo de constitucionalidad.....	25

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

<u>CONTENIDO</u>	<u>Pág.</u>
2.1.1. Posiciones sobre la naturaleza del recurso previo de inconstitucionalidad.....	28
2.1.1.1. Negación de la naturaleza jurisdiccional – procesal al recurso previo	28
2.1.1.2. Afirmación de la naturaleza procesal del recurso previo de inconstitucionalidad.....	29
<b><u>III EL CONTROL PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA</u></b> .....	<b>33</b>
3.1. Introducción y antecedentes.....	33
3.1.1. Antecedentes históricos del recurso previo de inconstitucionalidad.....	37
3.2. Nacimiento del Recurso Previo de Inconstitucionalidad en la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre.....	39
3.2.1. El trámite parlamentario de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979	42
3.3. Configuración del artículo 79 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su encaje constitucional.....	44
3.3.1. Encaje constitucional del Recurso previo de inconstitucionalidad a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	45
3.3.1.1. Artículo 161.1.d) de la Constitución Española de 1978.....	47
3.3.1.2. El recurso previo de inconstitucionalidad del artículo 79 como oposición al control de constitucionalidad establecido en la Constitución.....	48
3.3.1.3. Irrupción en el proceso legislativo.....	48
3.3.1.4. Recurso previo y Recurso de Inconstitucionalidad.....	51
3.4. Regulación del recurso previo de inconstitucionalidad en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.....	52
3.4.1. Objeto.....	52
3.4.2. Legitimación o “pongamos una pica en Flandes”.....	55
3.5. Efectos del recurso previo de inconstitucionalidad regulado por el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.....	58
3.5.1. Suspensión automática de la tramitación del proyecto de ley.....	59
3.5.2. Suspensión de los plazos para la tramitación definitiva como ley.....	62

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

<u>CONTENIDO</u>	<u>Pág.</u>
3.5.3. Caso de no apreciación de inconstitucionalidad.....	62
3.5.4. Paralización de la tramitación y obligación de subsanación o sustitución de los preceptos declarados contrarios a la Constitución por el órgano competente (Cortes Generales).....	63
3.5.5. Ausencia de “cosa juzgada” en la resolución del recurso previo.....	67
3.6. La rémora temporal del recurso previo.....	69
<b><u>IV LA MUERTE DE UNA GRAN IDEA</u></b> .....	<b>71</b>
4.1. El Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. "Donde dije digo ahora digo Diego".....	71
4.2. Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985 sobre el proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal en su artículo 417 bis de despenalización de determinados supuestos de aborto. Sentencia de sobre despenalización del aborto.....	77
4.2.1. Fundamentos del recurso.....	79
4.2.1.1. Vulneración del artículo 15 de la Constitución.....	79
4.2.1.2. Vulneración del artículo 1.1. de la Constitución.....	79
4.2.1.3. Vulneración del artículo 10.2 de la Constitución.....	80
4.2.1.4. Vulneración de los artículos 39.2 y 39.4 de la Constitución.....	80
4.2.1.5. Vulneración del artículo 53 de la Constitución.....	80
4.2.1.6. Descripción de los diferentes tipos de aborto contemplados por el proyecto de ley.....	81
4.2.1.7. Vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3.....	82
4.2.2. Sentencia.....	83
4.3. STC 66/1985. El canto del cisne del recurso previo.....	89
<b><u>V EL RESURGIMIENTO DEL RECURSO PREVIO</u></b> .....	<b>92</b>
5.1. 30 años después de la Ley Orgánica 4/1985 de modificación de la LO 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.....	92
5.2. El problema autonómico.....	93
5.3. El renacer el recurso previo de inconstitucionalidad.....	97

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

<u>CONTENIDO</u>	<u>Pág.</u>
5.3.1. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatutos de Autonomía o de su modificación.....	100
5.3.2. Conclusión.....	101
5.4. Principales argumentos doctrinales contrarios al recurso previo de inconstitucionalidad.	102
5.4.1. Objeción democrática.....	103
5.4.2. El recurso previo muta la naturaleza de la función del Tribunal Constitucional...	106
5.4.3. El legislativo en su actividad goza de presunción de legitimidad.....	108
5.4.4. Choque de legitimidades.....	110
5.4.5. Es un arma de obstruccionismo parlamentario.....	113
<b><u>VI CONCLUSIONES FINALES</u></b> .....	115
<b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b> .....	123

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**INTRODUCCIÓN**

El control de constitucionalidad es, sin duda, uno de los aspectos, dentro del Derecho Constitucional que más ríos de tinta ha generado.

El fundamento de esta materia es asegurar la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, y el control que sobre la actividad de producción normativa del Legislativo ejercen los órganos encargados de velar por dicha supremacía.

Sin embargo, dentro de esta materia, la principal atención se ha centrado en los modelos vigentes, en aquellos que a lo largo de la historia han seguido vivos, olvidándose o dejando de tener interés científico otros mecanismos de control.

Entre los primeros, aquellos que han establecido su hegemonía, nos hemos encontrado con aquellos que siguen el modelo de control de tipo kelseniano o a posteriori, también llamado control concentrado, y por otra parte aquellos que siguen el modelo del control difuso o americano.

A medida que hemos ido profundizando en las lecturas de los diferentes autores, en el estudio de las diferentes constituciones, en el estudio de los diferentes tratados doctrinales, con el fin de conocer más a fondo esta materia, nos encontramos con una “rareza”, un modelo extraño a los mayoritarios y cuya aplicación se da exclusivamente en Francia, y que era el control a priori, o también llamado Recurso Previo de Inconstitucionalidad.

El Recurso Previo de Inconstitucionalidad se instaura en España en el año 1979 de la mano de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del desarrollo del artículo 161.1.d) de la Constitución, generando desde el mismo momento de su planteamiento una gran polémica, tanto en el mundo académico como en el mundo político, ya que se le consideró desde el primer momento “una figura extraña” al modelo de control concentrado a posteriori establecido por el constituyente, así que durante el tiempo en el que este modelo convivió con el recurso de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento, generó numerosos comentarios, artículos de opinión, publicaciones, ... en su gran mayoría contrarias a esta figura, y en la mayoría de ellas abogando por su desaparición, por ser un modelo que atentaba contra el modelo prefijado en la Constitución.

La vida breve del este modelo de control de constitucionalidad en España no fue pacífica, y aunque pensado inicialmente para controlar la adaptación de los Proyectos de Estatutos de Autonomía y con una legitimidad reducida, lo cierto es que

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

la tormentosa tramitación parlamentaria supuso que lo que inicialmente se había pensado para el control de constitucionalidad de los Proyectos de Estatutos de Autonomía se extendiese a todas las leyes orgánicas, y lo que en principio se había diseñado con una legitimación activa reducida, se extendiese a la misma legitimación que en el caso del recurso de inconstitucionalidad, transformándose de un instrumento de uso ocasional a un arma de obstruccionismo legislativo en manos de las minorías, trastocando la idea inicial de un modelo que termino siendo diametralmente opuesto al modelo inicial.

Y los continuos ataques que sufrió el modelo de control a priori, unidos a errores puntuales en su concepción por parte del Tribunal Constitucional, supusieron que en 1985, el recurso previo fuese expulsado del ordenamiento por aquellos que habían impulsado su cambio con respecto a la idea inicial.

Y, desde el momento que descubrimos este modelo de control de constitucionalidad de las normas se nos plantearon una serie de interrogantes, interrogantes que abrieron la curiosidad científica sobre algo denostado pero que a “vista de pájaro” no parecía tan mal sistema, y esas interrogantes hicieron que comenzáramos a analizar, tanto el modelo en sí mismo como los argumentos contrarios a él, cotejar las posturas doctrinales contrapuestas y llegar a nuestra propia conclusión.

Las interrogantes principales que se nos plantearon fueron básicamente:

- ¿Cómo funciona este modelo?
- ¿Cuál es su naturaleza jurídica?
- ¿Cómo llegó a incorporarse al ordenamiento jurídico español y cuál fue su vida?
- ¿Cuál fue la razón o razones para que fuese expulsado?
- ¿Qué razones han llevado a denostarlo de tal manera?
- ¿Por qué, a pesar de todas las críticas vertidas sobre él, siempre ha estado en cierto modo añorado por parte de las fuerzas políticas?

Así que para poder comprender el modelo de control de constitucionalidad a priori, y dar cuerpo al presente trabajo, hemos partido de un análisis escueto de los modelos de control vigentes en nuestro entorno socio-político, así como en entornos más “exóticos” como es el mundo musulmán.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Seguidamente, hemos entrado a analizar en profundidad el Recurso Previo de Inconstitucionalidad, así como las razones esgrimidas por sus detractores, de esta forma hemos comenzado analizando su naturaleza jurídica, a fin de cuentas, hemos de conocer qué tenemos entre manos, cuál es su forma exterior para poder ver luego como funciona, y analizamos si dicha naturaleza jurídica era jurisdiccional o consultiva.

Posteriormente analizamos su nacimiento en el ordenamiento jurídico español, viendo los “antecedentes” que presentaba este modelo en el artículo 77 del Proyecto de Constitución Federal de 1873, y posteriormente en el artículo 19 de la Constitución Española de 1931, estudiando por último el debate parlamentario que se suscitó en torno al artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, junto con la puerta de entrada que permitió su incorporación al ordenamiento, el artículo 161.1.d) de la Constitución.

Un punto importante del estudio que hemos realizado ha sido el análisis de las objeciones, que reiteradamente se han planteado a este modelo de control de constitucionalidad desde diferentes ámbitos, tanto académicos como políticos.

Hemos explorado en profundidad el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, punto por punto, analizando el objeto del mismo, la legitimación que otorgaba y finalmente los efectos que tenía sobre la norma impugnada y su compatibilidad con el recurso de inconstitucionalidad regulado en el artículo 161.1.a) y 161.1.b).

Seguidamente, y analizando la azarosa vida de este mecanismo, analizamos todas y cada una de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre recursos previos de inconstitucionalidad, haciendo especial hincapié en las dos principales la STC 53/1985 de 11 de abril de 1985 sobre la despenalización de determinados supuestos de aborto y la STC 66/1985 de 23 de mayo de 1985 sobre la eliminación del recurso previo de inconstitucionalidad.

Finalmente hemos analizado el motivo por el que este instrumento fue expulsado y porque ha recobrado interés en los últimos tiempos su reinstauración, llegando a la proposición de ley planteada por el Grupo Parlamentario Popular de fecha 31 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional.

El análisis de las posturas contrarias y favorables a este mecanismo no ha sido fácil ni pacífico, las diferentes corrientes mantienen posturas firmemente enfrentadas, y la mayoritaria, ha argumentado profusamente su postura sobre los mismos puntos,

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

mientras que la postura minoritaria (favorable al recurso previo) guardó el tema en el cajón del olvido hasta las recientes tensiones territoriales y los procesos de reforma constitucional que hemos vivido en los últimos tiempos, en especial tras la promulgación de la ley orgánica 6/2006 de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

La extensión del presente trabajo no ha sido ociosa, sino que es el fruto de tener que rebatir una postura mayoritaria, plena de argumentos, con las armas que disponíamos, ya que si mucho se ha escrito en contra del recurso previo de inconstitucionalidad, mucho había que rebatir, y para poder sentar una opinión firme y fundamentada, no podíamos dejar ningún flanco sin cubrir, por lo que nos hemos visto obligados a “combatir” todos los frentes abiertos.

En un tema tan importante como el del control de constitucionalidad de las normas que organizan la convivencia en sociedad, no podemos “resumir”, ya que nuestra posición favorable a la inclusión de este mecanismo como instrumento de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, sabemos que se enfrenta con la postura mayoritaria, y que las críticas vendrían por muchos flancos, así que hemos tenido que armarnos de fundamentos técnicos, creemos tan sólidos como los fundamentos en contra, para poder hacer frente a las críticas a este modelo con argumentos jurídicos sólidos.

Así, el requisito formal de confección de este trabajo, si lo hubiéramos cumplido escrupulosamente, hubiera dado lugar a que la defensa de nuestra postura hubiera quedado tan debilitada que al primer envite se hubiera derrumbado; es importante plantear una tesis con argumentos sólidos, tan sólidos al menos como la antítesis que plantee la opinión contraria, y ésta ha escrito abundantemente en contra de este modelo, así que profusamente hemos tenido que contestar.

No pretendemos ser propietarios de la razón o de la verdad, simplemente exponemos lo que a nuestro juicio es lo mejor para un control efectivo de las normas que integran el ordenamiento jurídico, sin por ello menospreciar lo que otras corrientes puedan argumentar, pero creemos que la doctrina no ha sido justa con este modelo de control de constitucionalidad, denostándolo durante décadas y condenándolo al ostracismo, hasta que en los últimos tiempos hemos podido ser testigos de que de haber existido, quizás, y solo quizás, no hubiéramos tenido que presenciar las tensiones que se han generado en nuestra sociedad, tensiones que se iniciaron tras la entrada en vigor de la ley orgánica 6/2006 y que han conducido al Estado a un

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

proceso de autodestrucción y sobre todo de tensiones institucionales, que desconocemos su conclusión final.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**I EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. SISTEMAS VIGENTES****1.1. Introducción**

En este primer capítulo pretendemos hacer un escueto análisis de un elemento característico de los diferentes sistemas democráticos, “el respeto por el carácter de norma de súper legalidad que se le confiere a las diferentes constituciones y el sometimiento del resto del ámbito normativo de dichos estados a sus respectivas constituciones”.

Sin embargo, antes de comenzar a explorar y estudiar los diferentes modelos vigentes de control de constitucionalidad, nos tenemos que plantear una cuestión previa ¿Es el control de constitucionalidad de las normas un freno al avance democrático de los Estados?

El fundamento de esta técnica se encuentra en asegurar la supremacía de las Constituciones, asegurando de esta forma la peculiar forma del Estado creado por los constituyentes como resultado de un pacto social, y positivizado en el texto que conforma cada Constitución, asegurando la estabilidad de la forma del Estado, al tiempo que evita la inseguridad jurídica que supone que cada legislativo pueda modificar los cimientos básicos de la organización socio política.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que tanto el proceso constituyente como el propio texto constitucional son obra de personas, de un grupo de individuos, constituido *ad hoc* para tal labor, en un contexto histórico, social, político y jurídico que el paso del tiempo puede convertir en obsoleto y no adaptado a las nuevas realidades sociales.

El propio Código Civil español, en su artículo 3<sup>1</sup> señala que la norma jurídica ha de adaptarse a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse, y si las constituciones se configuran como un conjunto normativo positivizado, pero pétreo e inamovible pueden convertirse, por esa propia característica inmovilista, en un conjunto normativo que vaya en contra de la propia realidad social.

Los cambios culturales, sociales y políticos que se producen en las diferentes sociedades democráticas pueden llegar a cuestionar el hecho de que el

---

Artículo 3.

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

foro de representación popular que configura el Legislativo, esté limitado por un texto redactado décadas anteriores, que por sus propias características no ha sido modificado, al constituir un conjunto normativo con unos medios de revisión muy agravados.

Esta sustracción al poder legislativo, que supone la propia figura de las constituciones, es lo que ha hecho que el modelo británico de control de constitucionalidad se apoye en la tradición jurídica de Common Law o Derecho Común, donde no existe un control judicial o jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas emanadas del Parlamento.

## 1.2. Evolución de los sistemas de control de constitucionalidad.<sup>2</sup>

La función que ejercen los órganos encargados de la defensa de la Constitución en los diferentes Estados, como elemento de garantía de la estabilidad del pacto social que suponen los textos constitucionales, ha supuesto un gran volumen de estudios al respecto.

Hemos de tener en cuenta, que desde el nacimiento del término Constitución, con las Constituciones Imperiales que designaban en Roma el ordenamiento legislativo y reglamentario de determinaba los derechos y obligaciones particulares de ámbito político, civil o religioso<sup>3</sup>, hasta el nacimiento de la concepción actual del término, surgida en el siglo XVIII, la evolución de su concepción ha ido variando con los cambios socio-políticos en los que se han ido viendo inmersos los diferentes Estados.

Además, el término control de constitucionalidad, e incluso el término Constitución no puede quedar constreñido al concepto europeo centrista del mismo, sino que dicho análisis ha de extenderse a otras concepciones como la Islámica, donde el sistema de Constitución positiva, viene dada por el Santo Corán, como elemento aglutinador de la sociedad que preside.

Para poder hacer un análisis de la situación actual, tanto en Europa, como en Occidente en su conjunto (de las tierras del Islam hablaremos más adelante) hemos de ver cómo ha ido evolucionando dicha concepción y como ha ido variando en base a los movimientos socio políticos que se han dado en los últimos 300 años.

---

<sup>2</sup> LOPEZ GUERRA, LUIS. *Introducción al Derecho Constitucional*. Tiran lo Blanch. Valencia 1994. Páginas 193-211

<sup>3</sup> Tomas y Valiente, Francisco. *Diccionario Larousse de Historia Universal. Volumen II*. Planeta-Agostini 1988. Pág. 816

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Podemos concretar que los modelos más estandarizados de control de constitucionalidad a nivel mundial son dos:

- Modelo concentrado o Kelseniano.
- Modelo difuso o americano.

Ambos modelos han servido de referencia al modelo vigente en España que aglutina características de ambos.

De esta forma, el sistema de control de constitucionalidad se ha erigido como un sistema de tutela de las garantías contenidas en los textos constitucionales a través de un sistema procesal propio.

Kelsen, jurista de origen austriaco, se convertirá en el precursor de la jurisdicción constitucional, refiriéndose a ella “*como el conjunto de instituciones procesales definidas por el constituyente que tienden a preservar la supremacía legal de las Constituciones sobre el resto del ordenamiento jurídico*”. Sin embargo Kelsen concibe el control de constitucionalidad y la defensa de la Constitución como un sistema en el que un órgano creado *ad hoc* por el constituyente, se erige en supremo intérprete y defensor de la misma, dando lugar al nacimiento del modelo concentrado<sup>4</sup>.

Sin embargo, ni la teoría de Kelsen es única, ni mucho menos es la aceptada por todos los Estados, naciendo de esta forma el debate y el interrogante sempiterno de ¿Cuál es el modelo de defensa constitucional que garantice más eficazmente la supremacía de la Constitución como pacto social?

De esta forma, mientras en Gran Bretaña se permanece fiel al criterio de supremacía del legislativo, siendo éste quien ejerce el control de adecuación de sus normas, estableciendo que ningún juez, ni ningún tribunal superior puede descalificar una ley dictada por el Parlamento, bajo la premisa *Vox populi, vox Dei*, la Europa continental siguió el criterio kelseniano implantando la figura de los Tribunales Constitucionales como órganos creados *ad hoc* ajenos al poder judicial.

Por otra parte, los Estados Unidos de América, desarrollan durante el siglo XIX una doctrina diametralmente opuesta tanto al modelo del Common Law Británico como del modelo kelseniano, desarrollando lo que se ha denominado

---

<sup>4</sup> CRUZ VILLALON, PEDRO. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC, Madrid 1987. Pags. 55-56. En JIMENEZ ASENSIO, RAFAEL. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. Pág.129

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

como “control difuso”, en el que el control de constitucionalidad de las normas descansa sobre cualquier persona con potestad jurisdiccional.

En Francia se establece un control “depurativo” constitucional, estableciendo un control apriorístico frente a los otros controles a posteriori.

### 1.3. Controles de constitucionalidad

El motivo del desarrollo del control de constitucionalidad de las normas, descansa sobre la premisa de la supremacía, tanto formal<sup>5</sup> como material, de la Constitución, con lo que el propio control tiende a defender esta supremacía de la Constitución frente a eventuales ataques que puedan provenir de otros órganos del Estado, con la función básica de preservar al propio Estado, y esta defensa se articula en base a que sea realizada por un órgano perteneciente al Poder Judicial o ajeno al mismo.

En Europa<sup>6</sup>, la concepción del Poder Judicial, como garante de la Constitución era sustancialmente diferente a la concepción que existía en América.

En la Francia de finales del siglo XVIII, el concepto negativo que se tenía de los Parlements, llevo a alejarse del modelo de que fuese el Poder judicial quien controlase la constitucionalidad de las normas.

Tanto Locke como Montesquieu no reconocían a jueces y magistrados el poder de vetar las normas emanadas del legislativo, sino únicamente el de aplicarlas. Montesquieu, determina que existen dos poderes de creación de normas, el legislativo y el ejecutivo, de forma que el poder judicial se vincula al ejecutivo como aplicador de las normas, la diferencia entre ambos (ejecutivo y judicial) radica en que el ejecutivo hace aplicar las normas con carácter general, mientras que el judicial las aplica con carácter particular para el caso planteado.

En el lado opuesto, se sitúan los Estados Unidos de América donde el control de constitucionalidad de las normas se otorga al poder judicial, al concebir la función de éste como el órgano encargado de aplicar la norma y controlar que la norma aplicada es acorde con la Constitución, apoyándose en el sistema de pesos y contrapesos americano.

---

<sup>5</sup> LOPEZ GUERRA, LUIS. *Introducción al Derecho Constitucional*. Tiran lo Blanch. Valencia 1994. Páginas 53 y siguientes

<sup>6</sup> GARCIA TORRES, JESUS. *El sistema europeo de control de constitucionalidad. La historia manifiesta. La esencia*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, número 24 septiembre-diciembre 1988. Págs. 2-23

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como regla general, el continente Europeo ha huido del modelo difuso con el argumento de que dejar en manos de los jueces la determinación de la constitucionalidad de las normas supone la aplicación de un sistema limitado que en muchos casos se aleja de la comunidad.

Así, surge la necesidad de la creación de un órgano independiente de los otros poderes, y que se sitúe por encima de cualquiera de ellos en la defensa y el control de constitucionalidad de las normas, dio lugar al nacimiento del modelo de Kelsen, quien genera su proyecto de sistema de control de constitucionalidad en la Constitución de Austria de 1920, con la creación de un órgano diferenciado de jueces y magistrados y por tanto separado del Poder Judicial, pero con capacidad jurisdiccional, es decir, un tribunal de naturaleza especial, centralizado en un único estamento y con la única misión de controlar la adecuación de todo el ordenamiento jurídico a la Constitución, teniendo como elemento característico la cualidad *erga omnes* de sus resoluciones.

El nacimiento de la figura del Tribunal Constitucional, ideada por Kelsen, supone el nacimiento de la figura del “legislador negativo”, el órgano que expulsa del ordenamiento jurídico aquellas normas que son contrarias a la Constitución

#### **1.4. La Defensa de la Constitución**

Los modelos actuales de defensa de la Constitución tienen como misión asegurar que el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados es acorde con los parámetros del texto constitucional, es decir, que aquella actividad dimanante del legislativo no supera los parámetros establecidos por la propia Constitución<sup>7</sup>.

La defensa de la Constitución exige que exista el elemento que se haya de defender, es decir, que las herramientas tendentes a proteger un elemento precisa la existencia de lo protegido.

A la hora de determinar qué entendemos por Constitución, tenemos que analizar los diferentes modelos de texto normativo que en el mundo existen, tanto desde un punto de vista puramente occidental como el resultado de un acuerdo de tipo político como aquellos modelos que toman como referencia escritos consuetudinarios de tipo civil, religioso e incluso militar.

---

<sup>7</sup> LOPEZ GUERRA, LUIS. *Introducción al Derecho Constitucional*. Tiran lo Blanch. Valencia 1994. Páginas 193-212

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Así, a lo largo de los diferentes textos que se han manejado a la hora de realizar el presente trabajo, todos se han constreñido a considerar a las constituciones como aquellos textos normativos nacidos de los acuerdos entre las diferentes concepciones que configuran el mapa político de un Estado en un momento dado, y que han generado un texto, que con carácter normativo, pretendo sintetizar y positivizar el “contrato social” que ha dado lugar al *statu quo* de convivencia entre todos los habitantes del Estado.

Sin embargo, y muy a nuestro pesar, la mayor parte de los textos manejados no han tenido en cuenta que la Constitución es un contrato social, que no tiene que provenir de un acuerdo de tipo político, sino que ha de ser simplemente eso, el marco que regula la convivencia entre todos los habitantes de un Estado, y en esta línea, también deberíamos concebir como constituciones, aquellas que tienen un origen de tipo religioso, como el Corán, en los Estados de corte islámico. Así, por ejemplo el principio 2º de la Constitución de Irán<sup>8</sup>, señala que “la República islámica es un sistema establecido sobre la base de la fe en los siguientes puntos:

- 1- En el Dios único<sup>9</sup> y en la especificidad de la soberanía y del poder de legislar y en la necesidad de someterse totalmente a Él.
- 4- En la justicia de Al lah proyectada en la creación y en la legislación divinas.

Puntos que señalan que toda la legislación, toda obra legislativa del hombre ha de estar sometida a las escrituras del Profeta (que la paz y las bendiciones de Al lah sean con el) y a aquellos textos que el Al lah transmitió a sus seguidores en forma de Sunna.

De esta forma, la defensa de la Constitución en estos Estados, supone la sumisión total y absoluta a la palabra de Dios, al Sagrado Corán, con lo que la defensa se circunscribe a defender dicho texto<sup>10</sup> sobre cualquier influencia que contradiga el sagrado texto.

---

<sup>8</sup> Constitución de la República islámica de Irán. Principio 2º

<sup>9</sup> له إلا الله محمد رسول الله (لا إله إلا الله) -Lā 'ilāha 'illā-llāhu Muhammad rasūlu-llāh-) No hay más Dios que Alá y Muhammad es su profeta.

El Sagrado Corán. Centro de Estudios Islámicos. Madrid 2015.

<sup>10</sup> AGUILAR DE DIOS, CARLOS, *Del Islam al Yihadismo*. Trabajo de Grado. Derecho de la Libertad de Conciencia. UPV 2015.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Sobre éste nos hubiera sido gustoso haber podido tratar en el presente trabajo a la hora de concretar el modelo islámico de defensa de la Constitución y del Islam como norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>11</sup> en los Estados de corte islámica, sin embargo la limitación espacial y temática del Trabajo fin de grado impide este desarrollo investigador.

### **1.5. Esquemas básicos de Tribunal Constitucional en el modelo concentrado**<sup>12</sup>

Dentro del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las normas existen tres esquemas básicos<sup>13</sup> a partir de los cuales se han ido desarrollando otros, estos tres esquemas básicos son:

- Modelo austriaco.
- Modelo italiano.
- Modelo alemán.

#### **1.5.1. Modelo austriaco**

Nacido de la teoría de Kelsen, su misión es la compatibilización entre dos normas abstractas dando preferencia a aquella que mayor conexión tenga con el texto constitucional.

Actúa mediante un procedimiento a priori, verificando la ley antes de ser promulgada mediante el sistema del recurso previo.

La característica principal de este órgano es la legitimación activa, que en el caso de Austria la tiene principalmente el Gobierno y sus representantes con prioridad sobre los afectados por la norma en cuestión.

---

<sup>11</sup> Para un mayor ahondamiento en el sistema legal y jurídico de los estados de corte islámica, se recomienda la lectura de ABDUSALAM MUHAMMADI, HISHAM. La sunnah autentica es revelación del Al-lah y está protegida. 2013 y MARTOS QUESADA, JUAN. El Corán como fuente de Derecho en el Islam. Cuadernos de Historia del Derecho, nº 11 2004.

<sup>12</sup> GOMEZ ALSINA, MARTA B. Sistemas vigentes de constitucionalidad de las leyes. Titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia de lo Civil nº 102 de la República Argentina. [www.justiniano.com/revista\\_doctrina/constitucional\\_de\\_las\\_leyes.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/constitucional_de_las_leyes.htm)

<sup>13</sup> AGUDO ZAMORA, MIGUEL. El modelo institucional europeo de justicia constitucional. Grupo PAI-SEJ 372 Democracia, Pluralismo y Ciudadanía. Junta de Andalucía Y Proyecto de Investigación Estudio y análisis del modelo de distribución territorial del poder. 2003.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1.5.2. Modelo italiano<sup>14</sup>

El Tribunal Constitucional<sup>15</sup> tiene como misión:

- 1- Juzgar las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley del Estado.
- 2- Solucionador de conflictos de competencia entre los diferentes poderes del Estado, tanto positivos como negativos.
- 3- resolución de las acusaciones contra el Presidente de la República.

El Tribunal constitucional italiano es polifacético al incorporar en su seno magistrados, académicos y abogados en ejercicio.

Actúa con carácter preventivo, antes que se promulgue una ley, y con carácter posterior a su promulgación por dos vías:

- 1- Incidente de constitucionalidad.
- 2- Por acumulación de incidentes<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> FEDERICO BLASI, GASTON. *Justicia constitucional y control de constitucionalidad de las leyes en la República Italiana*. Revista de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales "Ley, Razón y Justicia", VI nº 9 2005. Páginas 43-73

<sup>15</sup> Constitución de la República Italiana

Artículo 140

1. El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente.

Entenderá asimismo de la posible anticonstitucionalidad de las leyes regionales, a

instancias, en su caso, del Gobierno federal, y de la posible anticonstitucionalidad de las leyes federales, a instancias, en su caso, de un Gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional. Se podrá disponer por ley constitucional regional (Landesverfassungsgesetz) que tenga también este derecho de recurso (Antragsrecht) un tercio de los componentes de la Asamblea regional, en cuanto a la inconstitucionalidad de leyes regionales. El Tribunal Constitucional conocerá igualmente de la anticonstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual. Se aplicará por analogía a estas reclamaciones el párrafo 3 del artículo 89. Constitución de Austria de 1920 8. Tratado internacional sobre el restablecimiento de una Austria independiente y democrática ("Boletín de Legislación Federal" núm. 152/1955).

<sup>16</sup> Artículos 134 y 135 Constitución de la República Italiana

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1.5.3. Modelo alemán<sup>17</sup>

Es un sistema que conoce de:

- 1- La interpretación de la Ley Fundamental respecto de las controversias de los derechos y deberes de un órgano.
- 2- Las diferencias que pueden existir sobre la opinión o dudas sobre la compatibilidad de la legislación federal con el texto constitucional o con la compatibilidad de la legislación de los Estados con dicho texto.
- 3- De los conflictos de competencias entre el Estado Federal y los Lander.
- 4- Los recursos que pueden ser interpuestos por cualquier persona que considere lesionados sus derechos fundamentales por la legislación emanada de los diferentes legislativos y / o ejecutivos (federal o regional).
- 5- Es el máximo garante de la autonomía municipal, pudiendo los municipios plantear recursos contra normas que atenten contra dicha autonomía.

El mecanismo del Tribunal Constitucional alemán trabaja sobre el deber que tiene la jurisdicción ordinaria de suspender todo procedimiento contencioso donde se debería aplicar una norma sospechosa de ser contraria a la Norma Fundamental.

Las potestades del tribunal son muy amplias, destacando como las principales:

- Discrecionalidad para seleccionar los casos.
- Determinación de los motivos de análisis de la causa seleccionada, con independencia de las pretensiones de las partes.

---

<sup>17</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**1.6. El proceso de control de constitucionalidad como sistema de defensa de la Constitución**

La supremacía legal de los diferentes textos constitucionales, únicamente cobran sentido cuando dicha supremacía se asienta sobre su eficacia y validez frente a cualquier acción de cualquier poder, a través de un sistema que garantice que el Estado como tal reaccionará eficaz y rápidamente en caso de agresión a la supremacía de dicho texto.

Así, las amenazas contra el texto constitucional pueden provenir desde el interior del propio Estado como desde el exterior, es decir, dichas amenazas puede provenir de situaciones de revoluciones sociales o cambios políticos cuyo objetivo sea precisamente la destrucción del texto marco de convivencia, como de situaciones de negación de su fuerza vinculante, produciéndose situaciones de “desobediencia” a los parámetros señalados por el texto constitucional.

Así, frente a estas situaciones que atentan de forma directa o indirecta contra la supremacía constitucional, el propio ordenamiento ha de desarrollar los mecanismos que garanticen y defiendan al texto constitucional de los ataques de los que pueda ser objeto.

Estos ataques se pueden agrupar en dos conjuntos o bloques principales:

- Sistemas de defensa ordinarios, frente a ataques “normales” que se producen en el devenir normal de la actividad de los poderes del Estado a través de la producción de leyes y normas con fuerza de ley, que puedan contravenir los parámetros constitucionales.
- Sistemas de defensa extraordinarios, que se producen ante situaciones excepcionales en las que se pueda ver inmerso el Estado constitucional y su texto marco, como consecuencia de agresiones directas, tanto externas como internas, cuyo principal objetivo es subvertir el orden constitucional establecido, e instaurar un nuevo orden por encima de la voluntad popular. Estos ataques de carácter extraordinario, pueden provenir tanto del exterior (guerras, invasiones) como del interior (sublevaciones armadas, fenómenos terroristas,...)

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

De esta forma los sistemas de defensa se tratan en todos los casos de procesos que tienden a garantizar la supremacía normativa de la Constitución, de forma directa, de forma que esa supremacía legal del Texto Fundamental se constituya como el elemento básico de cohesión del Estado de Derecho.<sup>18</sup>

De esta forma, a la hora de establecer la supremacía de la Constitución tenemos que analizar ésta desde dos perspectivas<sup>19</sup>.

- Formal: de forma que ninguna norma infraconstitucional pueda alterar o modificar el contenido del texto constitucional, de esta forma, la modificación o alteración del texto de la Constitución supone un procedimiento agravado, mucho más rígido que el que opera en el resto de normas que conforman el ordenamiento jurídico.
- Material: Las normas contenidas en el texto constitucional no pueden ser contradichas por otras normas de rango inferior, ni tampoco por la actividad de los poderes públicos o privados, lo que supone que todo el ordenamiento jurídico del Estado ha de estar plenamente sometido al contenido normativo de la Constitución.

Analizando la supremacía de la Constitución desde los puntos de vista formal y material, es este último el que mejor define el proceso de control de constitucionalidad, ya que el punto de vista material individualiza y se diferencia por la materia y por su naturaleza constitucional y no por el órgano concededor de la pretensión, de forma que tanto en los modelos difusos como en los concentrados, lo que protegen, mediante el proceso de control de constitucionalidad, son los contenidos de la propia Constitución.

La supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento obliga a analizar el control que se ha de ejercer sobre la constitucionalidad de las actuaciones de cada uno de los Órganos del Estado.

---

<sup>18</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional, Tiran lo Blanch. Valencia 1994. Págs. 194-198.

<sup>19</sup> ALZAGA VILLAMIL, OSCAR; GUITIERREZ GUTIERREZ, IGNACIO; RODRIGUEZ ZAPATA, JORGE. Derecho Político Español Volumen I. Constitución y Fuentes del Derecho 3ª Edición. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 2001.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**1.7. Control de constitucionalidad de los Poderes del Estado.**

Partiendo de la concepción actual del Estado como una organización político social en la que está asentada plenamente la teoría de la División de Poderes de Montesquieu, la Constitución tiene que establecer los medios de defensa que permitan asegurar su supremacía frente a cualquier ataque del resto de Poderes.

Es el propio texto constitucional el que ha de establecer los mecanismos y los principios básicos e inamovibles sobre los que se asienta el “pacto social” que ella representa y que configuran el Estado como realidad social, así la garantía de la supremacía constitucional implica garantizar

- El orden público, entendido este como la cohesión de convivencia en el marco socio político establecido por los ciudadanos.
- Los derechos y libertades de los ciudadanos, indisponibles por el propio Estado.
- Los elementos de integración de la sociedad por encima de las diferencias que puedan convivir en ella<sup>20</sup>.

Así tenemos que ver, brevemente, como la Constitución ha de contemplar el control de las acciones de los diferentes poderes que configuran el Estado.

**1.7.1. Control de constitucionalidad del poder Legislativo.**

El Poder legislativo no está sometido al Imperio de la Ley de igual forma que lo están el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial<sup>21</sup>, y así las acciones del Poder Legislativo no están sometidas al control de jueces y tribunales ordinarios, quienes no pueden ejercer un control directo sobre la actividad de producción normativa del legislativo, básicamente porque la función del legislativo es básicamente la producción normativa.

---

<sup>20</sup> Para una apreciación más en profundidad, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1994

<sup>21</sup> LOPEZ GUERRA, Luis Ob. Cit. Págs. 196-198

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El Poder Legislativo, no está sometido de forma expresa al Imperio de la Ley de igual forma que el Ejecutivo o el Judicial, lo que no quiere decir que realice su actividad al margen de la Ley, lo que supone es que la sumisión del Poder Legislativo es a la Constitución como norma de normas, de forma que su actuación en su función de producción normativa ha de ser conforme con los parámetros insalvables que establece el Texto Constitucional como “alfa y omega” de toda la actividad del Estado y de todos sus órganos, ya que en caso de no darse este sometimiento, la actividad del Legislativo sería como mínimo inconstitucional.

La función del poder legislativo es la creación, modificación y derogación de las normas que componen el ordenamiento jurídico, siendo fuente de creación de Derecho. Sin embargo, el hecho de ser fuente de creación de Derecho, no exime al Poder Legislativo de tener presentes los mandatos constitucionales tanto en la creación material como formal de las normas.

La función de control de constitucionalidad del poder Legislativo, supone una función de revisión y control de la actividad emanada del órgano de representación popular.

El problema que surge es que al ser el Legislativo el órgano de representación de la voluntad popular, el control a su actividad por otro órgano produce lo que se ha venido a denominar “choque de legitimidades”, ya que (salvo en el modelo inglés) no es concebible que el órgano que haya de ser controlado sea a su vez quien controle, es decir, no es admisible que sea al mismo tiempo juez y parte.

Así, ante esta tesitura, surge el problema de determinar cuál ha de ser el órgano encargado de realizar dicha función, la función de controlar la sumisión del Legislativo, en su actividad, a la Constitución, y para determinar esta cuestión se han ido desarrollando a lo largo del tiempo varios modelos que pasamos a desarrollar escuetamente.

#### 1.7.1.1. Modelo Inglés o de autocontrol parlamentario.<sup>22</sup>

Basado en la premisa máxima “*Vox populi, vox Dei*” supone la negación a que exista un órgano ajeno y diferente del Poder Legislativo encargado de controlar la actividad del Parlamento.

---

<sup>22</sup> JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Barcelona 2005, paginas 27-45

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El sistema legal inglés, que tiene como origen inicial en el sistema de la Common Law y posteriormente en el de la Statue Law supone la **no existencia** de un texto constitucional positivizado y articulado en un único corpus legal, en un único conjunto normativo, tal y como lo entendemos en la zona de la Europa continental y en América.

Este modelo, el modelo inglés, ataja el problema de la defensa de la supremacía de su “Constitución” a través del sistema de que es el propio Parlamento quien decide sobre sus propios actos y su adecuación al sistema “constitucional” vigente en este modelo de sociedad, permitiendo y confiando en que sea el propio Legislativo quien actúe con la suficiente racionalidad para apreciar las desviaciones de sus propios actos y poner los medios que permitan su corrección.

El modelo de control de la actividad del legislativo y la sumisión de dicha actividad al “marco constitucional”, se apoya en dos premisas básicas.

- *Vox populi, Vox Dei.*
- *Oppidum operatur in filios* (“El Pueblo controla al Pueblo”)<sup>23</sup>.

De esta forma, podemos señalar que el sistema inglés presenta algunas ventajas que hemos de hacer constar.

- 1- No existe el sometimiento del Parlamento al control ejercido por un órgano externo, lo que supone que no se da el problema de la “batalla de legitimidades”.
- 2- Son los propios partidos políticos, como representantes de las diferentes sensibilidades sociales, presentes en el Parlamento a través de los grupos parlamentarios quienes ejercen la función de garantizar la adecuación normativa al marco “constitucional”, y es en última instancia la voz del pueblo, a través de las urnas quien propicia un cambio en la composición parlamentaria que facilite el control de su actividad.

Pero al tiempo que se señalan las ventajas anteriores, el modelo inglés también presenta (como cualquier otro) una serie de inconvenientes:

---

<sup>23</sup> Aguilar de Dios, Carlos. *El Control de Constitucionalidad*. Trabajo fin de Grado. UPV 2015.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1- Es difícil que los propios parlamentarios y el juego de las mayorías, quienes aprecien por si mismas la no adecuación de las normas que ellos han creado al marco constitucional, ya que esto supondría como admitir la actividad dolosa (entendida esta como producción contra constitucional a sabiendas de su inconstitucionalidad) del legislativo en la producción normativa.
- 2- Si, quien ha de controlar la sumisión de la actividad parlamentaria a la Constitución es el propio Parlamento, éste se convierte en juez y parte, rompiéndose de esta forma el principio de independencia que se ha de exigir a quien controle la adecuación de las normas a la Constitución.

Y son estos inconvenientes, lo que (tal y como señala Jiménez Asensio) los que están haciendo que “*el sistema constitucional británico este siendo objeto de una autentica transformación en las últimas décadas*”<sup>24</sup>, sobre todo tras la integración del Reino Unido en la Unión Europea y la aplicación del Derecho Comunitario, cuya prevalencia se produce frente a las normas internas.

El Reino Unido, a través de la *Humman Right Acts*, ha supuesto una positivización de sus normas constitucionales aproximándose al modelo de la Europa Continental.

#### 1.7.1.2. **Modelo Francés, o modelo de control a priori.**

El modelo francés, al igual que el inglés, se aparta de los modelos mayoritarios de control de constitucionalidad que actúan a posteriori sobre normas que ya están integradas en el ordenamiento jurídico.

Este modelo, parte de un criterio a priori mediante el cual, el órgano de control de la constitucionalidad de las normas ejerce una función de limpieza de aquellas normas que emanan del Legislativo<sup>25</sup>, de forma que su

---

<sup>24</sup> SANCHEZ GONZALEZ, SANTIAGO. *Cambios constitucionales en el Reino Unido de la Gran Bretaña II*. Teoría y Realidad constitucional nº 5, 1er semestre. UNED.2000 paginas 253-256

<sup>25</sup> LOPEZ BOFILL, HECTOR. *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Universidad Pompeu Fabra. Departamento de Derecho. Área de Derecho Constitucional 2003. Páginas 215-263

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

inclusión en el ordenamiento jurídico sea con total adecuación a la Constitución.

Pero, es que este modelo, presenta la peculiaridad de la legitimación para realizar el control de constitucionalidad corresponde al Presidente de la Republica, que es quien es el encargado de ejecutar el sistema de “doble vuelta”, a través del cual, tras recibir el texto del proyecto normativo con las apreciaciones del Consejo Constitucional, devuelve dicho texto al Legislativo para que éste realice los cambios necesarios para que el texto pueda nacer con los cánones correctos.

Este modelo de doble vuelta, presenta la ventaja de que el Tribunal Constitucional actúa como un elemento que permite la depuración de la norma antes de que esta entre en el ordenamiento jurídico, con lo que se consigue que los posibles efectos adversos de su aplicación hasta su expulsión del ordenamiento, queden mitigados al ser depurados con carácter previo.

Pero, es que además, el Presidente de la Republica tiene la potestad de que el texto que retorna del Consejo Constitucional vea la luz “amputado” en aquellos términos que sean contrarios a la Constitución, de forma que el riesgo de que el Tribunal Constitucional se convierta en un colegislador queda mitigado. Es potestad del Presidente de la Republica, promulgar el texto sin los elementos contrarios a la Constitución o proceder a su devolución al Legislativo para que, atendiendo a las apreciaciones de inconstitucionalidad del Consejo Constitucional, proceda a enmendar los errores cometidos.

Es a nuestro juicio, un procedimiento que depura la norma antes de que vea la luz, suponiendo un importante ahorro de perjuicios en el ordenamiento que se producen en los sistemas de control a posteriori, pero que como todos los modelos, tampoco es perfecto, y existe el riesgo evidente de que el Consejo de Constitucionalidad caiga en la tentación de sobrepasar sus propios límites y convertirse en un colegislador en la sombra, naciendo de esta forma la tan temida batalla de legitimidades.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**1.7.1.3. Modelo Difuso o americano o *Judicial Review***

Este modelo desarrollado en los Estados Unidos de América tras la sentencia *Marbury vs. Madison*<sup>26</sup> de 1800 se caracteriza básicamente en que el control de adecuación de las normas a la Constitución se realiza por el conjunto de los miembros del Poder judicial, apoyándose en el modelo del *Stare Decidís*.

De esta forma, en el modelo difuso, no existe un único órgano encargado de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, sino que esta función la ejercen todos los órganos, aunque, mediante el sistema de recursos y de jurisprudencia vinculante que se desarrolla a través del *Stare Decidís*, es el Tribunal Supremo el órgano que tiene la *última ratio* de valoración de la constitucionalidad de la norma.

Pero, este sistema supone que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no surte efectos *erga omnes*, es decir, no es aplicable a todos, ni tampoco tiene el efecto de cosa juzgada, de forma que el control difuso solo extiende su declaración y sus efectos al caso concreto y entre las partes del litigio, aunque a través del sistema de recursos y de la mencionada técnica del *Stare Decidís*, puede llegarse al Tribunal Supremo haciendo que su jurisprudencia vinculante extienda los efectos *inter partes* a todos.

Este modelo, además, no expulsa del ordenamiento jurídico la norma tachada de inconstitucionalidad, sino que únicamente ordena su inaplicación, lo que implica que dicha norma queda “dormida”, hasta que un cambio de la jurisprudencia pueda suponer el “despertar” de la norma, al tiempo, que la declaración de inconstitucionalidad y su efecto únicamente *inter partes* supone, que teóricamente, la norma puede seguir produciendo efectos en tanto en cuanto no sea cuestionada su constitucionalidad en un nuevo proceso judicial.

---

<sup>26</sup> ALEJANDRO AMAYA, JORGE, *MARBURY vs. MADISON o de las antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución*. Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010 (Segunda Época).paginas 1-22

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

1.7.1.4. **Modelo Kelseniano o concentrado.**

El modelo concentrado, implantado en la Europa continental<sup>27</sup>, parte de la existencia de un órgano creado *ad hoc*, ajeno a cualquiera de los poderes del Estado, es el encargado de realizar el control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley de forma independiente a cualquiera del resto de los poderes.

Estos órganos (Tribunal Constitucional<sup>28</sup>) con potestad jurisdiccional en aquellos temas de adecuación constitucional de las normas emanadas del legislativo tienen una serie de características comunes a todos, con independencia del Estado en que se asienta, estas características comunes son:

1. Son totalmente ¿?<sup>29</sup> Independientes del resto de los Poderes del Estado.
2. Ostenta el monopolio de la potestad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes y su expulsión del ordenamiento jurídico.
3. Tienen carácter de jurisdicción, lo que implica que únicamente actúan a instancia de parte. El Tribunal Constitucional en ningún

<sup>27</sup> JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Barcelona 2005, páginas 128-144.

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Civitas, Madrid, 1994 en SORIANO MORENO, FERNANDO. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, de Eduardo García de Enterría*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 2, nº 8. Septiembre-diciembre 1982. Págs. 335-348.

<sup>29</sup> Nota del autor: La total independencia de los Tribunales constitucionales con respecto al resto de los Poderes del Estado, queda en entredicho, sobre todo en cuanto a la composición de sus miembros, y el modelo de designación de los mismos. Así, el elemento politizador de aquellos miembros del Tribunal Constitucional español, se manifiesta en que la elección de los magistrados que lo componen de acuerdo con el artículo 159 de la Constitución Española de 1978. De esta forma los 12 miembros del Tribunal Constitucional serán designados de la siguiente forma:

- Cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5
- Cuatro a propuesta del Senado por mayoría de 3/5.
- Dos a propuesta del Gobierno.
- Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Y si tenemos en cuenta que los miembros del Consejo General del Poder Judicial son elegidos según los criterios manifestados en la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 112 y 113, podemos afirmar sin ánimo a equivocarnos, que el componente de polinización del órgano encargado del control de constitucionalidad de las normas es muy alto. De esta forma, la independencia que se le presume, se iría difuminando, convirtiéndose el órgano, en teoría independiente, en un órgano subordinado a los intereses políticos de las mayorías parlamentarias, con lo cual, tal y como ocurrió con la deliberación de la constitucionalidad del Estatut de Catalunya, sus decisiones estarían hipotecadas por los intereses políticos de quienes designan a los magistrados, lo que sin duda redundaría negativamente en la legitimidad de sus decisiones y sobre todo en su independencia.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

caso puede instar el inicio de una valoración constitucional de las normas vigentes.

4. Sus resoluciones tienen efectos erga omnes, son extensibles a todos los poderes públicos y a todos los órganos del Estado.
5. Suponen la potestad de convertirse en “legisladores negativos”, de forma que sus decisiones de inconstitucionalidad de las normas suponen la expulsión de éstas del ordenamiento jurídico.

Este modelo concentrado, que otorga a un órgano ajeno a los tres poderes clásicos, también presenta la crítica por parte de la doctrina, encabezada por JAVIER PÉREZ ROYO, sobre la legitimidad de sus decisiones. Dicha parte de la doctrina mantiene que sus decisiones, que pueden suponer la expulsión de una norma emanada del Legislativo, son decisiones tomadas por un órgano que carece de igual legitimidad democrática que el Legislativo, ya que sus miembros no son elegidos por el pueblo (al contrario que el legislativo) por lo que su legitimidad queda mermada frente al Parlamento.

Sin embargo, tal y como veremos más adelante, la legitimidad de las urnas no es la única ratio que ha de valorar la legitimidad de las decisiones de los órganos que componen el Estado, incluyendo el legislativo y el Tribunal Constitucional.

### **1.8. Procedimientos de control ordinarios de constitucionalidad por los Tribunales Constitucionales**

Una visión general de los diferentes procedimientos que existen de control de constitucionalidad, nos muestran básicamente dos modelos:

- El modelo que separa el procedimiento constitucional de los procedimientos seguidos ante los órganos jurisdiccionales ordinarios del Poder Judicial.
- El modelo que otorga a los órganos jurisdiccionales pertenecientes al poder judicial el control de la constitucionalidad de las normas, aplicable en el modelo difuso.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

En el caso de aquellos modelos que separan el control de constitucionalidad de las normas de los procedimientos generales seguidos por los órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial, supone la creación de un procedimiento *ex novo* destinado a “enjuiciar”<sup>30</sup> la constitucionalidad de las normas.

El procedimiento que realizan los Tribunales Constitucionales se realiza a través, básicamente, de dos procesos<sup>31</sup>.

- Abstracto.
- Concreto o en vía incidental.

### 1.8.1. Control Abstracto

Este tipo de control, se dirige a analizar la norma como tal, con su efectividad en el ordenamiento jurídico y con independencia de reclamaciones particulares realizadas en procesos concretos.

Este control, también llamado en el modelo italiano en vía principal, consiste en conceder legitimación a una serie de actores para poder cuestionar e impugnar la ley o norma con fuerza de ley ante el órgano encargado del control de constitucionalidad de la misma.

Se trata de un procedimiento en el que se ataca directamente a la norma, a su adecuación al texto constitucional, con independencia de los efectos que haya podido producir en el ordenamiento y en el tráfico jurídico, hasta que sea analizada y valorada en cuanto a su adecuación por el Tribunal Constitucional.

La posibilidad de ejercer dicha acción, ha de ser siempre *a posteriori*, es decir, una vez la norma se ha integrado con plena efectividad en el ordenamiento

---

<sup>30</sup> Nota del autor. Más que el calificativo de enjuiciar, la doctrina tendría que emplear el calificativo “controlar”, ya que aunque los Tribunales Constitucionales realizan un proceso jurisdiccional, su función no es la de enjuiciar, que implica una confrontación entre partes ante un tercero imparcial, sino al contrario, la función del órgano denominado Tribunal Constitucional es la de **controlar** que las normas que se han incorporado al ordenamiento jurídico lo han hecho sin ninguna macula de inconstitucionalidad.

De esta forma, la actividad de los Tribunales Constitucionales que se manifiesta a través de sentencias (por analogía semántica con las resoluciones de jueces y tribunales) ha de ir orientada no a condenar a una parte frente a la pretensión de otra, sino a proteger al todo el ordenamiento jurídico de la actividad contraria a la constitución realizada por el Legislativo.

<sup>31</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional, Tiran lo Blanch. Valencia Págs. 203-204.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

jurídico, por lo que la norma ha de haber sido promulgada y ha tenido que comenzar a producir efectos<sup>32</sup>.

### 1.8.2. Control concreto o en vía incidental

Este sistema de control de constitucionalidad de las normas, importa la filosofía del control difuso incorporando al modelo concentrado, la función de los jueces y tribunales de controlar la adecuación de las normas a la Constitución, lo que supone una importación de criterios del *Judicial Review* al modelo Kelseniano.

En este procedimiento, el control surge cuando una ley contaminada de inconstitucionalidad entra en el ordenamiento y sus efectos no se manifiestan hasta que hayan sido sobrepasados los plazos legales para interponer el control en vía principal a través del recurso de inconstitucionalidad.

Mediante el control concreto, cuando un órgano jurisdiccional ordinario<sup>33</sup> (Jueces y Tribunales) se enfrenta a tener que basar su *ratio decidendi*, en un conflicto concreto, apoyándose en una ley que presuntamente pueda estar contaminada, puede elevar una consulta al órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las normas, a través de diferentes figuras jurídicas<sup>34</sup>, y el órgano encargado (Tribunal Constitucional) ha de responder al juez consultante, pronunciándose sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional, Tiran lo Blanch. Valencia 1994. Págs. 203-204.

<sup>33</sup> LOPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional, Tiran lo Blanch. Valencia Págs. 194-198. 1994

<sup>34</sup> En España se realiza a través de la cuestión de inconstitucionalidad regulada por el artículo 163 de la Constitución Española de 1978 y del Capítulo III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>35</sup> Una de las últimas cuestiones de inconstitucionalidad más relevantes resueltas por el Tribunal Constitucional frente a un norma legal hacen referencia a la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, con respecto al artículo 153.1 del Código Penal modificado por la ley de violencia de género y que permite elevar las penas en los casos en los que el varón sea el agresor y la mujer la víctima. La duda de la juez se sustentaba en la posible violación del principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 14 de la Constitución. La juez entendía que el maltrato sólo puede cometerlo un varón que agrede a quien es o fue su pareja femenina, mientras que en el resto de supuestos -sobre todo cuando es la mujer la que daña al hombre- el delito se corresponde con el artículo 153.2 del Código Penal, con una pena de prisión menor (de 3 meses a 1 año en vez de los 6 meses a 1 año).

Los siete votos a favor han correspondido a la presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas, al vicepresidente, Guillermo Jiménez, y a los magistrados "progresistas" Elisa Pérez Vela, Eugeni Gay, Pascual Sala, Manuel Aragón y Pablo Pérez-Tremps. Han votado en contra los magistrados conservadores Roberto García-Calvo, Vicente Conde, Javier Delgado, Jorge Rodríguez-Zapata y Ramón Rodríguez-Arribas. (fuente [www.http://sociedad.elpais.com](http://sociedad.elpais.com)). Consultado el 10 de marzo de 2015.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

En este control, el juez o tribunal *a quo*, no decide sobre la adecuación de la norma a la Constitución (a diferencia del modelo difuso), sino que simplemente se convierte en un órgano “auxiliar” del Tribunal Constitucional en el control de las normas, contribuyendo de esta forma a la depuración del ordenamiento.

**1.9. Cuestiones previas**

De esta forma, tal y como hemos ido expresando, el control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley no es un concepto único y homogéneo, sino que presenta tantos matices como modelos existen, y no podemos concluir qué tipo es el ideal o el que mejor se ajusta al principio que en todos subyace, preservar la supremacía de la Constitución como marco jurídico que es origen y fin de todos el ordenamiento jurídico político de un Estado.

De esta forma, nos podemos hacer una serie de preguntas:

- A- ¿Es mejor un modelo concentrado en el que un único órgano es el encargado de controlar la adecuación de las leyes y normas con rango de ley a la Constitución, o por el contrario es mejor un modelo difuso, en el que cualquier órgano con potestad jurisdiccional puede controlar la constitucionalidad?
- B- ¿Es mejor un modelo que analiza la adecuación a la Constitución de las normas una vez estas han adquirido firmeza jurídica y están insertas en el ordenamiento, o por el contrario es mejor un modelo a priori, que se inserta en el proceso de producción legislativa depurando las posibles desviaciones de las normas con respecto al texto constitucional?
- C- ¿Es mejor un modelo que expulsa la norma del ordenamiento jurídico reconociendo a su sentencia efectos erga omnes, o por el contrario es mejor un modelo que se apoya en un proceso concreto y cuya eficacia es inter partes?, ¿es mejor un modelo de control abstracto de la norma o es mejor un modelo de control concreto?
- D- ¿Es mejor un modelo de control que universaliza la posibilidad de legitimación para exigir la adecuación de las normas a la Constitución, o por el contrario, es

---

Como vemos, en la referencia periodística, el carácter de “progresista” de los magistrados que votaron a favor de la constitucionalidad del artículo cuestionado, vuelven a devolvernos a la sospecha de contaminación política de los miembros del Tribunal Constitucional.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

mejor un modelo que limita la legitimación a los órganos del Estado como representantes de la voluntad popular?

E- y por último ¿Es mejor un sistema en el que el órgano u órganos están compuestos por miembros totalmente independientes de los demás poderes, o por el contrario los miembros que han de decidir sobre la constitucionalidad de las normas han de ser elegidos por los órganos representativos de la voluntad popular?

Pero, además, desde la perspectiva europeo centrista, nos olvidamos que existen otras realidades en el planeta, realidades que conforman modelos que no están basados en la supremacía de un Derecho nacido de un órgano constituyente, sino que por el contrario el elemento de referencia es una Constitución que nace de una concepción teológica de la sociedad, como es el caso de los Estados islámicos, o que directamente niegan la posibilidad de que existan órganos ajenos al poder legislativo capaces de revocar las decisiones de éste, otorgando al propio “infractor” la posibilidad de reconducir sus decisiones y que se apoyan en un sistema consuetudinario asentado bajo principios de tradición jurídica de Derecho Natural, como es el caso del modelo Británico.

Por último, y antes de comenzar con el estudio del tema, tenemos que preguntarnos si lo que queremos es un control de constitucionalidad que satisfaga a la mayoría o que por el contrario proteja a las minorías de los abusos que puede producir lo que se ha denominado como “dictadura de la mayoría”, y que en tiempos precedentes dieron lugar a regímenes constitucionalizados y legitimados por el Derecho positivo nacido del legislador, pero que negaron la esencia del propio Estado y de los derechos inherentes a sus ciudadanos fuera de la voluntad del gobernante, como fueron los regímenes totalitarios nazis, fascistas o comunistas.

Así, para que exista un control de constitucionalidad, sea cual sea el modelo que pretendamos seguir, tenemos que plantearnos la firmeza y rigidez del texto de referencia, la Constitución, de forma que no es lo mismo aquellos modelos en los que la Constitución se erige como fuente normativa superior y referente del resto del ordenamiento jurídico y político, de aquellos otros regímenes que consideran que la Constitución no puede ser un elemento monolítico, imperturbable e

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

inmutable, sino una ley más, con un cierto rango de superioridad respecto de las demás leyes, pero con iguales formas de creación, modificación y transformación.

Todos los modelos expresados en esta introducción, en sus respectivos ámbitos geográficos, son para sus Estados, el “modelo ideal” aquel que más se ajusta a las necesidades y anhelos del pueblo soberano, pero que vistos desde el exterior pueden dar lugar a situaciones que considerarían (los ajenos a ellos) aberrantes.

El poder del pueblo en los Estados socialistas, el poder de la ley, el poder del Parlamento, el poder de Al lah, el poder de Yahvé... Son todos poderes legítimos en sus ámbitos de actuación, y todos marcan una línea roja que sus ciudadanos no pueden traspasar, de forma que todas las normas nacidas a sus sombras han de estar limitadas por ellos, pero ¿cuál es el idóneo? A esta última pregunta no pretendo dar respuesta, sino simplemente mostrar las opciones para que aquellos que las contemplen puedan elegir.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**II EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD: NATURALEZA JURIDICA****2.1. Naturaleza jurídica del control previo de constitucionalidad.**

El control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley tiene como función jurídica la subsanación de los efectos adversos que puedan producir aquellas normas que estando vivas en el ordenamiento jurídico sean contrarias al marco establecido por la Constitución de la que dependen jerárquicamente.

De esta forma, el control *a posteriori* tiene una función jurisdiccional, entendiendo ésta como aquella función encargada de reparar las anomalías producidas por una ley dentro del ordenamiento tras su aplicación.<sup>36</sup>

Sin embargo, el control previo de constitucionalidad no actúa sobre una norma que está en vigor y que produce efectos en el tráfico jurídico, sino sobre un proyecto, sobre un nasciturus legal, de forma que si algo no ha entrado aún a formar parte del ordenamiento y por tanto no ha comenzado aún a desplegar efectos, difícilmente se puede ejercer sobre ello una función jurisdiccional, cuya principal característica es reestablecer el orden vulnerado e imponer de forma coactiva el imperio de la ley.

Así, en el aspecto del control *a posteriori*, si podemos concebir que exista una función jurisdiccional del Tribunal Constitucional, ya que este órgano se encarga de reestablecer el orden constitucional vulnerado por la norma contraria, sancionando a ésta con su expulsión.

Pero ¿Qué ocurre cuando la norma no ha entrado a formar parte del ordenamiento?, difícilmente el Tribunal Constitucional puede expulsar de dicho ordenamiento algo que aún no ha pasado a formar parte de él, y que por tanto aún

---

<sup>36</sup> Sobre la naturaleza jurisdiccional del control de constitucionalidad *a posteriori* existe innumerable bibliografía, el autor de este trabajo ha manejado principalmente

- LOPEZ GUERRA, Luis. Introducción al Derecho Constitucional, Tiran lo Blanch. Valencia Págs. 194-198. 1994
- GARCIA MARTINEZ, Asunción. El recurso de inconstitucionalidad. Trivium. Madrid 1992 Pág. 32.
- ARAGÓN Manuel, El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978. Ponencia de las IV Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional. Valencia 1978 Pág.171-173.
- JIMENEZ ASENSIO, Rafael. Introducción a una historia del constitucionalismo español. Tiran lo Blanch. Valencia 1993. Págs. 49-52.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

no ha podido generar ningún efecto jurídico, es decir, que aún no tiene existencia en el mundo del Derecho.

De esta forma el recurso previo de inconstitucionalidad no puede ser catalogado como un control jurisdiccional ya que no existe ni objeto y efectos a él asociados.

Eliminada de esta forma su naturaleza jurisdiccional, entonces se nos plantea el interrogante de saber ¿Cuál es la verdadera naturaleza del recurso previo de inconstitucionalidad?<sup>37</sup>

Por una parte podríamos asignar a este tipo de control previo un carácter *consultivo*, de forma que el órgano encargado de conocer sobre la constitucionalidad de la norma en ciernes, emite un *informe* y unas conclusiones sobre la adecuación o no del *nascitorus* legal al ordenamiento constitucional, a fin de que una vez culminado el proceso legislativo, esta nueva ley vea la luz colmada de todos los parabienes constitucionales. Esta actividad consultiva será el resultado de las solicitudes formuladas por el órgano legislativo (depositario de la función de producción normativa) al máximo intérprete de la Constitución, a fin de adecuar su actividad al marco establecido por la propia Constitución.

Sin embargo, y tal y como estaba estructurado el control previo en el derogado artículo 79.4 b) de la Ley Orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional, la declaración de preceptos contrarios a la Constitución en un recurso previo de inconstitucionalidad ostentaba un carácter vinculante para el legislador, muy próximo al estilo de control previo de constitucionalidad ejercido en la República Francesa<sup>38</sup>, lo que le alejaba de la característica consultiva, situándolo próximo a una función *cuasi legislativa*, convirtiendo al Tribunal Constitucional en una especie de 3ª Cámara, función que la doctrina de la Objeción Democrática, rechaza en base a otorgar legitimación legislativa a un órgano que no ostenta constitucionalmente dicha legitimación.

Sin embargo, esta función vinculante, no supone que el Tribunal Constitucional anule nada, ya que nada ha existido aun, simplemente impide al legislador (mediante la fuerza vinculante de la resolución del Tribunal

---

<sup>37</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Páginas 144-146

<sup>38</sup> LOPEZ BOFILL, Héctor. Formas interpretativas de decisiones en el juicio constitucional de las leyes. Universidad Pompeu Fabra. 2003. Págs. 238-258

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Constitucional) proseguir el trámite legislativo sin enmendar los preceptos contaminados, actuando de esta forma como un freno a la potestad ilimitada del legislativo de producir normas, potestad que aunque reconocida en la Constitución, esta también limitada por ésta, así, poniendo freno a la actividad legislativa el Tribunal Constitucional no actuaría como un legislador negativo, tal y como viene articulado en el artículo 161.1 de la Constitución, ya que la norma aún no ha nacido, sino más bien se posicionaría como un legislador positivo en la sombra, esta naturaleza colegisladora ya ha sido tratada por otros autores en el estudio del proceso de control de constitucionalidad francés y la función desarrollada por el Consejo de Constitucionalidad del país galo<sup>39</sup>.

La propia figura del control previo de constitucionalidad en España, fue desde su inclusión en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 2/79 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a través de su artículo 79 fue una figura denostada por la mayoría de la doctrina identificando dicho control, con un control politizado, otorgándole un carácter “*peyorativo en contraposición al control jurisdiccional, dando por sentada la imposibilidad de un control previo de naturaleza jurisdiccional y llevado a cabo mediante criterios estrictamente jurídicos*”<sup>40</sup>.

La diferenciación de la naturaleza jurisdiccional entre recurso previo y recurso a *posteriori*, otorgando dicha naturaleza al segundo y negándosela al primero, es una diferenciación artificial y artificiosa, ya que ambos tipos de recursos (previo y a posteriori) son dos formas de llevar a cabo la misión de controlar la adecuación de las normas al marco constitucional, de forma que ambos modelos de control no solamente diferentes en cuanto a su naturaleza, sino que se complementan, teniendo ambos igual naturaleza jurisdiccional.

La STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985 por la que se consideró conforme a la Constitución Española de 1978 la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio por la que se deroga el capítulo II del Título IV de la Ley orgánica 2/1979 de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, a través de la cual se derogaba el recurso previo de inconstitucionalidad determinaba la naturaleza jurisdiccional de este tipo de recurso, afirmando que dicho tipo de recurso “*no está destinado a asegurar la*

---

<sup>39</sup> LOPEZ BOFILL, Héctor. Formas interpretativas de decisiones en el juicio constitucional de las leyes. Universidad Pompeu Fabra. 2003. Págs. 238-258

<sup>40</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 2

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*protección judicial de los ciudadanos, sino a resolver en esta jurisdicción las diferencias existentes entre órganos constitucionales en cuanto a la interpretación de los preceptos constitucionales, ampliando así, no contra la Constitución pero si la margen de ella, el ámbito del recurso de inconstitucionalidad que ésta instauro*<sup>41</sup>.

### 2.1.1. Posiciones sobre la naturaleza del recurso previo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, y tal y como he señalado anteriormente, la doctrina no ha sido unánime en cuanto a la consideración de la naturaleza del control previo como una naturaleza de tipo jurisdiccional, de hecho este no ha sido, ni es un tema pacífico, existiendo dos posturas claramente enfrentadas y que vamos a resumir y concretar en este punto, las posturas son dos:

#### 2.1.1.1. Negación de la naturaleza jurisdiccional – procesal al recurso previo de inconstitucionalidad.

Esta corriente doctrinal se apoya en la afirmación de que el proceso se define como el instrumento de satisfacción de pretensiones, *entendiendo tales términos en su sentido rigurosamente jurídico* de esta forma en todo proceso existen siempre unos elementos básicos:<sup>42</sup>

- Pretendiente y pretendido.
- Objeto causa de la disputa que genera el proceso.
- Actividad procesal.
- Tercero imparcial.

de modo que tal y como señala ANGEL JOSE GOMEZ MONTORO “*sin cada acto previo ninguno de los siguientes tiene validez, y sin cada acto posterior ninguno de los anteriores tiene eficacia*”<sup>43</sup>.

De esta definición, esta corriente doctrinal contraria a la naturaleza jurisdiccional del control previo, concluye que el recurso previo de inconstitucionalidad no puede considerarse como un auténtico proceso y por tanto

<sup>41</sup> STC 66/1985 de 23 de mayo de 1985. Fundamento jurídico 2.

<sup>42</sup> MONTERO AROCA, JUAN; GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS; BARONA VILAR, SILVIA. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General 21ª edición*. Tiran lo Blanch. Valencia 2013. Páginas 28-34.

<sup>43</sup> GOMEZ MONTORO, ANGE JOSE Ob. Cit página 10.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

la función que realiza el Tribunal Constitucional no puede considerarse una función de naturaleza jurisdiccional, ya que no resuelve un conflicto porque, básicamente, el conflicto no ha podido surgir, ni tampoco puede reestablecer un orden jurídico mancillado cuando el orden jurídico no ha sido perturbado por una norma que no ha visto la luz.

Dispone esta corriente doctrinal (opuesta claramente al recurso previo de inconstitucionalidad y a su carácter jurisdiccional) el recurso previo de inconstitucionalidad no resuelve una controversia, sino que lo que trata es que ésta pueda llegar a producirse, poniendo los medios profilácticos y correctores antes de que aquella norma que pueda dar lugar a la controversia nazca para el ordenamiento jurídico.

Esta corriente de la que beben autores como GOMEZ MONTERO y ALBA NAVARRO, señala que la naturaleza del recurso previo de inconstitucionalidad es una naturaleza **consultiva**, ya que a este instrumento en su empleo no se le pide que resuelva un conflicto anulando una norma que está produciendo efectos jurídicos, básicamente porque no se puede anular aquello que no existe, sino que lo que se le pide es un **pronunciamiento, una valoración, una recomendación** del Tribunal Constitucional sobre la adecuación constitucional de un nasciturus normativo.

Es más, estos autores apoyan su tesis en que ni tan siquiera el derogado artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contemplaba expresiones como “proceso” o “sentencia”, sino que dichos términos eran sustituidos por expresiones como “recurso” o “pronunciamiento”, otorgando a este tipo de mecanismo de control una función de resolución de cuestiones de tipo político en las que predominan criterios políticos sobre los estrictamente jurídicos.<sup>44</sup>

#### 2.1.1.2. Afirmación de la naturaleza procesal del recurso previo de inconstitucionalidad

Por el contrario, otra corriente doctrinal surgida más recientemente y defendida por RUBIO LLORENTE, VILLAVARDE MENENDEZ y ALGEGRE MARTINEZ, quienes determinan que el recurso previo de inconstitucionalidad

---

<sup>44</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. página 135.

ALBA NAVARRO, MANUEL *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*. Revista de Derecho Político. Número 16 invierno 1982-1983. Páginas 167-182.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

tiene una naturaleza jurisdiccional, ya que cuando el Tribunal Constitucional ejerce un control mediante decisiones aplicando normas jurídicas, estamos ante una actividad puramente jurisdiccional, de esta forma (según Rubio Llorente) siendo por tanto una función jurisdiccional, el enjuiciamiento que realiza el Tribunal Constitucional está sujeto a una norma, en este caso la Constitución, y no a un fin, debiendo el órgano concedor asentar su decisión en un conjunto de argumentos razonados y apoyados en la norma base<sup>45</sup>.

En este caso, el planteamiento hecho a través del recurso previo de inconstitucionalidad supone someter a criterio de un órgano independiente ¿?<sup>46</sup>, imparcial e inamovible, con independencia del momento en que se realice el enjuiciamiento del objeto del proceso (norma o proyecto de norma) esto no modifica la naturaleza jurisdiccional del control siempre que se respeten las características del órgano y que sus resoluciones estén basadas en un razonamiento jurídico, de esta forma y según Rubio Llorente<sup>47</sup> *“siempre hay jurisdicción constitucional donde hay un control jurídico sobre la validez constitucional de las normas y actos, ejercido mediante decisiones jurídicas potencialmente irrevocables”*.

<sup>45</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad: de la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10, Enero – diciembre 2009 Págs. 39-57 y VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 24 y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2ª edición. Madrid 2012 pagina 1373-1380.

<sup>46</sup> Nota del autor. La total independencia de los Tribunales constitucionales con respecto al resto de los Poderes del Estado, queda en entredicho, sobre todo en cuanto a la composición de sus miembros, y el modelo de designación de los mismos. Así, el elemento politizador de aquellos miembros del Tribunal Constitucional español, se manifiesta en que la elección de los magistrados que lo componen de acuerdo con el artículo 159 de la Constitución Española de 1978. De esta forma los 12 miembros del Tribunal Constitucional serán designados de la siguiente forma:

- Cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de 3/5
- Cuatro a propuesta del Senado por mayoría de 3/5.
- Dos a propuesta del Gobierno.
- Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Y si tenemos en cuenta que los miembros del Consejo General del Poder Judicial son elegidos según los criterios manifestados en la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 112 y 113, podemos afirmar sin ánimo a equivocarnos, que el componente de politización del órgano encargado del control de constitucionalidad de las normas es muy alto. De esta forma, la independencia que se le presume, se iría difuminando, convirtiéndose el órgano, en teoría independiente, en un órgano subordinado a los intereses políticos de las mayorías parlamentarias, con lo cual, tal y como ocurrió con la deliberación de la constitucionalidad del Estatut de Catalunya, sus decisiones estarían hipotecadas por los intereses políticos de quienes designan a los magistrados, lo que sin duda redundaría negativamente en la legitimidad de sus decisiones y sobre todo en su independencia.

<sup>47</sup> RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2ª edición. Madrid 2012 pagina 1373-1380.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Estos autores<sup>48</sup>, minoritarios dentro de la doctrina, que defienden la naturaleza jurisdiccional del recurso previo de inconstitucionalidad determinan que siempre que se plantea una disputa en torno a un objeto (norma nata o non nata) supone el ejercicio de una actividad jurisdiccional que tiene como marco un proceso.

Así mismo, mantienen que la concepción civilista del proceso, no siempre es extrapolable a otro tipo de controversias, como es el caso de las que se generan en torno al recurso previo de inconstitucionalidad de una norma non nata, ya que lo que hay que tener en cuenta es, no si la norma ha producido efectos o no en el ámbito jurídico, sino que la propia norma non nata y el recurso previo de inconstitucionalidad planteado contra ella va a suponer la apertura de un proceso que permita dirimir una controversia entre partes con independencia de si lo que se discute es una norma nacida o por nacer, de esta forma, estos tres autores coinciden en decir que existe un proceso y por tanto una función jurisdiccional, allí donde existe un control jurídico, apoyado en una norma (la Constitución), sobre la validez constitucional de un elemento.

Por nuestra parte, en cuanto a la naturaleza del recurso previo de inconstitucionalidad instaurado en España con la Ley Orgánica 2/79, sí que habría un auténtico proceso, ya que lo que se dirimía ante el Tribunal Constitucional, aunque tuviese un enorme componente político, era que una norma que estaba en ciernes fuera acorde con el marco constitucional, solicitando del Tribunal Constitucional un posicionamiento firme, no una consulta sobre dicha norma, y así lo reflejo el legislador del 79 a establecer en el 79.4.b) *“Si, por el contrario declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta 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”*.

Como en todo proceso de naturaleza jurídica, se planteaban en el recurso previo de inconstitucionalidad dos posturas encontradas frente a un mismo

---

<sup>48</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad: de la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10, Enero – diciembre 2009 Págs. 39-57 y VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 24 y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2ª edición. Madrid 2012 pagina 1373-1380.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

objeto, dos posturas que necesitaban de un tercero intermedio, independiente, inamovible e imparcial, sometido únicamente al imperio de la ley, que apoyándose en el ordenamiento jurídico y en el Derecho positivo, otorgase e inclinase la balanza de la justicia constitucional a uno o a otro lado.

El hecho de que el objeto del conflicto no haya generado aun efectos en el ordenamiento, no excluye la existencia de un conflicto de intereses por un concepto concreto, entre quienes desean que el proyecto de norma continúe tal y como está redactado y aquellos que consideran que no puede ver la luz por ser contrario al ordenamiento jurídico (en este caso el ordenamiento constitucional).

Simplificar el concepto de proceso a un concepto puramente civilista, es tener (a nuestro juicio) una visión muy miope y sesgada del ordenamiento jurídico, ya que no es necesario en otros ámbitos la producción de un resultado para una de las partes, para que se produzca el nacimiento del proceso, considerado éste como el instrumento de dirimir conflictos, pero ahondando aún más, en la postura del otorgamiento de naturaleza jurisdiccional y por tanto procesal al recurso previo de inconstitucionalidad, el propio derogado artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determinaba tanto las legitimaciones para su interposición que les convertían en parte demandante (artículo 79.2) como el objeto del proceso (artículo 79.1) y estableciendo una actividad procesal jurisdiccional (artículos 79.2, 79.3 y 79.4) con un resultado de la actividad del órgano encargado de dirimir el conflicto (artículo 79.4), es decir, todos los elementos objetivos y subjetivos que componen el proceso.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**III EL CONTROL PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA.****3.1. Introducción y antecedentes.**

Durante el proceso de elaboración del texto de la Constitución Española de 1978, el constituyente en aquellos aspectos relacionados con la defensa de la propia Constitución, establece en el artículo 161 un modelo de control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley de carácter represivo o a posteriori y concentrado, siguiendo el modelo kelseniano de creación de un órgano ad hoc con carácter jurisdiccional y competencia exclusiva en la interpretación y adecuación del ordenamiento jurídico al texto constitucional creando un procedimiento de control de constitucionalidad de las normas separado de los procedimientos generales de los órganos jurisdiccionales pertenecientes al poder judicial que supone la creación de un procedimiento ex novo destinado a “enjuiciar” la constitucionalidad de las normas, aunque, a nuestro entender, más que el calificativo enjuiciar, la doctrina tendría que emplear el calificativo “controlar”, ya que aunque los Tribunales Constitucionales realizan un proceso jurisdiccional, su función no es la de enjuiciar, que implica una confrontación entre partes ante un tercero imparcial, sino al contrario, la función del órgano denominado Tribunal Constitucional es la de controlar que las normas que se han incorporado al ordenamiento jurídico lo han hecho sin ninguna mácula de inconstitucionalidad.

De esta forma, la actividad de los Tribunales Constitucionales que se manifiesta a través de sentencias (por analogía semántica con las resoluciones de jueces y tribunales) ha de ir orientada no a condenar a una parte frente a la pretensión de otra, sino a proteger al todo el ordenamiento jurídico de la actividad contraria a la constitución realizada por el Legislativo.

De esta forma el artículo 161<sup>49</sup> de la Constitución Española de 1978 determina que el Tribunal Constitucional es competente para conocer de:

---

<sup>49</sup> Artículo 161 Constitución Española de 1978

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Recursos de inconstitucionalidad.
- Recursos de Amparo.
- Conflictos de competencias.

Afirmando posteriormente el efecto de dichas sentencias, como un efecto *erga omnes* en el artículo 164.1<sup>50</sup>.

Con todos estos ingredientes, se cocina un modelo mixto de control de constitucionalidad, mediante la existencia de un órgano centralizado creado *ex novo* y *ad hoc* para dicha función (siguiendo el modelo kelseniano) que es el único competente para declarar la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, estableciendo al mismo tiempo un sistema complementario de vigilancia de la aplicación de las leyes y su adecuación a la Constitución Española de 1978 a través del artículo 163<sup>51</sup>, otorgando a jueces y tribunales la posibilidad de ejercer la vigilancia de la constitucionalidad de las leyes a través de la figura de la cuestión de constitucionalidad, un guiño al modelo difuso americano.

Por otra parte, el constituyente del 78 opta por crear un modelo de Estado, que en el futuro recibirá el nombre de “Estado de las Autonomías”, donde huyendo del modelo centralista jacobino que había establecido el régimen franquista, plantea un modelo más próximo a un Estado federal, un paso intermedio que sin romper la clásica centralidad imperante en la historia de España, pretende proseguir el modelo de Estado iniciado en la Constitución Española de 1931, tal y como recogía el preámbulo de dicha Constitución<sup>52</sup> y su artículo 8.

---

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

<sup>50</sup> Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, **tienen plenos efectos frente a todos**.

<sup>51</sup> Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

<sup>52</sup> Constitución Española de 1931.

La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El establecimiento de esta forma de organización política territorial del Estado que iba a surgir de la Constitución Española de 1978 no termina de cerrarse por completo, tal y como hubiera sido deseable a través de una relación de competencias otorgada al Estado y a las Comunidades Autónomas con carácter de *numerus clausus*<sup>53</sup> que evitasen problemas y discusiones, así como las constantes tensiones entre el Gobierno de la Nación y los incipientes consejos de gobierno autonómico.

La incapacidad de las fuerzas políticas del 78 de llegar a un claro entendimiento y un acuerdo concreto, fenómenos como el terrorismo de ETA en el País Vasco, la desestructuración del antiguo régimen franquista, el complejo de las fuerzas políticas más reacias a un proceso autonómico de *numerus apertus* por miedo a ser tildadas de “herederas del régimen franquista”, dio lugar a un fenómeno que Jiménez Asensio denomina como “*desconstitucionalización*”, entendiendo dicho proceso como aquel en el que la propia Constitución Española de 1978 reenviaba a los estatutos de autonomía la función de que fueran éstos los que estableciesen en su proceso estatuyente su quantum de autogobierno, que fuesen los propios estatutos de autonomía los que definieran sus competencias con el límite marcado por el artículo 149.1 de la Constitución Española de 1978<sup>54</sup>.

De esta forma, el constituyente instauro el artículo 149.3, y la propia Constitución Española de 1978 deja las puertas abiertas a que aquellas materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, pudiesen ser asumidas por las Comunidades Autónomas, emulando lo dispuesto en los artículos 16 y 18 de la Constitución española de 1931<sup>55</sup>.

---

## TÍTULO PRIMERO

### Organización nacional.

Artículo 8º. El estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía.

<sup>53</sup> JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Barcelona 2005, página 216.

<sup>54</sup> JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *Ibidem*, página 218.

<sup>55</sup> Constitución española de 1931.

### Artículo 16.

En las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores, podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa, conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes.

### Artículo 18.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Esta cláusula abierta del artículo 149.3. de la Constitución Española de 1978 dio lugar a una carrera de adquisición de más y más competencias que aun hoy en día no ha finalizado<sup>56</sup> y que ha dado lugar a un constante pulso entre el Gobierno Central y los diferentes gobiernos autonómicos, tanto los regulados a partir del artículo 151.2 como los regulados en el artículo 146 de la Constitución, que amparándose en lo regulado en el artículo 148.2., proceso de “huida hacia delante” que ha llevado a puntos de sin razón como el proceso iniciado con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatut de Catalunya<sup>57</sup>.

El constituyente del 78 no quiso o no supo establecer un marco competencial definido entre el Estado y las Comunidades Autónomas, diseñando un modelo de organización territorial que pronto se mostró como una hidra de 17 cabezas más dos ciudades autónomas capaz de devorar al propio Estado.

De esta forma, con la concreción del establecimiento del control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978, el constituyente previó la posibilidad del nacimiento de conflictos de competencias, y de esta forma incluye en el artículo 161 de la Constitución, la potestad de que el Tribunal Constitucional se erigiese como árbitro de estos conflictos.

Pero, si hay un punto que destaca en cuanto a la indefinición y ambigüedad mostrados por el constituyente y plasmados en la Constitución Española de 1978 pero al mismo tiempo configurando un *numerus apertus* de competencias del Tribunal Constitucional, es el artículo 161.1.d) de la Constitución, en el que se determina que el Tribunal Constitucional tendrá competencia para conocer “*De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.*”, y es a través de este apartado d) donde el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introdujo en la primera redacción de la mencionada ley orgánica el recurso previo de inconstitucionalidad contra Proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas el 3 de octubre de 1979, recurso previo de inconstitucionalidad que iremos analizando a lo largo de este capítulo, viendo, el

---

Todas las materias que no estén explícitamente reconocidas en su Estatuto a la región autónoma, se reputarán propias de la competencia del Estado; pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley.

<sup>56</sup> SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO. *Tribunal Constitucional y reformas estatutarias. Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria*. Universidad de Córdoba. 2006. Página 2.

<sup>57</sup> SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO. *Tribunal Constitucional y reformas estatutarias. Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria*. Universidad de Córdoba. 2006. Página 3.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

espíritu inicial emanado del promotor del proyecto de ley, su evolución parlamentaria y los resultados que la introducción de dicho mecanismo de control de constitucionalidad produjeron a lo largo de los cinco años de vida, así como el uso que se hizo del mismo.

### 3.1.1. Antecedentes históricos del recurso previo de inconstitucionalidad.<sup>58</sup>

En cuanto a los antecedentes históricos dentro del constitucionalismo español, lo único cierto que podemos señalar es que no existen antecedentes claros de la existencia de este mecanismo en las constituciones que precedieron a la Constitución Española de 1978.

El Proyecto de Constitución Federal de 1873, en su artículo 77<sup>59</sup> establecía, que a efectos a análisis de constitucionalidad de las normas, el Tribunal Supremo tendría la facultad de suspender (no de controlar *strictu sensu*) una ley que fuese contraria a la Constitución y que el Parlamento hubiese promulgado, aproximándose de esta forma al control de constitucionalidad difuso americano apoyado en la teoría del *Stare Decidis*<sup>60</sup>, mediante el cual el Tribunal Supremo, como última instancia podía inaplicar una norma que considerase contraria a la Constitución suspendiendo pero no expulsando la misma del ordenamiento jurídico.

La Constitución Española de 1931, aunque de forma muy tímida y escondida dentro del artículo 19 establecía la posibilidad de un control previo de las leyes de armonización que surgieran de las Cortes<sup>61</sup>, y salvo este pequeño inciso, el Título IX

<sup>58</sup> El presente apartado ha empleado como guía parte de lo incluido por D. ANGEL JOSE GOMEZ MONTORO, en la publicación *El control previo de constitucionalidad de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*, paginas 130-132, publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional, año 8 número 22 enero – abril 1988.

<sup>59</sup> Proyecto de Constitución Federal de 1873

**Artículo 77.-**

En el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspenderlos efectos de esta ley.

<sup>60</sup> AMAYA, JORGE ALEJANDRO, *MARBURY vs. MADISON* o de las antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución. Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España). Páginas 9-22.

<sup>61</sup> Constitución Española de 1931

Artículo 19

El Estado podrá fijar, por medio de una ley, aquellas bases a que habrán de ajustarse las disposiciones legislativas de las regiones autónomas, cuando así lo exigiera la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República.

**Corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales la apreciación previa de esta necesidad.**

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

de la mencionada Constitución de 1931 contemplaba un control de constitucionalidad de las normas a posteriori, según el modelo desarrollado por Kelsen en la Constitución austriaca de 1920.

El referente más próximo a la Constitución Española de 1978 en referencia a un control previo de constitucionalidad lo encontramos en un *pseudo control a priori* de las leyes que se produce en la Ley Orgánica del Estado<sup>62</sup> de 1967, en plena Dictadura del General Franco, donde se establece en su artículo 3 que:

*“Podrán ser objeto de recurso de contrafuero:*

- a) *Las Leyes.*
- b) *Los proyectos o proposiciones de ley elaborados por las Cortes que haya de ser sometidos a referéndum.”*

De esta forma la “Constitución” franquista establecía un cierto control previo, limitándolo únicamente a normas que debían ser sometidas a referéndum. De esta forma, era el Consejo Nacional quien debía emitir un informe previo sobre la adecuación de la norma al objeto del control a instancias del Jefe del Estado (emulando el sistema francés de doble vuelta)<sup>63</sup>, así, la decisión del Consejo Nacional, si estimaba que la norma en proyecto acorde con el marco “constitucional” determinaba que no procedía plantear el recurso, y la norma adquiría plena vigencia, por el contrario, si estimaba que era contraria al Fuero de los Españoles, el recurso se resolvía igual que en el caso de leyes ya promulgadas.

### **3.2. Nacimiento del Recurso Previo de Inconstitucionalidad en la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre.**

Con el Estado en plena ebullición y los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Catalunya, el legislador de la época cae en la cuenta de que el artículo 149.3 de la Constitución Española de 1978 había abierto la “Caja de Pandora” en lo

---

<sup>62</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. página 131.

<sup>63</sup> LOPEZ BOFILL, Héctor. Formas interpretativas de decisiones en el juicio constitucional de las leyes. Universidad Pompeu Fabra. 2003. Págs. 238-258.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

referente a las ansias competenciales por parte de, primero las denominadas Comunidades Autónomas históricas, y posteriormente por analogía al resto de Comunidades, siendo consciente el legislador que este proceso exponencial podría llevar a un vaciamiento competencial *de facto* del propio Estado.

El texto definitivo de Constitución, establece un marco de control de constitucionalidad *a posteriori*. Además se establecía en la propia Constitución en el artículo 161.2 las impugnaciones de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, precepto que es desarrollado posteriormente en el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ambos preceptos lo que pretendían era la suspensión de normas que ya estuviesen en vigor, no realizando un control *a priori*<sup>64</sup> de las normas. Ambos articulados, lo que posibilitaban era que las normas o resoluciones en vigor, emanadas de las Comunidades Autónomas, quedasen en suspenso en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no se pronunciase sobre ellas, estableciendo un plazo máximo para el Tribunal de 5 meses<sup>65</sup> desde la impugnación por parte del Gobierno de la Nación, al final del cual, si aún no se había dictado una resolución por parte del Tribunal, la suspensión cautelar debía levantarse.

El sistema conocido como “impugnaciones del Título V”, aunque pudiese asemejarse a un control *a priori* no tenía ninguna relación con dicho tipo de control, ya que lo que hacía era suspender una norma que ya había entrado en vigor.

---

<sup>64</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Página 137.

<sup>65</sup> Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79  
TÍTULO V

**De la impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución.**

**Artículo setenta y seis.**

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación o, en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de Ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas.

**Artículo setenta y siete.**

La impugnación regulada en este título, sea cual fuere el motivo en que se base, se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete de esta Ley. La formulación de la impugnación comunicada por el Tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Llegados a este punto, el legislador en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introduce el artículo 79 bajo el encabezamiento “Del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley de Estatutos de autonomía y de Leyes orgánicas”.

La introducción de este artículo, y con él el recurso previo de inconstitucionalidad lo realiza a través del artículo 161.1 d), según Aragón Reyes<sup>66</sup> *“resulta criticable el párrafo d) del punto 1 del citado artículo 161, ya que parece grave la ilimitada delegación que establece a favor de leyes orgánicas para fijar cuantas “demás” competencias del Tribunal crean oportunas”*, añadiendo a continuación una crítica sobre las leyes en blanco y la falta del constituyente en determinar un número cerrado de competencias del propio Tribunal, de esta forma Aragón Reyes<sup>67</sup> indica que:

*“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 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).”*

---

<sup>66</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Página 138.

<sup>67</sup> Nota pie de página nº 26 en GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

La introducción por parte del legislador del 79 del recurso previo de inconstitucionalidad a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tenía como misión, en el espíritu del proyecto, el control de aquellas normas que aun no habiendo nacido, vieran la luz de acuerdo con los cánones constitucionales correctos, evitando de esta forma males posteriores que pudiesen producirse durante la vigencia de un texto que, finalmente, debido al control vía recurso de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad, fuera expulsado del ordenamiento jurídico.

El recurso previo de inconstitucionalidad, en su espíritu inicial pretendía atajar con carácter preventivo que normas con una especial trascendencia jurídica y social pudiesen acceder al ordenamiento contaminadas de inconstitucionalidad<sup>68</sup>.

De esta forma, la idea inicial contemplada por el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pretendía hacer del recurso previo de inconstitucionalidad no un recurso *strictu sensu*, sino una especie de consulta sobre determinados textos legales de especial trascendencia, al igual que estaba contemplado en el artículo 78.1 para los tratados internacionales<sup>69</sup>.

El proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional donde se incluye el artículo 79 referido al Recurso previo de inconstitucionalidad muestra claramente qué es lo que el legislador pretendía conseguir con esta figura:

- 1- Ser un instrumento cuyo uso sería excepcional y anecdótico en la vida activa del Tribunal Constitucional, de forma que en caso de bloqueo en aquellos estatutos de autonomía regidos bajo el artículo 151.2 de la Constitución Española de 1978, las Cortes Generales pudiesen recabar la consulta "vinculante" del Tribunal Constitucional sobre los temas objeto de controversia<sup>70</sup>.
- 2- El Recurso previo de inconstitucionalidad se pensó únicamente para aquellos proyectos de ley orgánica referidos a proyectos de estatutos de

---

<sup>68</sup> MONTORO PUERTO, MIGUEL. *En torno a una posible recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad*. Informativo jurídico 01-05-2012.

<sup>69</sup> Para más información REMIRO BROTONS, ANTONIO. Controles preventivos y reparadores de la Constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales. *Revista de Derecho Político* Núm. 16. Invierno 1982-1983.

<sup>70</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 6, número 17. 1986. Pág. 143.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

autonomía<sup>71</sup> y reformas de dichos estatutos, incluyendo a las leyes orgánicas dentro del objeto de control con la única finalidad de no hacer aparecer con total “desnudez” el propósito perseguido.

- 3- Se configura como un instrumento en manos de la mayoría parlamentaria, que es quien tenía el peso en las negociaciones con las futuras Comunidades Autónomas en materia de desarrollo normativo de los respectivos estatutos de autonomía<sup>72</sup>.

### 3.2.1. El trámite parlamentario de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979

De esta forma, el espíritu del legislador de la ley orgánica 2/1979 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que introdujo el artículo 79, era la de dotarse de un mecanismo que facilitase tanto al gobierno de la nación como a las Cortes Generales el desarrollo y adecuación de los incipientes estatutos de autonomía a la Constitución y la puesta en marcha del incipiente Estado de las Autonomías, así, el artículo 79 se presenta inicialmente como un mecanismo inocuo que facultase a las Cámaras a consultar la constitucionalidad de un texto constituyente una vez el proyecto de estatuto estuviese totalmente finalizado

Pero, la entrada en el Congreso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que incluía el Recurso previo de inconstitucionalidad supone un “caramelo demasiado dulce” para los grupos parlamentarios, que ven en este instrumento una potencial arma con la que dotar a las minorías para atacar a la mayoría parlamentaria y entorpecer la actividad de producción legislativa, de forma que la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional supone una mutación total del espíritu del proyecto de ley resultando que el Recurso previo de inconstitucionalidad.

Así el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se encuentra con la oposición frontal del grupo parlamentario socialista del Congreso, quien a través de su portavoz el Sr. Peces Barba<sup>73</sup> manifiesta su oposición total al proyecto

---

<sup>71</sup> FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Págs. 2-19.

<sup>72</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Pág. 143.

<sup>73</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Páginas 145-149.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

de ley orgánica en la medida en que la introducción del artículo 79 suponía un cambio, vía ley orgánica, de la naturaleza del control de constitucionalidad a posteriori que la Constitución había consagrado en el artículo 161, de esta forma el proyecto es remitido al Senado, donde las negociaciones previas a su tramitación en el Senado entre la UCD y el PSOE conducen a la interposición de una enmienda de la UCD al artículo 79 que muta por completo dicho artículo, cambiando sobre todo la legitimación para interponer el recurso previo, pasándose de una legitimación muy reducida (dirigida básicamente al Gobierno y a las Cámaras como mayoría parlamentaria) a una legitimación que se extiende a todos aquellos que estaban legitimados para la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

De esta forma, el texto definitivo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vuelve al Congreso que se pronuncia sobre las enmiendas introducidas por el Senado aprobando el texto definitivo que ve la luz el 3 de octubre de 1979, texto que supone una mutación sustancial del espíritu inicial del texto original resultado que el Recurso previo de inconstitucionalidad:

- 1- Cambia su configuración y su naturaleza, pasando de ser un recurso a disposición exclusivamente de las mayorías parlamentarias y del Gobierno, a ser un recurso en manos de las minorías y las Comunidades autónomas contra proyectos de Estatutos de autonomía y de leyes orgánicas.
- 2- Se amplía la legitimación para su interposición, convirtiendo el Recurso previo de inconstitucionalidad en un instrumento político en lugar de un instrumento jurídico, lo que el tiempo demostró que el mal introducido por voluntad del Grupo Socialista se convirtió en uno mayor que el que inicialmente pretendían paliar.

### **3.3. Configuración del artículo 79 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su encaje constitucional.**

La Constitución Española de 1978 en sus artículos 161 y 163, establece un modelo de control de constitucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley de carácter represivo o apriorístico, apoyado básicamente en dos procedimientos:

- El recurso de inconstitucionalidad del artículo 161.1 a)
- La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Ambos tipos de recursos tienen como nota en común que son recursos a posteriori, es decir, se plantean contra normas que ya están en vigor en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el artículo 79 plantea una nueva visión, e introduce un mecanismo nuevo y extraño al texto constitucional, introduce el recurso previo sobre proyectos de ley, un control preventivo sobre la adecuación al texto constitucional de aquellas normas que no habiendo aun nacido al ordenamiento estaban en puertas de su incorporación al mismo, de forma que técnicamente no se podía hablar de un control de constitucionalidad de leyes, sino de un control de constitucionalidad sobre proyectos de ley, lo que, sin atentar contra el artículo 161.1. a), ni contra el artículo 163, introducía un mecanismo nuevo vía ley orgánica. De esta forma permanecía inmutable el control a posteriori permitiendo a los agentes legitimados para el mismo poder interponer recurso de inconstitucionalidad sobre los proyectos que vieran la luz.

De esta forma, el Recurso previo de inconstitucionalidad no afectaba a la vigencia de la norma, aunque si pudiese afectar a su nacimiento.

El Recurso previo de inconstitucionalidad lo que pretendía era que el Tribunal Constitucional marcara un camino a seguir por el legislador para que la norma que finalmente viese la luz lo hiciese con todas las garantías y con la plena adecuación de su texto a los parámetros constitucionales, evitando los inconvenientes que una declaración de inconstitucionalidad produjeran en el mismo al suponer la expulsión del ordenamiento jurídico y su reconsideración normativa sobre el tema regulado por la norma expulsada.

Así pues, la decisión del Tribunal Constitucional en el Recurso previo de inconstitucionalidad que se le planteaba no tenía la misión de convertir al órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las normas en un órgano colegislador, sino únicamente en un “faro que iluminase” el camino correcto que debiera seguir el legislador a fin de llegar a buen puerto en su tarea de producción normativa, quedando expedita la posibilidad de que el legislador adoptase una decisión diferente a la marcada por el Tribunal Constitucional arriesgándose a la posibilidad de enfrentarse a un posterior recurso de inconstitucionalidad contra la ley que hubiese entrado en el ordenamiento.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El Recurso previo de inconstitucionalidad supone una conexión entre el Tribunal Constitucional, el legislador y la Constitución Española de 1978, en aras a una depuración del ordenamiento jurídico previa y preventiva, evitando de esta forma el empleo de recursos sobre normas ya vigentes en el ordenamiento y las consecuencias no deseadas que produce siempre una declaración de inconstitucionalidad.

3.3.1. Encaje constitucional del Recurso previo de inconstitucionalidad a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.<sup>74</sup>

El artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79, desde su nacimiento se vio tildado de inconstitucional por aquellos que se oponían a este modelo de control, sobre diferentes motivos entre los que podemos señalar:

- Ruptura del sistema de control establecido en la Constitución Española de 1978.
- Injerencia del Tribunal Constitucional en la función de producción normativa del legislador.
- Colisión con el recurso de inconstitucionalidad establecido en el artículo 161.1 de la Constitución Española de 1978.

De esta forma, los detractores del artículo 79 esgrimieron una batería de argumentos contrarios a este artículo apoyándose básicamente en que el artículo era inconstitucional porque:

- Iba en contra de un modelo de control a posteriori establecido por el constituyente.
- introducía un nuevo requisito, no contemplado en el capítulo II del Título III de la Constitución Española de 1978 en lo que al procedimiento de elaboración de las leyes se refiere.
- Convertía al Tribunal Constitucional en un órgano con un alto componente político.

---

<sup>74</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE. *El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 22 1988. Páginas 140-144.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Frente a estos argumentos, y sobre todo frente al argumento de colisión entre el Recurso previo de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad, tendríamos que señalar inicialmente que según señala ALEGRE MARTINEZ<sup>75</sup> ambos modelos de control son plenamente compatibles entre sí, y que la dicotomía entre ambos se halla únicamente en el hecho de que el texto sometido a control haya entrado o no en vigor, lo que simplemente supone que uno u otro control actúan depurando el ordenamiento antes o después de que el texto se convierta en ley.

El concepto de control preventivo supone simplemente una modalidad de control de constitucionalidad que se ejerce por el órgano encargado de dicha tarea con anterioridad a la entrada en vigor de la norma cuestionada.

De esta forma, en lo referente a la diferenciación entre control previo y control a posteriori LUCIO PEGORARO<sup>76</sup> destaca que la única diferenciación entre ambos es *“la fase del control, a diferencia de las que insisten en la mayor o menor conexión con un contencioso concreto. En particular, se observa que mientras el control preventivo es siempre abstracto, no es cierto que siempre el control abstracto sea siempre preventivo”*.

Al igual que PEGORARO, también FERNANDEZ SEGADO<sup>77</sup> señala que *“el criterio determinante es el momento de verificación del control, diferenciándose concretamente según que el control se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley”*.

En oposición a los argumentos contrarios al artículo 79 y al Recurso previo de inconstitucionalidad, los partidarios del mismo esgrimieron durante los debates del texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79 una serie de contramedidas que pueden resumirse en los siguientes puntos:

- a) Importancia de las leyes que iban a ser sometidas a dicho control, en cuanto a la trascendencia social y durabilidad en el tiempo.

---

<sup>75</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Págs. 5-6.

<sup>76</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 en nota pie de página nº 10.

<sup>77</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 en nota pie de página nº 10 párrafo 2º.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- b) Incremento de la seguridad jurídica en cuanto a las normas que iban a entrar en el ordenamiento.
- c) Existencia de cobertura constitucional para la inclusión de esta nueva función del Tribunal Constitucional en base al artículo 161.1.d).
- d) No suponía un efecto preclusivo al resto de posibles recursos o cuestiones de inconstitucionalidad planteadas una vez la norma hubiera entrado en el ordenamiento en base al punto quinto del artículo 79.

De esta forma, el legislador de 1979, consideró que la inclusión del artículo 79 en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tenía pleno amparo constitucional en el referido artículo 161.1.d) de la Constitución Española de 1978, así ante estas dos posturas enfrentadas tenemos que analizar en encaje constitucional del artículo 79.

#### 3.3.1.1. **Artículo 161.1.d) de la Constitución Española de 1978.**

Este artículo<sup>78</sup>, establece que el Tribunal Constitucional tendrá además de las materias referidas en los apartados a), b) y c), todas aquellas que le fueran atribuidas por la Constitución o las leyes orgánicas. De esta forma el propio constituyente estableció un sistema de numerus apertus en cuanto a las competencias que podían ser otorgadas al Tribunal Constitucional.

La configuración del apartado d) de este artículo como una opción abierta, permitió al legislador incluir una figura extraña al modelo prefijado por la Constitución en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, figura extraña pero plenamente conforme con la propia Constitución.

#### 3.3.1.2. **El recurso previo de inconstitucionalidad del artículo 79 como oposición al control de constitucionalidad establecido en la Constitución.**

Los detractores del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79 esgrimían a su favor que el constituyente opto por un sistema de control represivo sobre leyes que ya estuviesen en vigor, eludiendo la posibilidad de instaurar un control a priori, con la única excepción del control ejercido sobre los tratados internacionales.

---

<sup>78</sup> Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero, el hecho de que la propia Constitución no recogiese de forma expresa el recurso previo de inconstitucionalidad no implicaba que lo prohibiese, ni mucho menos que dicha figura de control de constitucionalidad fuera contraria a la propia Constitución, ya que el constituyente dejó la opción abierta del 161.1.d) para otorgar nuevas competencias al Tribunal Constitucional que no estuvieran recogidas de forma expresa en el texto constitucional.

Hay que tener en cuenta que entre el modelo explícitamente marcado por el constituyente y el recurso previo de inconstitucionalidad pueden existir puntos de fricción que hagan que el último tenga un encaje más complicado en el sistema de control de constitucionalidad de las normas establecido a través del recurso de inconstitucionalidad a posteriori, sin embargo, el hecho de que el encaje del recurso previo de inconstitucionalidad sea difícil no implica su inconstitucionalidad automática, ya que dicho modelo tiene pleno encaje a través del 161.1.d),<sup>79</sup> de esta forma, quizás, en lugar de atacar al legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 se debería de haber puesto de manifiesto la falta de previsión del constituyente al dejar la puerta abierta sin límite alguno al legislador ordinario.

### 3.3.1.3. Irrupción en el proceso legislativo.

La Constitución Española de 1978 regula el procedimiento legislativo de creación de leyes y normas con fuerza de ley a través de los artículos 87 al 91.

De esta forma, el proceso legislativo se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- Remisión por parte del Gobierno del proyecto de ley o por parte de los promotores de la proposición de ley al Congreso de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.
- Debate en ambas Cámaras legislativas de los proyectos o proposiciones de ley con inclusión (en su caso) de las enmiendas correspondientes y votación de las mismas así como del texto definitivo.

---

<sup>79</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Págs. 140-141

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Sanción, promulgación y publicación en el plazo de 15 días desde su aprobación por las Cortes del texto. De esta forma el artículo 91 de la Constitución señala un plazo máximo de 15 días, desde que el texto es aprobado por las Cortes, para que la ley sea sancionada por el Rey y promulgación y publicación de la misma en el BOE.

De esta forma, una vez que el texto de la ley es publicado en el BOE (salvo que se contemple en el mismo un periodo de *vacatio legis*) la norma entra en el ordenamiento con pleno vigor.

La reticencia planteada por aquellos que consideraban<sup>80</sup> que el artículo 79 era contrario a la Constitución, radicaba en el apartado 1 del citado artículo y en el 4º.b), ya que suponía la intromisión del Tribunal Constitucional en el procedimiento legislativo, irrumpiendo el recurso previo de inconstitucionalidad entre la aprobación del texto definitivo por las Cortes, susceptible de ser recurrido y el plazo estipulado por el artículo 91 de la Constitución de 15 días para su sanción, promulgación y publicación.

Sin embargo, el propio artículo 79, no imponía un cambio en los plazos, sino que lo que refería en su apartado dos, era que la interposición del recurso **suspendería** automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos, dejando dicho plazo de 15 prefijado en el artículo 91 de la Constitución en suspenso en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no se pronunciase al respecto.

El propio Tribunal Constitucional estimó que el plazo para la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad de tres días, era perfectamente compatible con el plazo máximo de 15, de esta forma el Auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1983<sup>81</sup> en su fundamento jurídico 1 determina que:

---

<sup>80</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE. *El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 22 1988. Páginas 142.

<sup>81</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE. *El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 22 1988. Páginas 142.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*“ El plazo de 15 días para la sanción de las leyes previsto en el artículo 91 de la Constitución, es un plazo máximo, cuya observancia es plenamente compatible con el de tres días que establece el artículo 79.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el recurso previo, ... , 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 estuviera concluido”.*

Este Auto del Tribunal Constitucional lo que hace es confirmar la validez constitucional del artículo 79 en cuanto a los plazos, y por otra parte, el propio articulado determina expresamente en el apartado 2 que *“la interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos”*, es decir, el recurso previo de inconstitucionalidad y la intervención del Tribunal Constitucional a requerimiento de los recurrentes no incidían de forma directa sobre el mandato constitucional del artículo 91, sino que simplemente determinaban una dilación mayor en la fase final del procedimiento legislativo, a fin de cuentas, las leyes no tienen un imperativo legal de plazos en su trámite parlamentario desde que son presentadas como proyecto o proposición de ley hasta su aprobación definitiva, sino que su trámite parlamentario está en función de los debates, enmiendas que se presenten, remisión al Senado con nuevas potenciales enmiendas y sus votaciones correspondientes y devolución al Congreso.

El artículo 79 no suprimía ni modificaba el plazo constitucionalmente establecido, únicamente otorgaba una demora a la actuación del artículo 91 de la Constitución.

Así mismo, presunta intromisión del Tribunal Constitucional en el proyecto de ley a través del recurso previo de inconstitucionalidad no suponía en ningún caso la supresión o modificación de los trámites previstos, caso bien distinto en cuanto a la constitucionalidad de la actuación del Tribunal Constitucional si la actuación del Alto Tribunal hubiera tenido que producirse de oficio antes de que cualquier ley fuera promulgada.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

De esta forma, si el mencionado artículo no atentaba contra el procedimiento legislativo, ni alteraba los plazos, no podía considerarse que el texto del mencionado artículo atentase contra el ordenamiento constitucional.

**3.3.1.4. Recurso previo y Recurso de Inconstitucionalidad.**

Aquellos que se oponían a la figura del recurso previo de inconstitucionalidad introducida a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 y su adecuación al marco constitucional, estimaron que la resolución del Tribunal Constitucional sobre un recurso previo de inconstitucionalidad contra una ley orgánica o proyecto de Estatuto de autonomía, suponía de hecho limitar la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso de que se plantease, posteriormente<sup>82</sup>, un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de la ley que había superado el recurso previo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 tuvo en cuenta dicho riesgo, e incluyó en el apartado cinco la ausencia del efecto de “cosa juzgada” en el recurso previo de inconstitucionalidad, señalando textualmente que “*el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal Constitucional en los recursos que pudieran interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en vía previa*”. Así el legislador, de una forma ciertamente brillante, suprimió al recurso previo el carácter de cosa juzgada, manteniendo intacto el mandato de la Constitución de independencia de los miembros del Tribunal Constitucional establecido en el artículo 159.5 y no actuando como un elemento preclusivo para posibles recursos de inconstitucionalidad posteriores que pudieran ser planteados.

La apreciación de constitucionalidad en el recurso previo de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no implicaba, que tras la entrada en vigor de la ley y el posible planteamiento de un recurso de

---

<sup>82</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE. *El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8, nº 22 1988. Páginas 143-145 y ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Págs. 5-7.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

inconstitucionalidad, un recurso de amparo<sup>83</sup> o una cuestión de inconstitucionalidad, los magistrados del Tribunal Constitucional tuvieran que permanecer fieles a su decisión inicial, pudiendo, en la resolución del recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo o cuestión de inconstitucionalidad, cambiar de criterio y declarar contrario a la Constitución algo que sus precedentes habían considerado conforme a la misma, manteniendo de esta forma intacta la potestad del Tribunal Constitucional como legislador negativo del artículo 164 de la Constitución Española de 1978 y la fuerza de cosa juzgada de la sentencia del recurso de inconstitucionalidad.

### **3.4. Regulación del recurso previo de inconstitucionalidad en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.**

Tal y como ya hemos explicado en el Tema II de este presente trabajo<sup>84</sup>, el recurso previo de inconstitucionalidad presenta una naturaleza procesal y jurisdiccional, por lo que pasaremos a analizar los demás elementos que configuran este artículo<sup>85</sup>.

#### **3.4.1. Objeto.**

Tanto el capítulo II del Título VI, como el propio artículo 79.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 determinan claramente el objeto de este recurso en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, centrándolo en:

- Proyectos de Estatutos de Autonomía.
- Leyes orgánicas.

De esta forma, el legislador de 1979 deja fuera de este recurso previo al resto de la producción normativa, en forma de leyes ordinarias, del legislativo, con la idea clara, que aflora en el proyecto inicial y en el texto final de la Ley Orgánica

---

<sup>83</sup> Para más información al respecto MARTINEZ-USEROS MOSQUERA, ENRIQUE. El recurso de amparo y el control de constitucionalidad de los reglamentos.

<sup>84</sup> ver apartado 2.1.1. del presente trabajo

<sup>85</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE. *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. número 22 enero-abril 1988 Págs. 146-148

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

del Tribunal Constitucional, de que no pudiesen ser objeto leyes (no orgánicas) tan importantes como la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que hubiera supuesto la paralización de la actividad completa del Estado mientras se resolvía el recurso previo.

Pero, profundizando más en la determinación del objeto y siguiendo el texto del artículo 79, podemos determinar que los textos que podían ser objeto de recurso previo tenían que cumplir la condición de ser textos que hubieran agotado completamente el proceso legislativo y que:

- En el caso de leyes orgánicas no estatutarias, estaban únicamente pendientes de cumplir el procedimiento comprendido en el artículo 91 de la Constitución Española de 1978.
- En el caso de los estatutos de autonomía del artículo 151.2 el objeto era el texto definitivo de proyecto de estatuto que debía ser refrendado en referéndum por la población de la comunidad autónoma correspondiente.
- En el caso del resto de estatutos de autonomía no regidos por el artículo 151.2, el objeto era el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales y pendiente de sanción, promulgación y publicación.

De esta forma, el recurso previo de inconstitucionalidad se interponía sobre una ley que estando perfeccionada en todos sus términos por las Cortes Generales, quedaba pendiente únicamente el trámite del artículo 91 de la Constitución, siendo por tanto el objeto del recurso una ley que materialmente había concluido todo su *corpus legis*, quedando únicamente un acto de carácter formal para que adquiriese el status de ley y pudiese integrarse como tal dentro del ordenamiento jurídico.

Apoyando esta postura doctrinal se posiciona SANTAOLALLA LOPEZ, FERNANDO<sup>86</sup> quien señala que *“lo que se impugna es la Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, afectando por tanto, a una Ley ya perfecta, si la potestad legislativa se atribuye exclusivamente a las Cortes Generales la intervención sancionadora del Rey que es estrictamente vinculada y reglada ha de convenirse que la ley 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”*.

---

<sup>86</sup> SANTAOLALLA LOPEZ, FERNANDO *Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad*. Revista de Derecho político (UNED) números 18-19, página 177-178.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Sin embargo, como todo lo relacionado con la figura del recurso previo, existió durante la vida del artículo 79 una corriente doctrinal, sustentada sobre todo por GOMEZ MONTORO<sup>87</sup>, quien sostiene que lo que se recurre no es una ley orgánica o estatuto de autonomía, sino que por el contrario, el objeto del recurso previo son meros proyectos legislativos, ya que según ambos autores en tanto en cuanto el proceso legislativo no culminase con la publicación del texto definitivo, éste no había culminado, y por tanto no podía ser elevado al rango de ley.

GOMEZ MONTORO, señala que<sup>88</sup> *“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”* y concluye señalando que *“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”*.

La postura que mantiene parte de la doctrina con GOMEZ MONTORO a la cabeza es una postura con la que el autor del presente trabajo discrepa totalmente, ya que otorgando el punto de razón a dicho autor, sobre la necesidad de la cumplimentación formal del artículo 91 de la Constitución para que una norma adquiriera plena firmeza en el ordenamiento jurídico, también hay que señalar que dichos requisitos formales únicamente operan sobre el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales, texto que en el trámite de la sanción, promulgación y publicación no va a sufrir modificación alguna, y que por tanto representa la voluntad manifiesta e inamovible del legislativo.

De esta forma, el reducir el objeto del recurso previo a un “simple proyecto” es simplificar en exceso la labor realizada tanto por el legislativo en su creación normativa, como la que ha de realizar el Tribunal Constitucional a la hora de examinarlo.

---

<sup>87</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Páginas 147-149.

<sup>88</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. página 149.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

La falta de un requisito formal no supone una mutación del contenido material de la norma que ha de ser analizada por el Tribunal Constitucional ante la presentación de un recurso previo, de hecho, el propio artículo 79 se refiere al “texto definitivo” como objeto del posible recurso previo, texto definitivo que en caso de no apreciarse divergencia con la Constitución sería sancionado, promulgado y publicado íntegramente tal y como había salido de las Cortes Generales.

Así, el autor del presente trabajo se posiciona junto con la corriente doctrinal que señala que el objeto del recurso previo son leyes orgánicas y estatutos de autonomía, a los que únicamente les queda el trámite formal de su sanción regia y posterior publicación para que adquieran plena firmeza en la integración en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, hemos de concretar que el objeto final del recurso previo, tal y como señala TOMAS y VALIENTE<sup>89</sup> en el punto 6 c) del voto particular emitido en la STC 53/1985 de 11 de abril, “*ha de ser la norma impugnada señalando el precepto o preceptos constitucionales infringidos por el articulado*”, de esta forma, es este magistrado quien señala claramente que el objeto del recurso es la norma en ciernes y dentro de esta norma, aquellos preceptos (o la totalidad de ellos) que discrepan con respecto al texto constitucional

#### 3.4.2. Legitimación o “pongamos una pica en Flandes”.

Sin duda alguna, para el autor del presente trabajo, como para otros autores consultados, este fue, sin duda el “talón de Aquiles” del texto definitivamente aprobado mediante el cual se introdujo en España el recurso previo a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de octubre.

El texto inicial del proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que se presenta en el Congreso de los Diputados, contenía una legitimación reducida, otorgando dicha legitimación al Presidente del Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado, de forma tal que el recurso previo de inconstitucionalidad fuese un mecanismo en manos de la mayoría parlamentaria con el objeto de controlar la constitucionalidad, principalmente, de los proyectos de autonomía provenientes de las diferentes Comunidades Autónomas.

---

<sup>89</sup> “e) El Art. 79 de la LOTC, el mismo que creó fuera de la Constitución, el recurso previo de inconstitucionalidad, en su párrafo 4 b) (modelo de pésima redacción), impone dos deberes dirigidos a dos sujetos distintos. Al Tribunal le exige que, en su caso, concrete la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos.”

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero, tal y como hemos señalado anteriormente, tras las negociaciones entre el gobierno de la UCD y el Partido Socialista Obrero Español, tras su paso por el Congreso de los Diputados, en el Senado se introduce una enmienda al proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por parte del senador de la UCD Soriano Benítez de Lugo <sup>90</sup>, mediante la cual se amplía la legitimación a todos aquellos que estaban legitimados para presentar el recurso de inconstitucionalidad, lo que supuso otorgar a las minorías la legitimación para poder interponer el recurso previo de inconstitucionalidad y por tanto acceder a él en igualdad de condiciones que las mayorías parlamentarias, transformando la naturaleza inicial del recurso previo en un mecanismo de uso excepcional a un mecanismo de obstruccionismo político de la minoría en contra de la mayoría parlamentaria.

De esta forma, la redacción definitiva de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 79 de dicha ley, en su punto dos determinaba textualmente que *“Están legitimados para entablar el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con esta Ley, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y Leyes orgánicas del Estado”*, legitimaciones que estaban reguladas en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señalaba que <sup>91</sup> la legitimación correspondía a:

- El Presidente del Gobierno.
- El Defensor del Pueblo.
- 50 diputados.
- 50 senadores

---

<sup>90</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Pág. 147.

<sup>91</sup> Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Artículo treinta y dos.

Uno. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores.

Dos. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

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

El instrumento que representa el recurso previo de inconstitucionalidad pensado inicialmente para la defensa del ordenamiento constitucional, a raíz de este cambio en el texto de la ley se convierte en un arma otorgada a las minorías para poder atacar, no ya la esencia de la norma que constituía el riesgo de ansias desmedidas de soberanismo de las Comunidades Autónomas, sino para atacar y obstruir la acción de la mayoría parlamentaria, sobre todo teniendo en cuenta que 50 diputados representan, únicamente el 14.2 % del total de la Cámara Baja.

Las minorías, conocedoras de la lentitud del Tribunal Constitucional en resolver los recursos, y al mismo tiempo conscientes de que por la vía de las urnas no podían sacar adelante sus proyectos, optaron por emplear este instrumento, más que como un instrumento dedicado a la depuración del ordenamiento, como un instrumento dedicado al acoso y derribo de la mayoría parlamentaria.

Resulta, cuanto menos, curioso, que el grupo socialista, principal artífice de esta modificación con la inclusión de la legitimación a las minorías para la presentación del recurso previo, fuera quien principalmente padeciera sus efectos, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de los recursos previos se plantean ya durante la primera legislatura socialista donde el PSOE goza de mayoría absoluta, y donde su actividad de desarrollo normativo de leyes orgánicas se ve constantemente paralizada por recursos previos, de esta forma, según PEREZ ROYO<sup>92</sup>, la legitimación a las minorías del recurso previo supone atribuir 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”*.

Esta legitimación activa a las minorías, introducida por exigencias del PSOE durante la tramitación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, supuso que el artífice intelectual de la modificación en cuanto a legitimidades tuviera que sufrir el obstruccionismo político que suponía la mencionada legitimación, siendo esta una de las principales razones por las que 5 años después de ver la luz, el propio

---

<sup>92</sup> PEREZ ROYO citado en GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. página 150.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

gobierno del PSOE decidiera poner fin a esta sin razón y modificase la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio.

### **3.5. Efectos del recurso previo de inconstitucionalidad regulado por el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979**

A la hora de analizar los efectos que el recurso previo regulado en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 tenemos que dirigirnos nuevamente al texto literal del mencionado artículo.

De esta forma, en la última parte del punto 2 del artículo 79 se señala expresamente que *“La interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos”*.

Por su parte, el punto cuatro del artículo 79 señala que:

1. *“Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirá su curso el correspondiente procedimiento.*
2. *Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido sustituidos o modificados por el órgano competente”*.

Del tenor literal de los puntos dos y cuatro del artículo 79 <sup>93</sup> podemos sacar esquemáticamente los efectos del recurso previo que detallamos a continuación y que procederemos a analizar a lo largo del presente punto, estos efectos son:

- 1- Suspensión automática de la tramitación del proyecto
- 2- Suspensión de los plazos para la tramitación definitiva como ley.
- 3- Continuación de la tramitación ordinaria en caso de no apreciación de inconstitucionalidad.
- 4- Paralización de la tramitación y obligación de subsanación o sustitución de los preceptos declarados contrarios a la Constitución por el órgano competente (Cortes Generales).

---

<sup>93</sup> Ley Orgánica 2/1979 de Tribunal Constitucional. Artículo 79.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

3.5.1. Suspensión automática de la tramitación del proyecto de ley.

Sin duda alguna, este efecto producido por la interposición del recurso previo fue una de las causas que tras cinco años de vida del artículo 79 llevo al legislativo, previo proyecto de ley presentado por el Gobierno, a la supresión de la figura del recurso previo a través de la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio.

De esta forma, antes de entrar en el fondo de la última parte del punto segundo del artículo 79, tenemos que señalar lo que ya señalábamos en el apartado 3 de la letra A del punto 3.3. de este tema III, referente al encaje constitucional en cuanto a lo establecido en el artículo 91 de la Constitución, ya que el plazo establecido en este artículo 91 era de 15 días para la sanción, promulgación y publicación del texto definitivo aprobado por las Cortes, y tal y como señalamos anteriormente, la suspensión no atentaba contra el mandato del artículo 91, sino que únicamente se suspendía el plazo de 15 días en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional se pronunciase al respecto.

Matizado lo anterior, ahora entraremos en el fondo del precepto, a observar cuál fue la razón por la que he afirmado al comienzo de este punto A que este hecho “suspensivo” supusiera uno de los elementos que firmaron la “sentencia de muerte” del recurso previo.

El artículo 79, y el recurso previo de inconstitucionalidad, en su espíritu inicial (tal y como he reiterado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo) se concibieron como un instrumento en manos tanto del Gobierno de la Nación, como de la mayoría parlamentaria, con el objeto de poder controlar y adecuar los estatutos de autonomía a la Norma Fundamental, de esta forma, se pretendía que un Estatuto de Autonomía (con la trascendencia política y social que conlleva a ser la norma fundamental tras la Constitución en el territorio de la respectiva Comunidad autónoma) no entrase en el ordenamiento jurídico contaminado de inconstitucionalidad, y por tanto produciendo efectos jurídicos que años más tarde, una sentencia del Tribunal Constitucional en un recurso de inconstitucionalidad determinase que aquello que se había permitido ver la luz tuviera que ser expulsado por ser contrario al Texto Constitucional.

Este problema, que se pretendió solucionar con el artículo 79, lo hemos padecido en el pasado y lo seguimos padeciendo en el presente con ejemplos tan claros como la “Propuesta de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi” de

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

2003, también conocido como “Plan Ibarretxe” o con la “Reforma del Estatut de Catalunya” de 2005, que sobre todo en el segundo caso, supuso la entrada en vigor de una norma que adolecía de fuertes carencias de constitucionalidad, y que en sí misma era un ataque frontal al artículo 2<sup>94</sup> de la Constitución Española de 1978 en cuanto a la integridad territorial del Estado, y al artículo 1.2<sup>95</sup> del mismo texto constitucional, en cuanto a la vulneración del hecho de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, y no solamente en una parte del mismo.

Sin embargo, la legitimación mínima y el deseo de las minorías de imponer su voluntad al margen de su representatividad<sup>96</sup> parlamentaria, hicieron que este punto se convirtiera en un arma de obstruccionismo parlamentario impidiendo que la actividad parlamentaria del legislativo pudiese desarrollarse con normalidad.

El efecto suspensivo del recurso previo, es sin duda el efecto más contundente de los previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>97</sup>, abriendo, tal y como hemos señalado en el desarrollo de este punto, la puerta a las minorías parlamentarias para obstruir la actividad de las Cámaras Legislativas.

De esta forma, durante casi 5 años de vigencia del recurso previo de inconstitucionalidad, ninguno de los recursos previos se plantearon contra estatutos de autonomía, sino que fueron en su totalidad contra leyes orgánicas, mostrando de esta forma la peor cara de la actividad de los grupos parlamentarios, la de no hacer política ni permitir hacerla, algo así como “ni contigo, ni sin ti”, siendo los recursos que se plantearon los siguientes<sup>98</sup>:

- Contra el proyecto de Ley orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).1982

---

<sup>94</sup> Constitución Española.

Artículo 2.

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles,

<sup>95</sup> Constitución Española.

Artículo 1

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

<sup>96</sup> Sobre el tema de las mayorías y las minorías en las democracias, ALEJANDRO AMAYA, JORGE, *MARBURY vs. MADISON o de las antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución*. Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010 (Segunda Época). Punto IV paginas 13-17

<sup>97</sup> ALBA NAVARRO, MANUEL, *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de leyes orgánicas*. Revista de Derecho político. Número 16, Invierno 1982-1983 Pág. 174

GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Páginas 155-157.,

<sup>98</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Páginas 168-170.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Contra el proyecto de Ley orgánica de reforma de la Ley 39/1978 de Elecciones locales.1983
- Contra el proyecto de Ley orgánica de incompatibilidades de diputados y senadores 1983.
- Contra la Ley Orgánica de modificación del Código penal sobre despenalización del aborto 1983.
- Contra la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional 1984
- Contra el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) 1984.
- Contra el proyecto de Ley Orgánica del Libertad Sindical 1984.

Así, a la vista de los recursos planteados, vemos que el efecto suspensivo del recurso previo de inconstitucionalidad fue buscado por las minorías, haciendo un uso espurio del mismo y ocasionando perturbaciones serias en el desarrollo del ordenamiento jurídico en una época en la que “todo estaba por hacer”.

Tal y como señala ALBA NAVARRO<sup>99</sup>, *“el empleo de medios obstruccionistas por minorías no muy amplias”* y añadía, que *“si esto es así in genere (referido al efecto suspensivo del recurso previo), cuanto mas no lo sería al final de cada legislatura. En los últimos meses de las mismas bastaría a la minoría que espere el cambio de vientos y votos con presentar o interponer sistemáticamente el recurso previo de inconstitucionalidad a los proyectos de ley orgánica que hay aprobado la mayoría prevista en el artículo. 81.2 de la Constitución. De esta manera se asegura dicha minoría la **congelación** de la aprobación y publicación definitiva de los mismos”*, de esta forma, las minorías parlamentarias sin sustento representativo suficiente, lograban, a través de este efecto suspensivo del recurso previo, la paralización de las leyes y lo más grave, su entrada en vigor.

---

<sup>99</sup> ALBA NAVARRO, MANUEL *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*. Revista de Derecho Político. Número 16 invierno 1982-1983. Páginas174-175.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

3.5.2. Suspensión de los plazos para la tramitación definitiva como ley.

Tal y como señala la última parte del punto 2 del artículo 79, la presentación del recurso “suspende automáticamente el transcurso de los plazos”, de esta forma, tal y como indicábamos en el punto referido al ajuste constitucional del artículo 79 y por ende del recurso previo, el legislador con esta última parte del último párrafo del punto dos, lo que pretendió es dar legitimidad constitucional a este artículo haciéndolo compatible con el artículo 91 de la Constitución.

La suspensión de los plazos, supone que el recurso previo no alteraba el mandato constitucional del artículo 91, el cual fija un plazo máximo de 15 días para la sanción, promulgación y publicación del texto definitivo aprobado por las Cortes Generales, plazo que no se ve alterado en el fondo por esta suspensión, de forma, que en caso de que la resolución del Tribunal Constitucional fuera favorable a la constitucionalidad del texto legal en ciernes, retomaría dicho plazo de 15 días desde la resolución del Tribunal Constitucional, no alterando el mandato constitucional.

En el caso de que el Tribunal Constitucional observase la existencia de inconstitucionalidad de preceptos contenidos dentro del articulado objeto del recurso previo, tampoco dichos plazos de 15 días se vería afectado, ya que el artículo 79 imponía la obligatoriedad del (eufemísticamente llamado) órgano competente (cuando quería referirse a las Cortes Generales) de retomar de nuevo el texto para su rectificación de aquellos artículos tachados de inconstitucionalidad, artículos que una vez subsanados en el texto definitivo permitirían al legislador continuar el transcurso de los plazos estipulados en el mencionado artículo 91 de la Constitución.

3.5.3. Caso de no apreciación de inconstitucionalidad.

Planteado el recurso previo contra el proyecto de estatuto de autonomía o contra el proyecto de ley orgánica, el Tribunal Constitucional debía valorar los puntos impugnados del texto y valorar su adecuación o no adecuación a la Constitución.

El caso más idóneo, en cuanto a la capacidad de producción legislativa del “órgano competente”, es lo que se producía cuando el Tribunal Constitucional no

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

apreciaba inconstitucionalidad alguna de los preceptos impugnados. De esta forma, tal y como señalaba el artículo 79.4.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, el proyecto de ley debía seguir el trámite legislativo constitucionalmente establecido por el artículo 91 de la Constitución, por lo que el texto definitivo (sin posibilidad de que se pudiesen introducir ningún tipo de modificación) debía ser presentado ante el Rey para su sanción, promulgación y finalmente publicación en el BOE dentro de los 15 días siguientes a la resolución del Tribunal Constitucional.

En el caso de los Estatutos de Autonomía del artículo 151.2, la apreciación de la constitucionalidad de todos los términos del texto suponía el sometimiento del texto definitivo a la ratificación de los ciudadanos del territorio de la Comunidad autónoma vía referéndum.

#### 3.5.4. Paralización de la tramitación y obligación de subsanación o sustitución de los preceptos declarados contrarios a la Constitución por el órgano competente (Cortes Generales).

La resolución del Tribunal Constitucional sobre el recurso previo declarando contrario al texto constitucional preceptos del proyecto sometido a control, supone la apertura de una serie de interrogantes, que a pesar de lo escueto del punto 3.b) del artículo 79, ofrecen un abanico de posibilidades que pasamos a analizar más detalladamente.

Así, comenzando por el principio, la resolución del Tribunal Constitucional determinando que algunos preceptos del texto sometido a control previo eran contrarios a la Constitución, suponía automáticamente la paralización de la tramitación de dicho proyecto, es decir, la paralización de la sanción, promulgación y publicación en el BOE, y al mismo tiempo la obligación de subsanar o sustituir los preceptos inconstitucionales del texto recurrido, lo que supone la devolución del texto, pero ¿a quién?<sup>100</sup>, ¿Al promotor del proyecto, el Gobierno?, ¿al órgano que había aprobado el texto definitivo de proyecto de ley, las Cortes Generales?, estas dos interrogantes se plantean porque, ni el texto de la Ley Orgánica del Tribunal

---

<sup>100</sup> ALBA NAVARRO, MANUEL *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*. Revista de Derecho Político. Número 16 invierno 1982-1983. Páginas 167-182 y GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Páginas 158-162.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Constitucional ni el propio Tribunal Constitucional señalaron en sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad quién era el “órgano competente” encargado de la subsanación o supresión de los preceptos declarados contrarios a la Constitución.

1. órgano competente.

En este aspecto la doctrina no ha mantenido una posición pacífica, estimando que el “órgano competente” debía ser, en función del autor, el Gobierno o las Cortes Generales o, por último, las mesas de las Cámaras.

Así, para ALBA NAVARRO<sup>101</sup>, el órgano competente que señala el artículo 79 pueden serlo tanto el Gobierno, en caso de proyectos de ley promovidos por él y que él puede retirar, o en caso de no querer retirar el proyecto de ley, el órgano competente deberían ser las Cortes Generales, por ser éstas quienes tienen atribuidas constitucionalmente la potestad legislativa.

Por su parte, para SANTAOLALLA LOPEZ<sup>102</sup> hay que diferenciar, en función de la resolución del Tribunal Constitucional, si lo que había que hacer era una subsanación o una supresión de los preceptos considerados contrarios a la Constitución. De esta forma en el caso de que se tuviera que suprimir dichos preceptos, el órgano competente debían ser las Mesas del Congreso y del Senado pues “*se trata de unos actos de constatación material*”, ya que en caso de que el órgano competente fuesen los plenos de las Cámaras, se podría caer en la incongruencia constitucional de que los plenos hicieran caso omiso del fallo del Tribunal Constitucional.

En el caso de que lo que se tuviese que hacer es una modificación de los preceptos, el órgano competente, en este caso, sí serían los Plenos de las Cámaras “*por ser necesario un acto interpretativo, una decisión sobre las nuevas normas que viniesen a sustituir a las declaradas inconstitucionales*”.

Por último, GOMEZ MONTORO es de la opinión que el órgano competente, tanto para la modificación como para la supresión de los preceptos declarados contrarios a la Constitución, debían ser las Cortes

---

<sup>101</sup> En GOMEZ MONTORO, Ob. Cit Pág. 159.

<sup>102</sup> SANTAOLALLA LOPEZ, FERNANDO *Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad*. Revista de Derecho político (UNED) números 18-19, página 186-189.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Generales, por ser éstas el órgano a quien la Constitución otorga el monopolio de la producción legislativa, y por tanto, todo proyecto de ley y su contenido ha de ser aprobados por el órgano legislativo competente ya que ni el artículo 31 del Reglamento del Congreso, ni el 36 del Reglamento del Senado, otorgan a las Mesas de las Cámaras la función de modificación o supresión de los contenidos de un proyecto o proposición de ley.

Por otra parte, en cuanto a la forma concreta en que deberían realizarse estas modificaciones o supresiones, tenemos que atender a si se trata de una supresión, en cuyo caso sería suficiente con una votación de la totalidad del proyecto en el Congreso, mientras que en el caso de modificaciones, debería iniciarse de nuevo el proceso legislativo.

Por lo que respecta a nosotros, nos posicionamos en el lado de las posturas defendidas por GOMEZ MONTORO, en el sentido que son las Cámaras legislativas, las depositarias de la voluntad popular y de la función legislativa, las que deber convertirse en el “órgano competente” para realizar las modificaciones o supresiones de los preceptos declarados inconstitucionales. Y aunque eso suponga un sobreesfuerzo para ambas Cámaras, también es una garantía de participación de todas las fuerzas políticas en el proceso legislativo a través de su participación en los debates y votaciones finales del texto definitivo que debe entrar en el ordenamiento jurídico con plenas garantías de constitucionalidad. El sustraer al debate parlamentario la nueva configuración del texto del proyecto de ley equivaldría a sustraer del debate político unos componentes tan importantes.

## 2. ¿Qué hacer con el texto tildado en su contenido de inconstitucionalidad?

En este caso se plantean varias opciones, la primera sería que el promotor del proyecto de ley pudiese optar por la retirada del mismo, en el caso de que los preceptos tildados de inconstitucionalidad constituyesen la columna vertebral del proyecto.

De esta forma, el promotor del proyecto, el Gobierno, tenía la facultad legítima de optar por retirar dicho proyecto, ya que tanto el Reglamento del Congreso, como el del Senado facultan al Gobierno a retirar los proyectos de ley presentados a las Cortes Generales, en cualquier

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

momento antes de la aprobación final del texto definitivo en cada una de las Cámaras.<sup>103</sup>

En este caso, en los debates parlamentarios, si los promotores del proyecto o proposición de ley orgánica no optan por su retirada, se podría optar por debatir y someter a votación únicamente aquellos artículos tildados de inconstitucionalidad, lo que, como es obvio, supondría un claro ahorro de tiempo parlamentario en cuanto a debates y votaciones, aunque también podría darse el caso de que los promotores del proyecto o proposición optasen por debatir la totalidad del articulado del proyecto, analizando el encaje de la supresión o modificación de los artículos inconstitucionales en el totum legal que supone el proyecto, viendo en conjunto la nueva estructuración de la norma en proyecto, lo que supondría retomar casi desde 0 el procedimiento parlamentario.

Y ante esto se nos plantea una nueva cuestión al hilo de la que planteamos en el encabezamiento del presente punto, ¿qué hacer con aquellos artículos que son constitucionales dentro de un texto en el cual se han declarado contrarios a la Constitución otros?, lo normal es que al configurar un proyecto de ley como un “todo vertebrado”, lo más racional sería que los artículos que no fueron tachados de inconstitucionalidad siguiesen la misma suerte que el proyecto en su conjunto, ya que “descabezados” o “descontextualizados” perderían, con toda seguridad, su esencia jurídica, por tanto, con un nuevo proceso de debate parlamentario, estos artículos también pudiesen ser objeto de enmienda, supresión o modificación.

---

<sup>103</sup> **Reglamento del Senado.**

**Artículo 127.**

Los proyectos de ley presentados por el Gobierno pueden ser retirados por éste en todas las fases del procedimiento anteriores a su aprobación definitiva por la Cámara.

**Reglamento del Congreso.**

**Artículo 128.**

El Gobierno podrá retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación ante la Cámara, siempre que no hubiere recaído acuerdo final de ésta.

**Artículo 129.**

La iniciativa de retirada de una proposición de ley por su proponente tendrá pleno efecto por sí sola, si se produce antes del acuerdo de la toma en consideración. Adoptado éste, la retirada sólo será efectiva si la acepta el Pleno de la Cámara.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

3.5.5. Ausencia de “cosa juzgada” en la resolución del recurso previo.

El punto quinto del artículo 79, señala textualmente que “el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa”.

Obviamente, y a pesar de las críticas vertidas por innumerables autores como ALBA NAVARRO<sup>104</sup>, acusando al legislador de 1979 de inmadurez e imprevisión, es a juicio de quien redacta el presente trabajo que el legislador, con este punto quinto, lo que trató en su momento fue favorecer el encaje del artículo 79 en el ordenamiento constitucional, ya que el carácter preclusivo del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el recurso previo hubiera supuesto vulnerar los artículos 161.1 y 163 de la Constitución, de forma que la no inclusión de este precepto, que elimina el carácter de cosa juzgada a las resoluciones del Tribunal Constitucional en los recursos previos, hubiera supuesto crear una regulación herida de muerte desde el principio de su andadura.

Sin embargo, la voluntad del legislador de amoldar el texto de la Ley Orgánica 2/1979 a la Constitución, sin tener que revisar el texto constitucional (que apenas tenía un año de vida) obligo a éste a incluir este precepto, que si bien supone la posibilidad de un doble control sobre el mismo texto, también sirve para que posibles deficiencias que en el texto revisado haya pasado inadvertidas, tanto para los promotores del mismo y los recurrentes (tengamos en cuenta que el Tribunal Constitucional únicamente se pronuncia sobre aquello que se le plantea) en la fase de recurso previo, pudieran ser depuradas, posteriormente, a través del empleo del recurso de inconstitucionalidad según lo dispuesto en el artículo 161.1 y 163 de la Constitución.

El 163 se estableció, precisamente, para que jueces y tribunales ejerciesen una vigilancia constante de las normas que integran el ordenamiento jurídico y que hubiesen sobrepasado los plazos para su recurso en la vía del recurso de inconstitucionalidad. Así pues, el apartado quinto del artículo 79 pretendió dejar abiertas las puertas para que la aplicación de la norma, una vez superado el proceso legislativo tras la resolución del Tribunal Constitucional sobre el recurso

---

<sup>104</sup> ALBA NAVARRO, MANUEL Ob. Cit. Página 180.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

previo, no quedase sin la posibilidad de ser impugnada en la vía del 161.1 o del 163.

Sin embargo, las resoluciones dictadas en vía previa por el Tribunal Constitucional sobre un proyecto de ley, sí deberían tenerse en cuenta a la hora de resolver futuros recursos de inconstitucionalidad o cuestiones de inconstitucionalidad, que se pudiesen plantear contra el texto ya convertido plenamente en ley con todas las bendiciones, si existía identidad de objeto impugnado.

Así mismo, es, a juicio de quien redacta el presente trabajo, que la inclusión de esta cláusula antipreclusiva fue uno de los imperativos exigidos por fuerzas políticas que no entendieron el espíritu inicial del recurso previo, como el grupo socialista, que siendo uno de los principales detractores del texto inicial, al final consiguió que viese la luz un texto diametralmente diferente en forma y fondo del que pretendió el impulsor del proyecto, el Gobierno de UCD.

Pero hay que reconocer a los críticos con el recurso previo, y con este punto en particular, que hacer que el recurso previo se convirtiera en un recurso no preclusivo, suponía dejar abierta una situación de inseguridad jurídica durante un largo tiempo, hasta que el Tribunal Constitucional resolviese los posibles recursos de inconstitucionalidad<sup>105</sup> que se presentasen sobre el texto que hubiera visto la luz como ley, o por el contrario, que el Tribunal Constitucional no cayese en una auténtica locura jurisprudencial de idas y venidas sobre un mismo texto, ya que la lógica es que un texto sometido a su control de constitucionalidad no tuviese que volver a verse sometido constantemente a pruebas de adecuación a la Constitución sobre el mismo objeto recurrido, ya que cambios en la interpretación del Tribunal Constitucional y por tanto en su doctrina, darían lugar a una mayor acción de obstruccionismo político, convirtiendo, ahora sí el Tribunal Constitucional en un órgano puramente político.

### **3.6. La rémora temporal del recurso previo.**

El recurso previo, tal y como estaba configurado en el artículo 79, con sus detractores, hubiera seguido vivo dentro del ordenamiento jurídico español, de no

---

<sup>105</sup> TUDELA GUERRERO, JAVIER. *Los efectos de las sentencias dictadas en procesos de control de constitucionalidad*. REVISTA ESTUDIOS, boletín nº 1882.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

tener asociado a él el problema de la demora temporal que suponía, para la entrada en vigor definitiva de la norma, esperar a la resolución del Tribunal Constitucional.<sup>106</sup>

El Tribunal Constitucional español se ha caracterizado desde sus orígenes por la excesiva tardanza que sus resoluciones han tenido desde la interposición de los respectivos recursos, demoras temporales que en los últimos tiempos llegaron a ser de varios años, con el consiguiente daño que eso generaba a la seguridad jurídica, máxime teniendo en cuenta que la norma impugnada estaba produciendo efectos en el ámbito jurídico.

Tal y como señala PEREZ ROYO<sup>107</sup> “*el Tribunal Constitucional estaba necesitando más de quince meses para tomar una decisión en los últimos recursos previos de inconstitucionalidad*”, algo que desde todo punto era inaceptable, máxime teniendo en cuenta que las legislaturas en España tienen una duración máxima de 4 años, por lo que un recurso interpuesto en el segundo año de legislatura se resolvería a finales de la misma, pero... en el caso de que el recurso se plantease sobre un proyecto de ley orgánica que se hubiera terminado de tramitar en las Cortes a en el tercer año de legislatura se sustanciaría en la siguiente legislatura, llegándose el caso que la distribución de fuerzas en las Cámaras Legislativas hubiese cambiado al igual que el color político del Ejecutivo, lo que suponía, con toda seguridad que en caso de que el Tribunal Constitucional resolviese sobre la inconstitucionalidad del texto del proyecto de ley, los recurrentes fueran los que ahora ocupaban las mayorías parlamentarias, por lo que dicho proyecto, o bien era retirado por sus promotores, o simplemente quedaba en el olvido de las Mesas de las Cámaras durmiendo el sueño de los justos.

Un sistema de control previo de constitucionalidad de las normas, únicamente tiene sentido si las resoluciones del Tribunal Constitucional son rápidas, dando respuestas actuales a problemas actuales, tal y como ocurre en el modelo de control de constitucionalidad francés<sup>108</sup>, en el que el Consejo Constitucional ejerce

---

<sup>106</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Págs. 159-162.

<sup>107</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Pág. 157.

<sup>108</sup> JIMENEZ ASENSIO, RAFAEL. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 3ª Edición, Marcial Pons. Madrid 2005. Págs. 65-90.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

un control previo conocido como “doble vuelta”<sup>109</sup> en el que los plazos establecidos por la propia Constitución francesa son exquisitamente breves (1 mes u ocho días en caso de urgencia), plazos en los que el órgano encargado del control de constitucionalidad de las normas tiene que emitir su resolución. Pero, también hemos de señalar, que el Consejo Constitucional francés, únicamente tiene la misión de conocer los recursos de inconstitucionalidad que con carácter previo se le plantean, no teniendo que resolver (como en el caso de España) recursos de amparo, conflictos de competencias,.. con lo cual su carga de trabajo es mucho menor que la del Tribunal Constitucional español.

Sin embargo y tal y como señala PEREZ ROYO “*las piezas del sistema francés de control preventivo encajan*”.

Sin embargo, en España, un mecanismo que fue ideado inicialmente con la única misión de controlar el desarrollo del proceso autonómico, y por tanto con un empleo excepcional dentro de la actividad del Tribunal Constitucional, se convirtió por causas ajenas al promotor del proyecto, en un instrumento “diabólico” de obstruccionismo parlamentario, llegándose a situaciones que, tal y como califican varios autores, PEREZ ROYO, GOMEZ MONTORO, SALAZAR BENITEZ, VILLAVARDE MENENDEZ, ALBA NAVARRO, eran del todo ***inaceptables***, fomentando el uso de este instrumento de carácter jurisdiccional como un instrumento de carácter político, trasladando el obstruccionismo parlamentario al Tribunal Constitucional debido a lo que hemos llamado “la rémora temporal del recurso previo”.

Quizás, el legislador, debía haber previsto esto, y asignar un plazo de resolución en el propio texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, al igual que el constituyente asignó un plazo máximo de pronunciamiento del Senado sobre los textos remitidos por el Congreso en los apartados 2 y 3 del artículo 90 de la Constitución Española de 1978.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Para más información sobre el control a “doble vuelta” del sistema francés LOPEZ BOFILL, HECTOR. *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Universidad Pompeu Fabra. Departamento de Derecho. Área de Derecho Constitucional. Páginas 215-226.

<sup>110</sup> **Constitución Española de 1978**  
Artículo 90.

2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**IV LA MUERTE DE UNA GRAN IDEA****4.1. El Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Donde dije digo ahora digo Diego**

El gobierno del PSOE, junto con la mayoría absoluta que le concedió el electorado en las elecciones generales de 1982, con 202 diputados, supuso el comienzo del fin del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el del recurso previo de inconstitucionalidad.

De esta forma, el 8 de junio de 1985 se publica en el BOE nº 137 la Ley Orgánica 4/1985 por la que se deroga el capítulo II del Título IV de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, tras haber superado un recurso previo de inconstitucionalidad el proyecto definitivo de ley que surgió de las Cortes Generales con fecha 6 de diciembre de 1984.

Ya en el preámbulo de esta ley orgánica se perfila el componente estrictamente político de la derogación del artículo 79 y con el del recurso previo de inconstitucionalidad y la voluntad del legislador de que el control de constitucionalidad se limite única y exclusivamente a un control represivo o a posteriori, tal y como señala la propia Constitución en su artículo 161.

El preámbulo de la LO 4/85 comienza haciendo referencia a que la Ley Orgánica 2/1979 introdujo el recurso previo de inconstitucionalidad a través de la fórmula del artículo 161.1.d) de la Constitución, introduciendo un procedimiento de control de constitucionalidad que, si bien no estaba expresamente previsto por la propia Constitución, tampoco estaba expresamente prohibido.

El preámbulo, sigue apoyando esta derogación en que el Título IX de la Constitución ordena un sistema de control de constitucionalidad de las leyes “a posteriori” y de carácter no suspensivo, que siendo esto totalmente cierto, también es cierto que la propia Constitución dejaba abiertas otras posibilidades de control a través del artículo 161.1.d) sobre la base de atribuir al Tribunal Constitucional “*aquellas otras competencias que la Constitución y las leyes orgánicas le otorgaren*”.

---

mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.

3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero, es en el párrafo 3º de este preámbulo, donde el legislador de 1983 señala que el uso espurio del recurso previo de inconstitucionalidad por parte de las minorías, introdujo un importante factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de poderes con “consecuencias inesperadas” ¿?<sup>111</sup>, y la pregunta surge de inmediato ¿es que el grupo socialista no fue capaz de prever el uso de este mecanismo como arma de las minorías al introducir, vía enmienda negociada con la UCD en el Senado, unas legitimaciones tan reducidas en temas de tanta trascendencia política?. La respuesta no puede ser otra que, quizás, el grupo socialista (en la oposición en 1979) no fue capaz o no quiso prever que iba a tener que ser víctima el mismo de su propias decisiones.

Pero el argumento del preámbulo continúa, señalando que la Constitución establece un equilibrio de poderes, estableciendo de forma estricta el ámbito de actuación del poder político y del poder jurisdiccional.

El preámbulo afirma que el recurso previo de inconstitucionalidad supone “una fisura en este equilibrio con incidencia negativa del Poder Político y del Tribunal Constitucional”.

Sin embargo, el recurso previo no supuso una intromisión del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo, el Tribunal Constitucional no actuaba de oficio interponiéndose en la tramitación parlamentaria de una norma, ni en el procedimiento legislativo; el Tribunal Constitucional únicamente actuaba a instancia de parte, y esa parte también era poder legislativo, ya que la legitimación para la interposición se otorgaba tanto a los legítimos representantes del pueblo (aunque su número fuera menor del deseado) como a las Asambleas Legislativas y Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y al Poder Ejecutivo, que nacen (en el caso de los ejecutivos) de la confianza que otorgan los respectivos legislativos (Cortes Generales o Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas) a una propuesta de formación de gobierno de un candidato.

De esta manera, no podemos entender esta parte del preámbulo sobre la fisura que se produce entre la separación y el equilibrio de poderes, máxime cuando todos y cada uno de los recursos previos que se plantearon, durante la

---

<sup>111</sup> Es cuanto menos curioso, que el legislador de 1983, que fue quien estando en la oposición presiono para la introducción de la ampliación de la legitimación para la interposición del recurso previo en 1979, ahora, 5 años después adujese que este instrumento se había convertido en un mecanismo de oposición a la acción del Parlamento, y que en 1979 no hubiese previsto, que “el café para todos” podía suponer poner en manos de las minorías un instrumento de incalculable valor contra la acción de la mayoría.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

vigencia del artículo 79, nacieron de representantes de la voluntad popular, y máxime cuando el propio Grupo Socialista (en la oposición en 1979) fue el artífice del nacimiento del texto definitivo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79 a través de las enmiendas negociadas en el Senado con la UCD.

Pero ahondando aún más en el preámbulo, el promotor del proyecto de ley orgánica insiste en decir que *“Las Cortes Generales en efecto, pueden ver interferida su acción legislativa **en cualquier fase del proceso de creación normativa**, lo que no permite la plena conformación de la voluntad del órgano parlamentario”*. Nuevamente tenemos que discrepar con tal afirmación que realizó el legislador de 1983 en esta parte del preámbulo.

Tal y como hemos ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, el recurso previo entraba en la última fase del proceso legislativo, el propio articulado de la Ley Orgánica 2/1979 señalaba que el objeto del recurso previo era **el texto definitivo del proyecto de Estatuto de Autonomía o de la ley orgánica** lo que contradice frontalmente lo afirmado por el legislador en el preámbulo de la ley orgánica, sobre la posibilidad de que el legislador pudiese ver interferida su acción (entendemos actividad) legislativa en cualquier fase del procedimiento de creación legislativa. La interposición de un recurso previo sobre un texto no definitivo ya votado y aprobado por las Cortes Generales, hubiera supuesto la inadmisión del mismo por parte del Tribunal Constitucional por incumplir los requisitos formales y por ausencia de objeto, ya que el objeto del recurso previo, tal y como señalaba el artículo 79 era **el texto definitivo** y no el texto en debate parlamentario.

Siguiendo con esta argumentación totalmente errónea y alejada del literal del artículo 79, el legislador continúa justificando su posición sobre la derogación del recurso previo, argumentando que *“el Tribunal Constitucional, por su parte, órgano jurisdiccional, y por tanto alejado de los avatares políticos de la practica parlamentaria, se ve lanzado a una función que no corresponde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, **interviniendo en el procedimiento de formación legislativa aun antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente**”*. Nuevamente tenemos que corregir lo que el legislador ha plasmado en este párrafo del preámbulo de la Ley Orgánica, en los siguientes términos.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1º El Tribunal Constitucional no interviene en el procedimiento de formación legislativa.

La norma que se recurre por la parte actora es una norma en ciernes que ha culminado el proceso en las Cámaras Legislativas y sobre la cual se ha realizado la votación definitiva, por lo tanto ya no susceptible de enmiendas, y que únicamente está pendiente del requisito formal del artículo 91 de la Constitución para que adquiera la plenitud como ley y la plena fuerza de ley.

La intervención del Tribunal Constitucional no se produce de oficio (tal y como hemos señalado anteriormente) sino a instancia de parte, y únicamente sobre preceptos que la parte actora haya impugnado en vía previa, con una única misión, la depuración previa de las maculas de inconstitucionalidad que pudiese tener el texto que hubiera finalizado todo el procedimiento legislativo con votación en ambas Cámaras y aprobación por ellas como representantes de la voluntad popular.

Pero además, la intervención del Tribunal Constitucional, tal y como se configuraba en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, únicamente se limitaba a señalar la adecuación del texto definitivo aprobado por las Cortes a la Constitución, y en caso de existencia de inconstitucionalidad, su actividad se limitaba a señalar qué partes del texto recurrido eran contrarias a la Constitución y qué preceptos de la Constitución eran los que se habían infringido. De esta manera, el artículo 79 mantenía al Tribunal Constitucional, de forma expresa, fuera de la producción normativa y de los trámites parlamentarios, todo lo contrario a lo alegado por el legislador de 1983<sup>112</sup> en su Preámbulo que señalaba al Tribunal Constitucional como un “legislador positivo” al emitir sus resoluciones sobre los recursos previos que se le planteaban.

- 2º El Tribunal Constitucional no interviene antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente.

De nuevo, el legislador de 1983 vuelve a errar en su conocimiento (entendemos que de forma intencional) del artículo 79 de la Ley

---

<sup>112</sup> A favor de dicha visión ALBA NAVARRO, MANUEL. *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Ley Orgánica*. Revista de Derecho Político, número 16, invierno 1982-1983. Pág. 173.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que el mencionado artículo señala que la intervención del Tribunal Constitucional a través del recurso previo, se producía precisamente cuando ya el texto del proyecto de ley (aunque yo prefiero denominar ley en ciernes) era un texto definitivo, que había agotado todo el procedimiento parlamentario y había superado la votación final de ambas cámaras sobre dicho texto definitivo.

Al tener que plantearse únicamente el recurso previo sobre el texto definitivo, el Tribunal Constitucional únicamente efectuaba una función jurisdiccional (que sí reconoce el legislador de 1983) profiláctica, sobre un texto que únicamente tenía que cubrir la última fase formal para su conversión definitiva en ley a través del artículo 91 de la Constitución.

En ninguno de los recursos planteados en la vía previa, ante el Tribunal Constitucional, éste actuó de oficio en mitad del procedimiento parlamentario, ni admitió un recurso previo sobre un texto que no hubiese finalizado todo el procedimiento parlamentario con votación final incluida, lo que desvirtúa totalmente la afirmación hecha por el legislador de 1983 sobre la posible intromisión del Tribunal Constitucional en la función constitucionalmente otorgada a las Cámaras del desarrollo del procedimiento legislativo desde la presentación del proyecto o proposición de ley ante las Mesas de las Cámaras hasta su votación final sobre el conjunto del proyecto.

La argumentación del legislador es, al mismo tiempo, falsa y de una total ausencia de rigor jurídico, en cuanto al conocimiento del artículo 79 y su funcionamiento dentro del procedimiento de producción normativa, entendemos que de forma interesada a fin de auto justificar una postura que difería 180º de la postura que mantuvo en la votación de 3 de octubre de 1979.

- 3º El artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene perfecto encaje constitucional.

Vuelve a insistir el legislador de 1983, como última justificación a su postura en “el difícil encaje en las previsiones del artículo 91 de la Constitución”.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El legislador de 1983 se posiciona junto a las tesis doctrinales que otorgaban a los plazos establecidos por el artículo 91 de la Constitución un carácter imperativo, de obligado cumplimiento en cuanto el texto definitivo del proyecto hubiera sido aprobado por las Cortes Generales.

Sin embargo, tal y como hemos ido explicando a lo largo de este trabajo, el artículo 91 determina un plazo máximo de 15 días<sup>113</sup> para que las leyes (entendemos que proyectos definitivos de ley) aprobadas por las Cortes Generales, pero lo que no determina este artículo 91 es el *dies a quo* a partir del cual han de comenzar a contar dicho plazo de 15 días.

La interposición del recurso previo no modificaba lo estipulado en el artículo 91 de la Constitución, el plazo de 15 días permanecía igual, inalterado e inalterable, lo único que sufría modificación era el *dies a quo* a partir del cual se debía empezar a contar los plazos, trasladando dicho momento al momento en el que el Tribunal Constitucional emitiese su resolución de constitucionalidad del texto impugnado en vía previa o, del día en el que las Cortes Generales hubieran votado el nuevo texto definitivo una vez corregidas las máculas de inconstitucionalidad que presentaba el proyecto impugnado.

En efecto, la propia naturaleza del objeto sobre el que se presentaba el recurso previo suponía , no distorsionar el principio general de no suspensión de la vigencia y paliación de la ley regulado en el artículo 30<sup>114</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>115</sup>, ya que lo que se recurría no era una ley con plena vigencia, sino una ley que aún no había pasado a formar parte del ordenamiento jurídico, un nasciturus legal, un proyecto, en cualquier caso nunca una norma con fuerza de

---

<sup>113</sup> Constitución Española de 1978

Artículo 91

El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.

<sup>114</sup> Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Artículo 30

La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.

<sup>115</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Página 155.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

ley, lo que permitía, al contrario de lo señalado por el legislador de 1983, hacer encajar perfectamente la suspensión de los plazos del artículo 91 de la Constitución y el traslado del *dies a quo* para que dichos plazos comenzaran a computar.

Pero a pesar de todas estas correcciones efectuadas al legislador de 1983 por quienes hemos redactado el presente trabajo sobre la base del texto del artículo 79, el proyecto de ley orgánica vio la luz como Ley Orgánica 4/1985, no sin haber sido ella misma sometida a un recurso previo que posteriormente analizaremos.

Tal y como hemos titulado este punto, esta postura del legislador supuso una rectificación de su postura de 1979, y pretendió justificarlo con argumentos injustificables, quizás para auto convencerse o de auto motivarse para seguir adelante con la ley orgánica, pero, hubiera sido más ético y más “elegante” que el legislador hubiera manifestado en el Preámbulo que, disponiendo de la legitimidad de la mayoría parlamentaria y haciendo uso de esa legitimidad, procedía a derogar un instrumento como el recurso previo introducido a través del artículo 79, empleando el mismo medio que le había permitido ver la luz, el artículo 161.1.d) de la Constitución<sup>116</sup>.

#### **4.2. Sentencia Tribunal Constitucional 53/1985 sobre el proyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal en su artículo 417 bis de despenalización de determinados supuestos de aborto. Sentencia de sobre despenalización del aborto.**

La STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 supone el punto de inflexión para la vida del recurso previo en el ordenamiento jurídico español, sin duda alguna es la más polémica y la más controvertida de todas las que dictó el Tribunal Constitucional en un recurso previo y es sin duda la que marcó el mayor error del Tribunal Constitucional en esta materia, que supuso una crítica casi unánime por parte de la doctrina sobre la actividad realizada por el Tribunal Constitucional en materia de recursos previos.<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> A la totalidad de estas conclusiones hemos llegado a través de la lectura íntegra y del análisis pormenorizado del texto de la Ley Orgánica 4/1985 obtenidas de su publicación en el BOE.

<sup>117</sup> ALBA NAVARRO, MANUEL *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica*. Revista de Derecho Político. Número 16 invierno 1982-1983. página 181 y PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El *iter* temporal de esta sentencia es el siguiente. El 30 de noviembre de 193 el texto definitivo sobre el proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal es aprobado por el Senado en sesión plenaria.

El 2 de diciembre de 1983 (dentro del plazo de 3 días) se interpone el recurso previo por 54 diputados contra dicho proyecto de ley orgánica.

El 11 de abril de 1985 el Tribunal Constitucional dicta sentencia sobre el recurso previo planteado, 16 meses después de la interposición del recurso.

Los recurrentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del proyecto de ley orgánica por infracción de los artículos 1.1., 9.3, 10.2, 15, 39.2, 39.4, 49, 53.1 y 53.2.

Siendo el texto integral que salió de las Cortes Generales como texto definitivo el siguiente:

*“Artículo único.- El artículo 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:*

*El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la embarazada.*

*2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiera sido denunciado.*

*3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada”*

---

Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Pág. 156-158 y GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Página 169.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

4.2.1. Fundamentos del recurso.

Los recurrentes contra el proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal en su artículo 417 bis fundamentaron su pretensión en siete motivos que vamos a resumir a continuación.

4.2.1.1. Vulneración del artículo 15 de la Constitución<sup>118</sup>.

Los recurrentes consideraban que el término “todos” tienen derecho a la vida incluye tanto a los nacidos como a los concebidos y no nacidos. Opinan y fundamentan su argumentación en que durante el proceso de elaboración del artículo 15 de la Constitución, el constituyente sustituyó el concepto persona como sujeto del derecho a la vida, considerando persona únicamente a la que reuniese los requisitos del artículo 30 del Código Civil, por el concepto “todos” con el objetivo específico de introducir en la protección del derecho a la vida también al *nasciturus*.

4.2.1.2. Vulneración del artículo 1.1. de la Constitución<sup>119</sup>.

En cuanto que con la legalización del aborto se atentaba contra el Estado Social al negar el derecho a la vida del *nasciturus*, y con la negación de este derecho a la vida se estaba negando el derecho más fundamental sin el cual no existen los demás derechos y por tanto no puede existir un Estado Social.

4.2.1.3. Vulneración del artículo 10.2 de la Constitución<sup>120</sup>.

Sobre la base de la conculcación de los derechos fundamentales que han de interpretarse conforme a la declaración Universal de Derechos Humanos y sobre el artículo 4 del Acta Final de Helsinki en la que se declara que el derecho a la vida existe desde la concepción.

---

<sup>118</sup> Artículo 15.

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

<sup>119</sup> Artículo 1.

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político

<sup>120</sup> Artículo 10.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

4.2.1.4. Vulneración de los artículos 39.2 y 39.4 de la Constitución<sup>121</sup>.

En cuanto a la igualdad de los hijos y la vulneración del derecho del padre a negar su consentimiento del aborto por tres motivos:

- La falta de consentimiento del padre le impide al nasciturus ser protegido íntegramente frente a la protección paterna acordada por el Código Civil a los hijos ya nacidos.
- Creación de una desigualdad entre los hijos nacidos y los no nacidos.
- Ruptura del principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges.

4.2.1.5. Vulneración del artículo 53 de la Constitución.<sup>122</sup>.

El derecho de todos a la vida incluye a los no nacidos, como un derecho fundamental que vincula a todos los Poderes del Estado, lo que implica que la vida del no nacido no puede quedar reservada a la voluntad de la madre ni al arbitrio del legislador.

La garantía de un derecho fundamental tiene una reserva de ley orgánica, de forma que el derecho a la vida solo puede regularse mediante ley orgánica.

El Estado, al estar obligado a proteger los derechos fundamentales supone que tiene la obligación de protección de la vida del nasciturus

---

<sup>121</sup> Artículo 39.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

<sup>122</sup> Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 4.2.1.6. Descripción de los diferentes tipos de aborto contemplados por el proyecto de ley.

Este motivo del recurso previo es quizás el corazón del recurso junto con el motivo 1º de vulneración del derecho a la vida del artículo 15.

Este motivo, hace un recorrido por los tres tipos de aborto que despenaliza el proyecto de ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, analizando:

- El aborto terapéutico.
- El aborto ético.
- El aborto eugenésico.

##### a. **Terapéutico.**

El que se produce cuando existe un conflicto entre la vida de la madre y la del nasciturus.

En este caso, los recurrentes indican que no se precisa la despenalización del aborto ya que el aborto terapéutico ya estaba contemplado dentro de los estados de necesidad, como eximente de responsabilidad penal.

Así, los recurrentes discrepan de la diferenciación que se hace entre la vida de la madre, a la que se le otorga un rango de derecho fundamental frente a la del nasciturus que se considera un bien jurídico.

La Constitución no señala que la vida sea un bien jurídico sino un derecho fundamental atribuible a todos.

Así, en caso de conflicto entre dos vidas, la doctrina ha resuelto dicho problema mediante la aplicación de las causas de justificación que eximen de responsabilidad penal.

Y por otra parte, alegan que la madre se constituye en depositaria de unos derechos de naturaleza constitucional (el derecho a la vida del nasciturus) de los que no puede disponer la madre libremente.

##### b. **Ético.**

Referido al aborto producido como consecuencia de la fecundación producida tras una violación.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Así, los recurrentes contemplan un conflicto de derechos, por una parte el derecho de la madre al honor y por otra el derecho del concebido a la vida, que se ha de resolver, a juicio de los recurrentes, siempre del lado del derecho a la vida por ser un derecho fundamental y absoluto.

c. ***Eugenésico.***

Referido a aquellos problemas que padezca el feto y que otorguen una gran probabilidad de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Los recurrentes manifiestan que se vulnera en este caso dos artículos de la Constitución, el artículo 15 sobre el derecho a la vida y el artículo 49 que determina la obligación de todos los poderes de ejercer una política de previsión y tratamiento de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales.

4.2.1.7. Vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3.

Los motivos que se alegan en esta vulneración son los siguientes:

- No se determina lo que se entiende por “gravedad” del peligro para la salud de la madre.
- No se concretan las circunstancias del supuesto de violación.
- No se determina lo que ha de entenderse por “probabilidad” en el aborto eugenésico.
- Se atribuyen al médico funciones públicas o cuasi judiciales y no se prevé el derecho del médico a ejercer la objeción de conciencia.
- No se prevé el derecho del padre a ejercer la defensa del nasciturus.
- Ausencia del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, derechos de los ciudadanos e interés público.

Entre otros motivos que no mencionamos y que remitimos a la lectura de la sentencia.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

4.2.2. Sentencia.

El Tribunal Constitucional en su resolución de 11 de abril de 1985, determino que el proyecto de Ley Orgánica era contrario a la Constitución “*no por los tres supuestos de despenalización del aborto; eugenésico, terapéutico y ético, sino por incumplir en su regulación las exigencias del artículo 15 de la Constitución Española de 1978*”<sup>123</sup>.

Sin embargo, lo que interesa de esta sentencia y el eje sobre el que gira la resolución viene recogido en el Fundamento Jurídico 12 de la misma, donde el Tribunal Constitucional realiza unas valoraciones que a juicio de los magistrados que emiten los votos particulares a dicha sentencia “*exceden con mucho las funciones definidas en el artículo 161.1. de la Constitución como en el propio artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”.

La sentencia, en su Fundamento Jurídico 12 señala para cada uno de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo lo siguiente:

## I. Para el aborto terapéutico.

*“Este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo, **sin que se prevea** dictamen médico alguno, resulta **insuficiente**. La protección del nasciturus **exige** en primer lugar, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un médico de la especialidad correspondiente que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto”.*

## II. En el caso del aborto eugenésico y terapéutico el Tribunal Constitucional determina que:

*“La comprobación del supuesto de hecho, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y **el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación**”, y continua señalando que “por ello el legislador **debería prever** la comprobación del supuesto de hecho, así como la realización **del aborto se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto**”.*

---

<sup>123</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- III. **“Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decide excluir a la embarazada entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados”.**
- IV. **“Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación... entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar cumplida la exigencia de constitucionalidad respecto a la comprobación del supuesto de hecho”.**
- V. Y es en este último lugar, en la parte final de este Fundamento Jurídico 12, donde el Tribunal Constitucional toma una postura que es contraria, tanto a la función jurisdiccional (determinando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma enjuiciada tomando como referencia su ajuste a la Constitución como elemento de referencia) como a lo estipulado en el artículo 79.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde expresamente se indica que el Tribunal Constitucional **deberá decir qué preceptos son contrarios y qué preceptos constitucionales son los vulnerados**, absteniéndose en todo momento de hacer un juicio de valor y mucho menos indicar al legislador el camino a seguir para adecuar el texto normativo sometido a recurso previo a la Constitución.
- VI. En este último punto del Fundamento Jurídico 12, el Tribunal Constitucional establece una matización que inmediatamente obvia cuando señala que **“El legislador puede adoptar cualquiera solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, indicar las modificaciones que a su juicio permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente”.**

Obviamente, tras la lectura de este Fundamento Jurídico 12 y la lectura comparativa del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se nos plantean una serie de puntualizaciones que pasamos a desarrollar y que coinciden con lo expuesto por los magistrados discrepantes con la sentencia Tomas y

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Valiente, Latorre, Díaz de Velasco y Rubio Llorente en sus votos particulares, en los que se critica la postura del Tribunal Constitucional en su sentencia, indicando que cuando el Tribunal Constitucional “indica” al legislador qué es lo que debe añadir a las normas para que sean constitucionales, *transmuta la función de legislador negativo, que tiene asignada tanto por la Constitución Española de 1978 como por la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por una función de legislador positivo*<sup>124</sup>.

De esta forma, empezando por la última afirmación del Tribunal Constitucional que hemos señalado con el epígrafe VI, el artículo 79.4b) señala literalmente que “*si por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos*”.

Así, y en total discrepancia con lo señalado por el propio Tribunal Constitucional, el legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, en ningún lugar del artículo 79.4.b) determinó que el Tribunal Constitucional **debiera indicar las modificaciones que a su juicio** (referido al juicio del Tribunal Constitucional) **permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto**”, de esta forma, tal y como indica TOMÁS Y VALIENTE<sup>125</sup> en su voto particular, “*el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad*”, el Tribunal Constitucional únicamente se ha de limitar, tal y como señala el legislador, a determinar qué preceptos se contradicen con la Constitución y qué preceptos de la Constitución son contradichos, todo lo demás, tal y como señala TOMAS Y VALIENTE<sup>126</sup> es “*transgredir los límites de las competencias del Tribunal Constitucional y rozar una frontera sumamente peligrosa, la del arbitrio o decisionismo judicial*”.

En esta sentencia del Tribunal Constitucional, quizás llevado éste por su propia inmadurez como máximo intérprete de la Constitución y como legislador negativo, tomo un camino ciertamente peligroso, quizás a imitación del Consejo Constitucional francés, por el que pretendía “mostrar” al legislador el camino, el rumbo a seguir, para que su producción legislativa llegase a buen puerto y fuese conforme con la Constitución.

---

<sup>124</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 Voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente, fundamento 6b).

<sup>125</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 Voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente, fundamento 6a).

<sup>126</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985 Voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente, fundamento 6g).

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero, el Tribunal Constitucional, olvido que el modelo de control previo instaurado en España con el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distaba mucho del modelo francés, y que nuestro modelo de control previo era un modelo que únicamente se limitaba a designar qué preceptos de la Constitución habían sido vulnerados por el proyecto de ley, teniendo que dejar al legislador la total autonomía para actuar sobre los mismos, sin ningún tipo de “recomendación”, todo lo contrario suponía interferir en el proceso normativo, función vedada explícitamente la Tribunal Constitucional por la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional no podía, y por supuesto no debió, caer en la tentación de sobrepasar sus propios límites constitucionales y legalmente establecidos, sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional pecó de un exceso, quizás, de orgullo o de ego, y se atribuyó, erróneamente, competencias que no le correspondían.

La respuesta de la doctrina fue prácticamente unánime en su rechazo a esta formulación de la sentencia, no por la declaración de inconstitucionalidad de la misma, sino por lo que señalan los magistrados LATORRE SEGURA y DIAZ DE VELASCO en su voto particular, quienes indican que<sup>127</sup>:

*“Nuestra primer y fundamental discrepancia recae sobre las atribuciones que al dictar esta sentencia ha asumido el Tribunal Constitucional.*

*El Tribunal Constitucional no se limita a pronunciarse en un fallo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley impugnado, sino que, indica al legislador lo que debe hacer”*

Y ahondando más aun en la crítica, prosiguen con una argumentación que el legislador de 1983 haría suya y utilizaría en el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1985 de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de esta forma ambos magistrados indican que<sup>128</sup>:

*“Estas previsiones suponen, que el Tribunal Constitucional asume la función de introducir enmiendas en los proyectos de ley...tal función excede de las ya muy amplias competencias que no solo la Constitución, sino también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional asignan a este Tribunal Constitucional, cuya actuación no puede aproximarse a la de una “Tercera*

---

<sup>127</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985. Voto particular de los magistrados Ángel Latorre Segura y Manuel Díaz de Velasco Vallejo, fundamento 2.

<sup>128</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985. Voto particular de los magistrados Ángel Latorre Segura y Manuel Díaz de Velasco Vallejo, fundamentos 2 y 3.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*Cámara” sin provocar un **peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico - político**, invadiendo facultades que corresponden al Poder legislativo.*

*No podemos compartir la opinión expresada en la sentencia de que el artículo 79.4.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional autoriza al este Tribunal Constitucional a indicar las modificaciones que, a su juicio, permitan la prosecución de la tramitación del proyecto.*

*Tal interpretación debe ser rechazada ya que conduce a la inaceptable conclusión de que este Tribunal Constitucional puede actuar como legislador positivo, en contra de su propia función”.*

Como vemos en el razonamiento de estos dos magistrados, se produce una coincidencia con lo manifestado por el magistrado Tomas y Valiente, en el sentido del riesgo que supone que el Tribunal Constitucional ejerza una función ajena a su naturaleza constitucional, y se convierta en algo diferente a lo que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le encomendó, **el grave riesgo de que se convierta en legislador positivo** o como señalan LATORRE SEGURA y DIEZ de VELASCO, en una “tercera cámara<sup>129</sup>”.

Al tiempo he destacado la frase “*peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico – político*” porque dicha expresión es utilizada por el legislador de 1983 en el Preámbulo de la Ley Orgánica 4/1985, cuando señala como argumento para la derogación del artículo 79 la expresión “*interferencias que desequilibren su relación armónica*” y en la frase “*puede suponer una grave fisura en este equilibrado sistema de relaciones con incidencia negativa del Poder Legislativo y del Tribunal Constitucional*”.

Es el legislador de 1983 el que tomó para sí los razonamientos jurídicos de los votos particulares de esta sentencia para justificar, ante sí y ante el resto de opciones políticas, su decisión, es decir, lo que subyace en la idea del legislador de 1983 es que el mantenimiento del recurso previo podría poner en riesgo el equilibrio entre instituciones constitucionales con funciones totalmente diferentes y el equilibrio institucional fruto del principio de separación de poderes.

Por último, el razonamiento de RUBIO LLORENTE sobre la sentencia en su voto particular, coincide en el fondo con lo anteriormente señalado, al destacar que:

---

<sup>129</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, de 11 de abril de 1985. Voto particular de los magistrados Ángel Latorre Segura y Manuel Díaz de Velasco Vallejo, fundamentos 2, segundo párrafo.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*“El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan” para deducir después de ellos, considerados ya como abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente **suplantar al legislador, o quizás aún más, al propio constituyente.***

*Se pasa del control de constitucionalidad al control de la perfección técnica de la ley.*

*El Tribunal proclama, sin justificación alguna, la necesidad de que el legislador establezca condiciones y requisitos previos que garanticen a priori la existencia del supuesto en el que el aborto no es punible<sup>130</sup>”.*

Y por último, RUBIO LLORENTE incluye una reflexión sobre el razonamiento del Fundamento Jurídico 12 de la sentencia que hace referencia a la Teoría de Hobbes en Leviatán “*homo homini, lupus est*”, donde, a juicio del magistrado, el Tribunal Constitucional se ha posicionado en que el ser humano tiene una tendencia natural a hacer el mal, y que la ley ha de ser el medio que frene esa tendencia natural, de esta forma RUBIO LLORENTE<sup>131</sup> la expresa como “*la idea que subyace a los razonamientos de este género es, la que dada la perversidad natural de los hombres y su tendencia a hacer mal uso de su libertad, es más prudente partir del principio de la prohibición general, de manera que sólo sean lícitas las conductas autorizadas, que del opuesto principio general de libertad, según el cual es lícito todo lo que no esté expresamente prohibido*”, siendo esta la idea que subyace en la concepción británica de la “libertad residual”<sup>132</sup>, por la que en principio los individuos ostentan un núcleo primario de libertad del que disponen plenamente en ausencia de una legislación restrictiva.

Ante todas estas críticas vertidas en los votos particulares y posteriormente por la doctrina, el legislador de 1983, ante el riesgo de que el Tribunal Constitucional pudiese caer en una espiral de recomendaciones y para-enmiendas,

---

<sup>130</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985. Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente.

<sup>131</sup> STC 53/1985, de 11 de abril de 1985. Voto particular del magistrado Francisco Rubio Llorente, *in fine*.

<sup>132</sup> LOPEZ BOFILL, HECTOR. *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Universidad Pompeu Fabra. Departamento de Derecho. Área de Derecho Constitucional. Páginas 270-271.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

opta por suprimir el artículo 79 y con él el recurso previo, supresión que también se verá abocada a tener que pasar por un recurso previo de inconstitucionalidad que analizamos a continuación.

#### **4.3. STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985. El canto del cisne del recurso previo.**

La STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985 supone la ratificación constitucional de la supresión por parte del legislador del recurso previo mediante la Ley Orgánica 4/1985 que modifica la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional.

Es quizás, junto con la STC 76/1983, las sentencias que con más sensatez emitió el Tribunal Constitucional en un recurso previo, y que curiosamente fueron la primera y la última, el alfa y el omega, de la corta vida del recurso previo en el ordenamiento jurídico español.

Poco hay que decir de esta sentencia, salvo que su redacción y justificación fue intachable, sobre todo en el segundo párrafo del Fundamento Jurídico 4º, cuando el Tribunal señala que *“sea cual sea el lugar que la Ley Orgánica de este Tribunal ocupe en el llamado Bloque de Constitucionalidad, **su contenido es disponible para el legislador** y que, en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella cambios y modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales.”*

El Tribunal Constitucional, en esta sentencia, reconoció que el legislador puede quitar lo que previamente había otorgado, y que la autonomía del legislador no puede limitarse en la confección de una norma por la presunta inconstitucionalidad de sus preceptos, al tiempo que limita la función del Tribunal Constitucional a una estricta función de análisis de la concordancia de la norma con la Constitución, alejándole de cualquier otra función que le pudiera llevar a cruzar los límites que la propia Constitución le impuso.

La STC avala la plena constitucionalidad de la derogación del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y por tanto del recurso previo, ya que si tanto uno como otro fueron introducidos en el ordenamiento por voluntad del

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

legislador a través del artículo 161.1.d) de la Constitución, también en base a esta voluntad, el mismo sujeto con legitimación constitucional puede retirar del ordenamiento, mediante idéntico procedimiento basado en el mencionado artículo lo que previamente constituyó; y si conforme con la Constitución fue la introducción del recurso previo, conforme ha de ser su retirada.

El Tribunal Constitucional con esta sentencia estaba cercenando sus propias competencias y limitando su campo de acción, pero demostró una calidad jurídica sin precedentes hasta esta fecha, podríamos decir que el Tribunal Constitucional se hizo un “harakiri” en lo que al recurso previo se refiere, y acepto que “lo que el legislador te otorga, el legislador te lo puede retirar”, ya que a fin de cuentas, quien otorga competencias, a través del artículo 161.1.d) de la Constitución, es la voluntad popular, y dicha voluntad puede modificarse y cambiar a la vista de los resultados de la experiencia.

Tal y como señala ALEGRE MARTINEZ<sup>133</sup>, el propio presidente del Tribunal Constitucional Manuel García Pelayo declaró en una entrevista realizada por Bonifacio de la Cuadra en el diario El País el 19 de febrero de 1986 lo siguiente<sup>134</sup>:

*“Cuando el Tribunal abordó el recurso contra la ley que suprimía el recurso previo, sólo podía tratar el tema en términos jurídicos. Por consiguiente, el Tribunal, por unanimidad declaró dicha reforma como constitucional. Otra cosa es si hubiera sido prudente mantener el recurso previo. No le niego que yo así lo creo, pero por la razón antedicha no pude, ni puedo poner, ninguna objeción a la constitucionalidad de la supresión”.*

Poco más hay que señalar al respecto, la STC 66/1985 de 23 de mayo de 1985, supuso el fin de una experiencia, que si bien en sus orígenes tenía un espíritu correcto, terminó transformándose en el “Mr. Hyde” de lo pretendido, siendo, no un instrumento para la depuración previa de textos legales de gran trascendencia social y política en una época en la que todo estaba por hacer, sino en un arma que, de forma espuria, empleó la minoría como obstruccionismo de la labor legislativa de la mayoría.

---

<sup>133</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 4.

<sup>134</sup> En ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 4, nota a pie de página nº 6.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**V EL RESURGIMIENTO DEL RECURSO PREVIO.****5.1. Treinta años después de la Ley Orgánica 4/1985 de modificación de la LO 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.**

La evolución de nuestro país, de España, desde la derogación del recurso previo de inconstitucionalidad ha ido poniendo de manifiesto que el instrumento introducido por el legislador de 1979 en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y expulsado por el legislador de 1985, quizás (y es un juicio de un humilde estudiante de Derecho) no fue tan mal instrumento, y quizás ha llegado el momento de replantearse su recuperación en aras a dotar al ordenamiento constitucional y a la sociedad en su conjunto de un mecanismo con el que frenar por un lado las ansias soberanistas de determinados territorios del Estado, y por otro tener un instrumento que evitase daños irreparables tras la entrada en vigor de normas con maculas de inconstitucionalidad producidas por un Poder Legislativo, que al igual que determinados territorios, está ansioso de obtener un poder mayor que pudiera llevar a la “dictadura de la Democracia”.

Durante el tiempo, ciertamente largo, desde el 8 de junio de 1985 en que el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional fue expulsado del ordenamiento jurídico, hasta nuestros días, en la vida política del Estado se han producido diferentes fenómenos que han llevado al propio Estado a un punto muerto, situado entre el mantenimiento del statu quo actual, manteniendo el Estado tal y como lo diseñó el constituyente, reflejado en los artículos 1, 2 y 9.1<sup>135</sup> de la

---

<sup>135</sup> Artículo 1.

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

**Artículo 2.**

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

**Artículo 9.**

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Constitución y las ansias de mayor poder y cotas de autogobierno de la gran mayoría de las Comunidades Autónomas con los principales exponentes en el deseo secesionista del País Vasco y Catalunya, así como del cuestionamiento del propio texto constitucional y de su máximo guardián por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo, con el deseo de poder actuar en el marco del Derecho sin límite alguno.

Todo esto ha supuesto que la figura del recurso previo de inconstitucionalidad haya planeado constantemente desde su salida del ordenamiento hasta nuestros días, sobre todo por dos problemas principalmente.

- El problema autonómico.
- El problema de la legitimidad democrática de las instituciones constitucionales.

## **5.2. El problema autonómico.**

La España autonómica, nacida a la sombra de la Constitución Española de 1978, se ha ido transmutando con el devenir de los tiempos en una estructura territorial progresivamente “federalizada”<sup>136</sup>, de forma que las Comunidades Autónomas llamadas “históricas” han ido adquiriendo más y más competencias, llegando en la actualidad a “agotar el campo que el artículo 149 las reserva, cuando no lo han agotado ya, y esta situación incrementa el riesgo de que una nueva ampliación traspase los límites de este artículo”<sup>137</sup>.

Tal y como hemos sido testigo en los últimos años, sobre todo a partir del año 2003, con la Propuesta de un Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi de 25 de octubre, también conocido como “Plan Ibarretxe”, y más recientemente tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya, el proceso autonómico ha llegado a un punto en el que las ansias de más autogobierno han supuesto la aprobación de normas que

---

individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>136</sup> SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO. *Tribunal Constitucional y reformas estatutarias. Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria*. Universidad de Córdoba. Página 2.

<sup>137</sup> Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española de 16 de febrero de 2006 en ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 2.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

habiendo entrado en el ordenamiento jurídico se han mostrado posteriormente contrarias a la Constitución.

El propio Estatut de Catalunya, que se aprobó mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio y que fue sometido a referéndum para su ratificación el 18 de junio, fue refrendado por el cuerpo electoral de Catalunya por un 73 % de los votos<sup>138</sup> supuso que posteriormente el Tribunal Constitucional declarase que parte del Preámbulo y del articulado de la citada ley orgánica fueran declarados contrarios a la Constitución, por la STC 31/2010, de 28 de junio de 2010.

Y es que tras estos 30 años de andadura del Estado autonómico y del Estado Constitucional, el proyecto territorial estructurado por el constituyente se ha ido quedando “pequeño” y las “costuras han empezado a romperse”.

De esta forma, el modelo nacido de los Pactos de la Moncloa, de “café para todos”, que diseñó el Estado de las Autonomías, satisfizo a muchos pero no contentó a nadie.

Por una parte, las denominadas “Comunidades históricas”, sintieron que no se les reconocía el “hecho diferencial” y por otra parte, las restantes Comunidades Autónomas sintieron que se las trataba como territorios “de segunda”, de esta forma, a medida que las primeras iban ganando más competencias, las segundas comenzaron lo que ROBERTO BLANCO ha denominado “la carrera de liebres y tortugas”<sup>139</sup> que ha llevado a la actual situación nacida tras la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que ha terminado en la actualidad en un proceso de ruptura, no ya del modelo territorial diseñado por el constituyente de 1978 sino, a la ruptura del propio Estado.

Ante estas tensiones, tanto políticas como territoriales, se ha ido planteando a lo largo de los últimos años la posibilidad de recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad como mecanismo de control de constitucionalidad de las reformas estatutarias.

Por otra parte, el progresivo enrarecimiento de la situación política del Estado, ha llevado a poner en tela de juicio, incluso el propio ordenamiento constitucional establecido en 1978.

---

<sup>138</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 18.

<sup>139</sup> En SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO, *Sobre la conveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria*. Universidad de Córdoba, Pág. 3.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

La estabilidad política, más o menos duradera, se trunca en el año 2004 tras los terribles atentados del 11 de marzo, y el cambio de gobierno, con el ascenso al poder del PSOE, que lleva consigo una nueva “visión” del Estado, una visión que huyendo de la clásica estructura de pactos se plantea a partir de entonces, como una estructura que se ha llamado “frentista”, mediante la cual se principal objetivo del nuevo Ejecutivo es deshacer todo lo hecho, con la única excusa de que quien lo ha construido pertenece a otra orbita política.

Así, el gobierno del Presidente D. José Luis Rodríguez Zapatero, el 4 de marzo de 2005 solicita del Consejo de Estado un informe<sup>140</sup> sobre una hipotética reforma constitucional que giraría en torno a cuatro puntos esenciales<sup>141</sup>.

- 1- modificación del artículo 57.1 de la Constitución en lo referente a la preferencia del varón a la mujer en la sucesión a la corona.
- 2- modificación del artículo 2 de la Constitución, de forma que se introdujeran las denominaciones de las Comunidades Autónomas.
- 3- Reforma del Senado como cámara de representación territorial al estilo del Bundesrat alemán.
- 4- Expresa mención a la pertenencia de España a la Unión Europea

La solicitud de dicho informe materializa una ruptura de facto con el modelo de Estado establecido en 1978 en la Constitución, y que el Ejecutivo del Presidente Rodríguez Zapatero y el legislativo que le dio la confianza tienen como misión “superar”, y para ilustrar esta afirmación baste con reproducir las palabras del Presidente al definir a España como “una nación de naciones”.

El 16 de febrero de 2006 el Consejo de Estado emite un extenso informe sobre las cuestiones planteadas por el Ejecutivo sobre la hipotética reforma de la Constitución, haciendo las observaciones pertinentes acerca de cada uno de los puntos planteados, es decir, el Consejo de Estado, además de emitir un informe puramente técnico-jurídico, señala todos y cada uno de los puntos que se verían afectados por dicha reforma<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Informe del Consejo de Estado de febrero de 2006. Página 3.

<sup>141</sup> SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO. *Tribunal Constitucional y reformas estatutarias. Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria*. Universidad de Córdoba. Página 5.

<sup>142</sup> Para consulta del contenido total del informe del Consejo de Estado [www.consejo-estado.es](http://www.consejo-estado.es)

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

El propio Consejo de Estado señala en la página 8 que *“después de más de un cuarto de siglo de vigencia de nuestra Constitución, parece haber llegado el momento de introducir en ella algunas modificaciones que permitan situarla en disposición de servir a la España del siglo XXI”*, señalando a continuación en su página 10 que *“alguno de los desfases producidos por el hecho de que la Constitución enunciara el Estado de las Autonomías, pero sólo regulara sus piezas fundamentales, han sido en parte resueltas por la adaptación e integración realizada interpretativamente por el Tribunal Constitucional”*.

Y es en la parte final del punto 5.5.1 del informe del Consejo de Estado donde vuelve a resurgir la recuperación del mecanismo del recurso previo, que a juicio de quien escribe el presente trabajo es quizás el mecanismo más oportuno para tratar un tema tan delicado, teniendo en cuenta que las reformas estatutarias no suponen únicamente una reforma normativa más, sino, que integradas en el llamado “Bloque de Constitucionalidad”<sup>143</sup> constituyen la norma básica, tras la Constitución, dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Así el Consejo de Estado señaló:

*“Para concluir este análisis de los aspectos procedimentales de la apertura del sistema de distribución territorial del poder, parece razonable hacer una reflexión sobre el papel que en ese procedimiento debería jugar el Tribunal Constitucional. Como antes se indicó, es obvio que el ámbito competencial de muchas de nuestras Comunidades está cerca de agotar el campo que el artículo 149 les reserva, cuando no lo ha agotado ya, y que esta situación incrementa el riesgo de que una nueva ampliación traspase los límites que ese artículo establece. Aunque las eventuales transgresiones podrán siempre ser corregidas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad e incluso, aunque con más dificultad, a través de la cuestión de constitucionalidad o del recurso de amparo, este control a posteriori tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y,*

---

<sup>143</sup> ALZAGA VILLAMIL, OSCAR; GUITIERREZ GUTIERREZ, IGNACIO; RODRIGUEZ ZAPATA, JORGE. *Derecho Político Español Volumen I. Constitución y Fuentes del Derecho 3ª Edición*. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 2001.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*a fortiori, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad. Un recurso que, como es obvio, a diferencia de la consulta antes sugerida en relación con las reformas estatutarias sin contenido competencial, solo cabría presentar frente al texto aprobado por las Cortes Generales.”*

Indicando tanto el objeto de dicho recurso previo, “*el texto aprobado por las Cortes Generales*”, como las razones que a su juicio deberían ser tenidas en cuenta para la reinstauración de dicho mecanismo, “*las eventuales transgresiones*”.

De esta forma, y ante el avance casi imparable de la mutación del modelo territorial instaurado por la Constitución en 1978, algunos autores, entre ellos VILLAVERDE MENENDEZ<sup>144</sup>, han planteado la posibilidad de dotar de nuevo al Tribunal Constitucional de un instrumento, el control previo, que permitiese garantizar que aquellas normas con vocación de continuidad se adecuaran desde su nacimiento a la Constitución con el objetivo de blindar el consenso constitucional sobre el contenido y la articulación del Estado de las Autonomías, sin que ello supusiera alterar el parámetro de control que ejerce el Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar las normas estatutarias.

La reinstauración de este mecanismo permitiría obviar los posibles conflictos de legitimidades surgidas entre los Parlamentos Autonómicos y las Cortes Generales, o entre la voluntad popular expresada en referéndum y el Tribunal Constitucional en el caso de que este último considerase no acorde con la Constitución (en un proceso a posteriori) el proyecto de estatuto, sobre la base de que la voluntad de los ciudadanos ha de ser acorde con la soberanía popular que reside en todo el pueblo español.

### **5.3. El renacer el recurso previo de inconstitucionalidad.**

Toda esta tensión institucional ha hecho que el recurso previo siempre haya estado en la mente de aquellos que lo han considerado como un instrumento válido y eficaz para controlar la constitucionalidad de las normas con un fundamento

---

<sup>144</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Págs. 39-40.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

profiláctico, dándose de hecho varios intentos de reintroducción del mismo, siempre de la mano de opciones políticas de las denominadas “conservadoras”.

En 1985, tras cinco años de vida, el Recurso previo de inconstitucionalidad se elimina y hay que esperar hasta el año 2003, para que el gobierno del Presidente D. José María Aznar, plantea la posibilidad de establecer algún tipo de control previo dirigido al control de las reformas de los estatutos de autonomía, sobre todo de las Comunidades Autónomas del artículo 151.1 de la Constitución, que tal y como señalaba el informe del Consejo de Estado, “podrían llegar a traspasar el ámbito competencial marcado por el artículo 149”, lo que supondría que, aunque posteriormente a su entrada en vigor el Tribunal Constitucional, tras resolver un recurso de inconstitucionalidad anulara las partes que fueran contrarias a la Constitución, dicho texto normativo habría producido efectos que en la mayoría de los casos serían difíciles de enmendar.

Este primer intento de reintroducción del recurso previo, pretendía también evitar el choque de legitimidades entre el legislativo de la Comunidad Autónoma y las Cortes Generales, otorgando al Tribunal Constitucional como órgano independiente e imparcial, la función de examinador de dicho texto al margen de inclinaciones políticas.

El planteamiento de 2003 de reintroducción del recurso previo nace a la sombra del proceso secesionista que implicaba el Proyecto de Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi, también llamado “Plan Ibarretxe”.<sup>145</sup>

El siguiente intento de recuperación del recurso previo se produce en el año 2006, y es de nuevo el Grupo Parlamentario Popular, ya en la oposición, quien vuelve a plantear la reinstauración de dicho mecanismo de control de constitucionalidad de las normas, a la sombra de dos eventos de gran trascendencia:

- La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Catalunya.
- El informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 sobre reforma de la Constitución.

---

<sup>145</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 5.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

De forma que el grupo parlamentario Popular, presentó una proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional *por la que se establece el control previo de inconstitucionalidad de los Estatutos de Autonomía*, proposición que, sin embargo, no llegó a fructificar y el recurso previo volvió al ostracismo normativo.

El propio Tribunal Constitucional en este año 2006, al resolver un recurso de amparo presentado por el diputado D. Federico Trillo, por vulneración del artículo 23.2 de la Constitución en referencia al Estatuto de Catalunya, estimó que si bien no cabía la posibilidad de presentar un recurso de amparo frente a una norma que aún no había nacido al ordenamiento jurídico por estar en el trámite parlamentario, en el propio Auto del Tribunal Constitucional 85/2006<sup>146</sup> señala que la propuesta de Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, suponía de facto una reforma constitucional desde dentro, es decir, que sin cumplir lo estipulado en el Título X de la Constitución, la aprobación de esta Ley Orgánica con su texto íntegro suponía una modificación de la Constitución por atentar contra el principio del artículo 2 sobre la “*indisoluble unidad de la nación española*”, y el propio Tribunal Constitucional señalaba que el recurso previo habría permitido apreciar esta mácula de inconstitucionalidad antes de que el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales fuese sometido a referéndum ante el cuerpo electoral del territorio de la Comunidad Autónoma de Catalunya, tal y como estipulaba el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su redacción inicial.

Y es ya en el año 2014, cuando de nuevo se vuelve a plantear la recuperación de recurso previo, en sendas proposiciones de ley orgánica presentadas por los grupos mayoritarios de las Cámaras, el Grupo Socialista y el Grupo Popular<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 8.

<sup>147</sup> BOLETIN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. “122/000141 *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatutos de Autonomía o de su modificación. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.*” 31 de enero de 2014. Núm. 163-1.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

5.3.1. Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatutos de Autonomía o de su modificación.

En la exposición de motivos de la mencionada proposición<sup>148</sup> de ley, los promotores de la misma señalan que si bien los Estatutos de Autonomía se configuran como la norma institucional básica de cada comunidad autónoma, éstas deben estar sujetas a la Constitución como garantía de estabilidad y no fricción en la arquitectura jurídico-institucional.

Insisten, en que la figura del recurso previo se conforma como un instrumento necesario para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional, señalando que el objeto de esta recuperación del recurso previo serían la impugnación del texto definitivo del proyecto de estatuto o de la propuesta de reforma, haciendo hincapié en que el objeto sería el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales en votación única sobre el mismo, lo que supone evitar el riesgo de injerencia del Tribunal Constitucional en el procedimiento legislativo, con la consecuencia de la suspensión de la tramitación del proyecto, según el artículo 91 de la Constitución, en tanto en cuanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie.

Esta proposición de ley, retomaba las mismas consecuencias para el proyecto de ley orgánica que el derogado artículo 79 derogado, de esta forma, en caso de no tener ninguna mácula de inconstitucionalidad, seguiría el proceso para su conversión definitiva en ley orgánica, bien tras el referéndum para los Estatutos del artículo 151.1 o bien con sanción real y publicación en BOE para el resto.

Así mismo, el punto 8 del artículo 79 de esta proposición de ley, mantenía el carácter de no otorgar a la resolución en vía previa el carácter de “cosa juzgada”, permitiendo, de esta forma, convivir el recurso previo con el recurso de inconstitucionalidad y evitando, al mismo tiempo, un reforma más en profundidad de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y por supuesto del artículo 161.1 de la Constitución.

---

<sup>148</sup> Proposición de Ley Orgánica de modificación de Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Estatutos de Autonomía o de su modificación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. 31 de enero de 2014

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

5.3.2. Conclusión.

Como conclusión a este punto , podemos señalar que si bien la Ley Orgánica 4/1985 derogó y expulsó del ordenamiento jurídico el recurso previo, este instrumento siempre ha permanecido en la mente de aquellos que han considerado que, a pesar del mal uso que se pudo haber hecho de él en el pasado, es un instrumento que permite una depuración del ordenamiento jurídico en temas tan importantes como son los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas sobre todo en lo referente a su encaje en el marco constitucional.

Aquellos que han mantenido viva la llama del renacer del recurso previo, siempre han apoyado su postura en que una norma que nazca con máculas de inconstitucionalidad y que el Tribunal Constitucional pueda expulsar vía recurso previo, puede originar daños imposibles de reparar durante la vigencia plena de dicha norma, y que por tanto, siempre es mejor y más pacífico para el ordenamiento jurídico, que dichas máculas sean depuradas antes de que la norma concluya su proceso legislativo, a fin de evitar los daños antes referidos o de evitar que genere situaciones que la declaración (a posteriori) de inconstitucionalidad puedan abocar al debate sobre el conflicto de legitimidades entre el Legislativo y el Tribunal Constitucional.

Es de destacar que siempre ha sido el grupo parlamentario Popular el que ha mantenido viva esta llama de retomar para nuestro ordenamiento jurídico el recurso previo, y que frente a esta postura siempre se ha postulado el grupo parlamentario socialista, reacio a que un órgano ajeno al legislativo pueda ejercer un control sobre lo que el legislativo ha aprobado, incluso sabiendo que lo que aprobaba podía ser constitutivo de ir en contra de la propia Constitución.

La teoría de la existencia de diferentes rangos de legitimidad democrática dentro del ordenamiento constitucional, siempre ha llevado al grupo socialista a no plantear o rechazar de plano el resurgir de este mecanismo de control de constitucionalidad de las normas, sobre la base que la legitimidad del Parlamento es mayor que la del Tribunal Constitucional, por tener el primero su origen en la voluntad popular, o, quizás y sólo quizás, por miedo a que un órgano diferente a la "dictadura de la mayoría"<sup>149</sup> pueda poner freno a la voluntad desmedida de un

---

<sup>149</sup> ALEJANDRO AMAYA, JORGE. *MARBURY vs. MADISON o de antiguas y modernas tensiones entre democracia y constitución*. Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén (España).Págs. 13-17.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

legislativo que arrogado de la legitimidad que dan los votos, piensa que tiene la potestad de transgredir los límites que determina la soberanía popular plasmada en el marco constitucional.

Hay que tener en cuenta que la legitimidad de los legislativos, obtenida a través de las urnas sin que exista un árbitro imparcial que controle las posibles desviaciones en las que pueda incurrir el Poder, pueden llevar a terribles consecuencias, que, aunque cada vez más lejanas en el tiempo, no debemos olvidar, como por ejemplo el ascenso democrático del Partido Nacional Socialista en Alemania, de funesto paso por la Historia; ya que tal y como representó Francisco de Goya en una pintura “el sueño de la Razón produce monstruos”.

#### 5.4. Principales argumentos doctrinales contrarios al recurso previo de inconstitucionalidad.

Los argumentos contra el recurso previo mantenidos por la corriente doctrinal que ha encabezado principalmente PEREZ ROYO y GABRIEL BOUZAT quien señala que *“El control preventivo y abstracto de constitucionalidad, en manos de un Tribunal Constitucional, se maneja en un grado de abstracción similar al que tuvo en cuenta el legislador al sancionar la ley.*

*Dicho tipo de control, implica una suerte de elitismo que presupone que un reducido grupo de expertos están mejor capacitados que el Parlamento para solucionar los conflictos valorativos que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley. A mi entender, **se le debe otorgar prioridad a la decisión del legislador** porque cuanta con mayor legitimidad democrática. A pesar de que en ciertos casos pueda surgir una clara contradicción entre una ley y la Constitución, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos, especialmente, en los casos difíciles<sup>150</sup>”.*

El tema de la mayor o menor legitimidad entre los diferentes órganos del Estado ha sido uno de los argumentos más recurrentes a la hora de enfrentar el control previo ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la actividad del legislador, argumento que analizaremos en los siguientes puntos.

---

<sup>150</sup> En ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL, *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 12, nota pie de página nº 23.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Los puntos en que la doctrina ha sintetizado su oposición al recurso previo son básicamente los siguientes:

1. Objeción democrática<sup>151</sup>.
2. El control previo muta la naturaleza de la función del Tribunal Constitucional.<sup>152</sup>
3. Presunción de constitucionalidad del legislativo como elemento básico de la democracia.
4. El control del legislador ha de ser siempre a posteriori.
5. Choque de legitimidades.
6. Arma de obstruccionismo político por parte de las minorías.

#### 5.4.1. Objeción democrática.

El término recientemente acuñado, hace referencia a que el control ejercido por el Tribunal Constitucional, no puede ir contra la voluntad democrática de la mayoría, cuando esta voluntad se manifiesta a través de un referéndum.

Esta posición doctrinal parte de la legitimación de que una ley refrendada en un referéndum popular, ha de tener una fuerza tal que ningún órgano externo a la soberanía popular pueda enmendarla.

De esta forma, la voluntad del pueblo expresada en referéndum, se considera como la “mayor y mejor expresión de la voluntad del mismo” sin que medie ningún tipo de intermediario, lo que se denomina “democracia directa”.

Los defensores de esta teoría, sobre todo a partir del conflicto suscitado con el Tribunal Constitucional, tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio y su ratificación en referéndum por el cuerpo electoral de Catalunya<sup>153</sup> señalan que la ley aprobada tanto por el Parlament de Catalunya, como por las Cortes Generales y finalmente refrendada en referéndum por el cuerpo electoral de la

---

<sup>151</sup> FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Pág. 17.

<sup>152</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Págs. 35.

<sup>153</sup> FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Págs. 19.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

comunidad autónoma, plantea una gran objeción democrática al hecho de que una institución como el Tribunal Constitucional, cuya composición no ha nacido de la voluntad popular expresada en las urnas, pueda, en una resolución, expulsar del ordenamiento jurídico lo que los legislativos y la democracia directa han decidido que debe formar parte de él.

Pero ante esta objeción democrática, hemos de decir que no siempre el hecho de que una ley haya nacido del legislativo y se haya refrendado por el cuerpo electoral en su conjunto, la exime de tener que estar sometida a control y tener que permanecer dentro de los parámetros que marca el ordenamiento constitucional.

Ninguna norma, por muy democrático que haya sido su nacimiento, debe escapar al control que un órgano independiente pueda realizar sobre ella, control tendente a comprobar que la misma es acorde en todos sus términos con la máxima expresión de la soberanía popular, la Constitución.

De esta forma, en contra de esta posición doctrinal sobre la Legitimidad democrática, podríamos plantear una cuestión que sustentaría aún más el hecho de que el control de las normas de especial trascendencia fuese previo a su nacimiento y no posterior, de esta forma planteamos el siguiente caso que por extremo, quizás nos permita ver más claro lo que queremos señalar.

*“Supongamos, que tras lo terribles atentados terroristas que asolaron España el 11 de marzo de 2004, y ante el clamor popular contra la barbarie terrorista, el Legislativo, a propuesta del Ejecutivo o a iniciativa propia, hubiera aprobado una ley orgánica de reforma del Código Penal, mediante la cual se instaurase en España la pena de muerte, y que dicha medida hubiera sido sometida a un referéndum consultivo entre el cuerpo electoral, referéndum que hubiese ratificado dicha reforma del Código Penal.*

*Como es obvio, la reinstauración de la pena de muerte es totalmente contraria a la Constitución, quién la prohíbe expresamente en su artículo 15, por lo que ante la ausencia de un recurso previo, sólo hubiera cabido un recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley orgánica, a fin de que el Tribunal Constitucional hubiera manifestado que la norma era contraria a la Constitución y por tanto la hubiera expulsado del ordenamiento.*

*Pero, si siguiéramos con el argumento de los partidarios de la teoría de la Objeción democrática, el Tribunal Constitucional no tendría la*

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*legitimidad suficiente para su expulsión, al haber sido una norma nacida del representante legítimo de la voluntad popular, y se hubiera visto reforzada por la expresión directa de dicha voluntad a través de la Democracia Directa, eso ¿nos parecería una aberración? Creo que sí, pues si la violación del artículo 15 de la Constitución, por muy “democrático” que sea nos parece una aberración, ¿por qué no lo es igualmente la violación del artículo 2 del mismo Texto Constitucional?, ya que si aceptamos que la voluntad popular, expresada a través de sus representantes legítimos y a través de lo que se ha denominado Democracia Directa, deslegitima al Tribunal Constitucional en el control del artículo 2, también debería deslegitimarle en el control del artículo 15. Pero siguiendo con el planteamiento, el argumento de los detractores del recurso previo, e incluso con los detractores mismos del control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las normas, sobre la base de la Objeción democrática, la reinstauración de la pena de muerte debería tener igual legitimidad democrática que la LO 6/2006, ya que si ambas, son en sí, contrarias a la Constitución, ambas disponen de la legitimidad de Legislativo y del cuerpo electoral, por lo que la expulsión de la medida de la hipotética reinstauración de la pena de muerte, al igual que se alega en el caso de la ley orgánica 6/2006, contrariaría a la máxima expresión democrática.*

*Pero yendo más allá, y en apoyo de la tesis del recurso previo, debemos plantearnos, ¿qué hubiera ocurrido si durante el periodo de tiempo que transcurre desde que la norma se incorpora al ordenamiento jurídico y su expulsión se hubiera producido alguna ejecución de la pena de muerte? ¿Cómo hubiera subsanado la justicia constitucional dicho error? Hemos de enfatizar que **hay errores que no son subsanables y cuyas consecuencias son irreversibles**. Sin embargo, y por el contrario, si dicha norma, tras su aprobación por el legislativo y antes de ser sometida a un referéndum, hubiese sido sometida a un control previo, por un órgano independiente como es el Tribunal Constitucional, tanto los efectos indeseados, como la propia norma, no hubieran visto nunca la luz, lo cual hubiera supuesto:*

- 1- Garantía de seguridad jurídica sobre la norma tras su publicación e hipotética entrada en vigor.*

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- 2- *Ausencia de efectos indeseados por el promotor de la norma.*
- 3- *Pleno ajuste constitucional*<sup>154</sup>.

De esta forma tan extrema, pero tan clara, vemos que la Objeción democrática, basada en el criterio de la supuesta legitimidad superior del legislativo, frente al Tribunal Constitucional no se puede sostener, ya que la legitimidad que otorgan los votos ha de estar siempre en concordancia con la máxima expresión de la soberanía popular, que no es otra que la propia Constitución. Negar esta premisa equivaldría a negar la superioridad normativa de la Constitución y del sometimiento del resto del ordenamiento e instituciones a dicha supremacía, lo que sin duda conduce a un Estado totalitario.

#### 5.4.2. El recurso previo muta la naturaleza de la función del Tribunal Constitucional.

La naturaleza de la función que realiza el Tribunal Constitucional es, tal y como indicamos en el capítulo II de este trabajo, una naturaleza jurisdiccional.

De esta forma, los opositores a esta forma de control de constitucionalidad determinan que , dicha función únicamente puede ser realizada una vez que la norma ha entrado en el ordenamiento, es decir, una vez que la norma está plenamente en vigor y genera conflictos, ya que, según los detractores de la figura del recurso previo, si no existe conflicto, no puede existir una función jurisdiccional, de forma que ejercer el control previo supondría que el Tribunal Constitucional se situase en una función cuya naturaleza ya no sería jurisdiccional sino consultiva.

Sin embargo, el conflicto sí surge con la aprobación definitiva del texto de la norma, y surge, porque nace con ella, al entender la parte actora que existe una controversia con el mandato constitucional.

Hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento jurídico 1º de la declaración 1/1992<sup>155</sup>

*“Una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo.*

---

<sup>154</sup> Reflexión del autor del presente trabajo.

<sup>155</sup> VILLAYERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 35.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante.*

*Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados. Su examen debe ceñirse, en coherencia con ello, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el Art. 95.1 de aquélla ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación ex officio no le corresponde, por tanto, al Tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa, y está vinculado al principio constitucional de congruencia.”*

De esta forma, vemos como el propio Tribunal Constitucional se posiciona claramente con referencia a su naturaleza jurisdiccional, con independencia del tipo de proceso que se le plantee, (previo o posterior), de esta forma, la única diferencia entre el recurso previo y el recurso de inconstitucionalidad está en el momento en que se produce la solicitud de intervención del Tribunal.

De esta forma RUBIO LLORENTE indica <sup>156</sup> que lo relevante de los modelos de control de constitucionalidad es **la adecuación de la norma al marco normativo que forma el texto constitucional** de forma que dichas normas puedan acceder al ordenamiento jurídico asegurando, tanto la supremacía de la Constitución como depurando dicho acceso a priori.

---

<sup>156</sup> RUBIO LLORENTE, FRANCISCO “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa” en: Manuel Fraga. Homenaje Académico. Tomo II, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1411 y ss.), en VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 44.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Que la actuación sobre la norma con rango de ley se haga antes o después de su publicación, una vez concluido el procedimiento legislativo, no tiene por qué influir en la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Así, siguiendo con el razonamiento de RUBIO LLORENTE, el sistema de control previo es “*la forma más acabada de control depurativo sobre la ley*”<sup>157</sup>, este control de carácter profiláctico permite que las normas cuya trascendencia es especialmente sensible no accedan al ordenamiento jurídico sin haber pasado “una reválida” que permita ver su adecuación o no al marco constitucional.

La función del Tribunal Constitucional no se muta porque el control que realiza lo haga a *priori*, ya que tal y como venía reflejado en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad del texto definitivo impedía seguir con la tramitación de la ley según el artículo 91 de la Constitución, lo que suponía de facto otorgar una función jurisdiccional sobre la norma enjuiciada, el Tribunal Constitucional únicamente se pronunciaba sobre el conflicto planteado entre la parte actora y la parte pasiva, sobre un objeto (la norma en ciernes) y bajo un marco normativo (la Constitución), manifestando su decisión a través de una sentencia que tenía efectos concretos, impedir la tramitación formal de la norma.

#### 5.4.3. El legislativo en su actividad goza de presunción de legitimidad<sup>158</sup>.

No es nuestra intención contradecir la presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del Legislativo, decir lo contrario sería como insinuar que el legislador actúa con absoluta discrecionalidad, lo que equivaldría a asegurar que no estamos en un Estado democrático y de Derecho, sino en un Estado totalitario.

Pero, la presunción de constitucionalidad no otorga al legislador el “don” de la perfección, ya que como cualquier actividad humana está sometida al principio del error, por el cual, a pesar de la buena voluntad que se le presume al legislador a

---

<sup>157</sup> RUBIO LLORENTE, FRANCISCO “*Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*” en: Manuel Fraga. *Homenaje Académico*. Tomo II, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1411 y ss.), en VILLAVARDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d’Administració Pública de Catalunya. Pág. 23.

<sup>158</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL *La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza*. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009 Pág. 20.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

la hora de confeccionar las normas, éste es humano, y como tal susceptible de error, tal y como señala el viejo adagio latino "*errar humanum est*".

Así, partiendo de la premisa de que el ser humano (y el legislador es parte de la condición humana) puede equivocarse, ¿Dónde radica la ruptura de la presunción de constitucionalidad de la actividad del legislador por la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad apriorístico de dicha actividad?

Los críticos al recurso previo alegan que la propia existencia del mismo supone presuponer que las acciones del legislador no gozan de esa presunción de constitucionalidad, pero entonces, la propia existencia de cualquier tipo de control de constitucionalidad también desvirtuaría dicha presunción, ya que supondría que la existencia de un control (a posteriori) se hubiera establecido para enmendar los fallos que haya podido cometer el legislador en su actividad de producción normativa.

De esta forma, si la doctrina acepta la existencia de un control de constitucionalidad como instrumento de aseguramiento de la supremacía de la Constitución sobre las normas emanadas del legislador, la doctrina acepta por tanto la posibilidad de que el legislador pueda equivocarse y producir normas que vulneren el marco constitucional.

Así, que el control se establezca con carácter previo o con carácter posterior, no supone en ningún caso presuponer que el legislador no va a actuar dentro del parámetro de la Constitución, simplemente supone que en caso de que así actuara, dicha presunción quedaría desvirtuada antes de que la norma se incorporase al ordenamiento y produjera efectos, lo que tal y como hemos ido señalando a lo largo del presente trabajo, más que un inconveniente, supone una ventaja.

De esta forma, no existe una objeción de tipo jurídico al hecho de que la competencia del Tribunal Constitucional<sup>159</sup> para controlar las normas emanadas del legislativo con carácter previo o posterior desvirtúe la presunción de constitucionalidad de dichas normas, simplemente significa que en todo proceso que afecte a la sociedad en su conjunto, y las normas son un ejemplo manifiesto de ello, ha de existir un órgano imparcial e independiente que pueda arbitrar la acción del legislador y poner freno a la tentación de "ir más allá del marco constitucional" que algunos legislativos tienen.

---

<sup>159</sup> FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Pág. 11.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

5.4.4. Choque de legitimidades.<sup>160</sup>

En relación con el epígrafe 5.4.1. de este punto, nos encontramos con este razonamiento, *el choque de legitimidades*, mediante el cual sus defensores pretenden establecer un rango entre la legitimidad democrática de las diferentes instituciones del Estado, concretamente entre el legislativo y el Tribunal Constitucional.

De esta forma, una tendencia doctrinal defendida por PEREZ ROYO<sup>161</sup> sostiene que el Tribunal Constitucional, como órgano no elegido por los ciudadanos a través de sufragio goza de una legitimidad menor que el Parlamento, órgano de representación popular elegido mediante sufragio universal y directo.

Pero, tanto la legitimidad de uno y de otro<sup>162</sup> nace de una misma fuente, de forma que no podemos ni debemos caer en la tentación de escalafonar las instituciones del Estado en base a criterios de sufragio.

El “choque de legitimidades” puede tener una base en el debate político entre los grupos político, baste recordar la proposición de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>163</sup> presentada por el grupo parlamentario de Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, que pretendía suprimir el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional sobre los estatutos de autonomía aprobados mediante referéndum.

En un Estado democrático de Derecho, cuya pieza angular la constituye la Constitución, no podemos hablar de diferentes grados de legitimidad democrática entre las instituciones que la integran, es decir, **no hay legitimidades más democráticas que otras**. La voluntad soberana es la del pueblo en su conjunto, y el pacto que refleja esa voluntad soberana es la Constitución, de forma que toda institución a la que la soberanía popular ha reconocido, goza de igual legitimidad democrática, con independencia de que sus miembros sean o no elegidos mediante

---

<sup>160</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 38.

<sup>161</sup> PEREZ ROYO JAVIER “Pacto de inserción”, *El País*, 19.09.2009.en FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Pág. 10 nota pie de página 23.

<sup>162</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 38.

<sup>163</sup> FOSSAS ESPADALER, ENRIC. *El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía*. Revista catalana de Derecho Público. Nº 43, año 2011 Pág. 27.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

sufragio. Poner esto en cuestión es poner en cuestión la propia organización institucional del Estado, donde existen innumerables instituciones con plena legitimidad y que no son refrendados mediante sufragio, instituciones como:

- Jueces y Tribunales en el ámbito del Poder Judicial.
- Ejército, en el ámbito del Poder Ejecutivo.
- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La legitimidad corresponde al Estado en su conjunto, de forma que las leyes refrendadas por una consulta popular no son más legítimas que aquéllas otras que se integran en el ordenamiento a través del procedimiento legislativo ordinario. La legitimidad de las norma y de las instituciones deriva de su constitucionalidad, de su reflejo en la Constitución y no de la forma en que sus miembros o componentes son elegidos, o de la forma en que aprueban normas.

Las decisiones del Tribunal Constitucional están apoyadas y legitimadas democráticamente por la propia Constitución, como expresión máxima de la soberanía popular, al igual que lo están las decisiones de las demás instituciones del Estado, entre ellas las del legislativo.

Ni las decisiones del Tribunal Constitucional, ni su composición, ni la forma de elección de sus magistrados, les otorgan una menor legitimación que otras instituciones, al igual que sus sentencias tampoco tienen menor legitimación que las emanadas de los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuyos miembros tampoco son elegidos por sufragio universal.

La legitimidad de las instituciones del Estado y por tanto sus decisiones y su función de control dentro del sistema de pesos y contrapesos, nacen de la misma fuente, la soberanía Popular, plasmada y positivizada en la propia Constitución.

La legitimidad que dan las urnas no puede otorgar a quienes son elegidos a través de ellas la facultad de actuar al margen de la ley, y mucho menos actuar al margen de la Constitución. Tal y como señala JAVIER TAJADURA TEJADA<sup>164</sup> *“el cumplimiento de la ley es la base del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1 de nuestra Constitución. En un Estado de Derecho –ciudadanos y poderes públicos- están obligados a cumplir todas las leyes sin excepción alguna”* y la ley

---

<sup>164</sup> TAJADURA TEJADA, JAVIER. *Las leyes son para todos, Ada Colau incluida*. El Diario Vasco. 3-06-2015. Pág. 20.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

de leyes, la norma fundamental que es cimiento del propio Estado de Derecho es la Constitución, cuyo cumplimiento obliga especialmente a los poderes públicos.

El profesor Tajadura continúa señalando que *“Si cada uno de nosotros tuviera que cumplir solo las leyes que consideramos justas, el ordenamiento jurídico quedaría disuelto y el Estado de Derecho sería reemplazado por el caos y la anarquía”* y al hilo de esta reflexión, si los poderes públicos no estuvieran sometidos al supremo mandamiento de la Constitución, cuyo máximo interprete y garante es el Tribunal Constitucional, el Estado de Derecho sería reemplazado por el totalitarismo.

*“Por encima de la ley está la Constitución. La ley tiene unos límites constitucionales que no puede franquear. Si la ley no los respeta, el Tribunal Constitucional puede anularla por inconstitucional. Pero conviene recordar que las leyes pueden ser anuladas por inconstitucionales, pero no por injustas”*

De esta forma, el profesor Tajadura marca una premisa básica en todo Estado de Derecho, el incumplimiento de la ley implica una sanción, y a lo que añadimos que el incumplimiento de la Constitución también ha de llevar aparejada una sanción, y tanto en el primer caso, en el que la sanción es aplicada por jueces y tribunales en nombre del Estado y no existe nadie que ponga en “solfa” su legitimidad; en el segundo caso el órgano encargado de sancionar el incumplimiento de la Constitución es el Tribunal Constitucional, gozando éste de igual legitimidad democrática que el legislador a la hora de ejercer sus funciones constitucionalmente establecidas.

Cuestionar la legitimidad de los miembros del Tribunal Constitucional resulta, cuanto menos, ociosa a estas alturas. Tal y como señala VILLAVERDE MENENDEZ<sup>165</sup> *“Resulta difícil aceptar que en un Estado democrático y de Derecho, haya decisiones carentes de legitimidad democrática o de una calidad democrática inferior a otras”*.

El hecho de que los miembros del Tribunal Constitucional no sean elegidos de igual forma que los parlamentarios, no implica que sus decisiones carezcan de

---

<sup>165</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 24.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

legitimidad democrática. Los miembros del Tribunal Constitucional y sus decisiones tienen igual legitimidad que las leyes que están obligados a controlar con respecto a la Constitución, en caso de divergencia con respecto a ésta, expulsar.

Las decisiones de los legisladores a la hora de producir normas con rango de ley hacen que dichas normas gocen de un rango superior en el jerárquico del sistema de fuentes, lo que se denomina "rango de ley", pero estas normas han de estar siempre subordinadas a la supremacía de la Constitución, siendo ésta el parámetro último de nuestro sistema de fuentes, y al igual que el Estado ha conferido legitimidad democrática a jueces y tribunales para controlar la adecuación de las normas de rango infralegal a través del proceso Contencioso-Administrativo, el mismo Estado ha concedido legitimidad democrática a los miembros del Tribunal Constitucional para controlar la adecuación de las leyes y normas con rango de ley a la Constitución.

5.4.5. *Es un arma de obstruccionismo parlamentario.*

Este fundamento contra el recurso previo de inconstitucionalidad fue uno de los empleados por el legislador de 1985, sin embargo, el arma de obstruccionismo político de las minorías no es un argumento válido contra el recurso previo, ya que la configuración de la legitimación para su interposición corresponde al legislador a través del desarrollo del artículo 161.1.d) de la Constitución.

De esta forma, una legitimación restrictiva a un número de representantes que supusieran los 2/3 de cada Cámara, además de la Presidente del Gobierno y al Defensor del Pueblo, supondría que este argumento quedaría diluido en dicha legitimación restrictiva, lo que supondría que por mucho que lo desearan, ningún grupo minoritario podría emplear el recurso previo como un medio de obstruccionismo político.

Así mismo, el otorgar al recurso previo un carácter preferente y sumario para su resolución (manteniendo una legitimación más amplia) emulando al sistema francés, en el que el recurso previo ha de ser resuelto en el plazo máximo de 1 mes u ocho días en caso de urgencia, permitiría que el legislador que viese su producción suspendida, tendría un margen de reacción ante presuntos recursos previos espurios, al tiempo que daría respuestas actuales a problemas actuales, dentro de la legislatura que ha visto impugnada la norma.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Todos estos argumentos y contra argumentos planteados en este último punto, nos permiten manifestar que aquellas posiciones doctrinales contrarias al recurso previo, aun gozando del respeto que se ha de dar al que tiene puntos de vista diferente, no tienen unas bases lo suficientemente sólidas como para imponer la ausencia de un instrumento de control de constitucionalidad de las normas que desde nuestro punto de vista consideramos eficaz y valido.

La presencia en el ordenamiento jurídico de un mecanismo de “control de calidad” legislativa, aportaría sin duda muchas más ventajas que inconvenientes, y garantizaría una adecuación de las normas con gran trascendencia social a la Constitución desde el momento de su incorporación al ordenamiento, evitando de esta forma que las dilaciones en las resoluciones de los recursos previos supusiesen (como ocurre en la actualidad) que se hayan producido efectos no deseados por la aplicación de las normas y que la solución llegue en tiempos en los que el problema ha sido superado.

La eficacia del recurso previo consiste, precisamente en la inmediatez entre norma recurrida y sentencia del Tribunal Constitucional, dando, tal y como hemos señalado anteriormente “respuestas actuales a problemas actuales”.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**VI CONCLUSIONES FINALES**

Hasta llegar a este punto hemos ido analizando cómo los diferentes modelos de control de constitucionalidad se han ido posicionando en la actualidad, centrando el foco en los modelos que hasta la fecha se han mantenido vigentes, y hemos podido comprobar como el recurso previo ha sido (salvo en Francia) un modelo que a los diferentes legisladores no ha gustado, sobre todo por el hecho de otorgar a un órgano ajeno al Legislativo el poder de corregir la voluntad del mismo, evitando que una norma entrase en el ordenamiento por ser contraria a la Norma Fundamental, obligando al Legislativo a rectificar sus posiciones iniciales y adaptar su voluntad al mandato constitucional.

Sin embargo, a lo largo del presente trabajo, hemos ido posicionando nuestra postura favorable a la reinstauración de este mecanismo de control de las leyes y normas con rango de ley emanadas del legislativo, como el instrumento que mayor garantía ofrece de cara a la sociedad, sobre todo en normas de especial trascendencia y durabilidad temporal, como son tanto los Estatutos de Autonomía como las leyes orgánicas desarrolladoras de los Derechos Fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna.

La doctrina, en su mayor parte se ha posicionado en contra de este mecanismo y de su reinstauración a través del artículo 161.1.d) de la Constitución, pero lo cierto es que dicho artículo, al igual que permitió al legislador de 1979 instaurar este modelo de control a través del artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en contra de los señalado por autores como JAVIER TAJADURA TEJADA, quien señalaba que *“dicho precepto excede el literal de la remisión de la norma en blanco del artículo 161.1.d) de la Constitución, trastocando el modelo escogido por el constituyente, un modelo concentrado y a posteriori”*<sup>166</sup> y PEREZ ROYO quien señalaba que *“nada había en la Constitución que permitiera introducir el control previo a través del artículo 161.1.d) ya que la expresión “y demás materias que le atribuyan la Constitución y las leyes orgánicas”, no hace referencia a mecanismos de control sino a objetos susceptibles de ser sometidos a*

---

<sup>166</sup> TAJADURA TEJADA, JAVIER en VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Pág. 37, nota pie de página nº 46.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*dicho control*<sup>167</sup>, de forma que según este autor, principal exponente de la corriente contraria al propio recurso previo, la introducción de este tipo de control *a priori* modificaba totalmente la naturaleza del control de constitucionalidad establecido por el constituyente, pasándose de un modelo de control exclusivamente represivo a un doble control tanto represivo como *a priori*, trastocando de esta forma tanto el espíritu como la letra de la Constitución.

Por otra parte, otra corriente doctrinal con ALEGRE MARTINEZ<sup>168</sup>, GOMEZ MONTORO<sup>169</sup>, RUBIO LLORENTE<sup>170</sup> y VILLAVERDE MENENDEZ<sup>171</sup> entre otros ha considerado que las afirmaciones de Pérez Royo y Tajadura Tejada, no son correctas, y que el recurso previo no solo no trastoca la naturaleza del control de constitucionalidad establecido en la Constitución, sino que lo refuerza y lo complementa, esta corriente, señala que la institución del recurso previo introducida a través de una ley orgánica “*más que inconstitucional resulta incongruente*”<sup>172</sup> sobre todo porque entra en el ordenamiento a través de una fórmula diferente a la establecida por el constituyente, pero que no implica en ningún caso que sea contraria al texto constitucional.

La cláusula de *numerus apertus* del artículo 161.6.1.d) de la Constitución faculta al legislador para que introduzca en el ordenamiento aquello que considere más oportuno, haciendo que la rigidez de nuestro Texto Fundamental sea menor.

Así, concretando poco a poco, podemos sintetizar los principales argumentos de los contrarios al recurso previo en torno a tres puntos:

- Injerencia del Tribunal Constitucional en el proceso legislativo.

---

<sup>167</sup> PEREZ ROYO, JAVIER. *El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986. Pág. 140.

<sup>168</sup> ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL. La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza. Revista de Derecho Público nº 9-10 enero-diciembre 2009.

<sup>169</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988.

<sup>170</sup> RUBIO LLORENTE, FRANCISCO *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa en: Manuel Fraga. Homenaje Académico*. Tomo II, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1411 y ss.).

<sup>171</sup> VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública de Catalunya.

<sup>172</sup> GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, *El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Pág. 143.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Choque de legitimidades u objeción democrática.
- Control político en lugar control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, hemos ido desmontando, con la ayuda de los autores anteriormente mencionados en las obras citadas en el presente trabajo, todos y cada uno de esos puntos contrarios al recurso previo y a su reinstauración.

Es cierto que nuestro constituyente instauró un modelo de control de constitucionalidad de corte kelseniano a posteriori, en el que el Tribunal Constitucional ejercía la función de legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas normas que contrariaban los preceptos constitucionales, pero, también es cierto que estos 30 años de experiencia de justicia constitucional nos han demostrado que en muchas ocasiones, un control profiláctico de la actividad del legislador hubiera acarreado más ventajas que inconvenientes, y que un control previo en casos muy importantes hubiera compensado con creces los defectos que este mecanismo pudiera tener.

El legislador, tal y como apuntamos en el capítulo anterior, es humano y sus actividades no están exentas de errores, errores, que en el caso de la leyes orgánicas (entre las que incluimos los Estatutos de Autonomía), pueden ser muy gravosos para la ciudadanía en su conjunto. Así, a lo largo de estos casi 40 años de vida de nuestra Carta Magna, hemos visto como el legislador ha incurrido en estos errores en la confección de normas, errores que han obligado al nuestro Tribunal Constitucional a expulsar dichos preceptos contrarios a la Constitución del ordenamiento tras la resolución de los respectivos recursos de inconstitucionalidad.

Baste recordar, a modo de ejemplo:

- La supresión del artículo 21.1. o de “la patada en la puerta” de la Ley orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana o “Ley Corcuera”, por STC 341/1993 de 18 de noviembre.
- La supresión de parte del Preámbulo y del articulado de la ley orgánica 6/2006 de Reforma del Estatuto de Autonomía de Catalunya, por STC 31/2010, de 28 de junio de 2010.
- La declaración de inconstitucionalidad de la ley orgánica 4/1983 de reforma del artículo 417.bis del Código Penal, por STC 53/1985, de 11 de abril de 1985.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Todas ellas leyes orgánicas que entraron en el ordenamiento jurídico y que tras un periodo más o menos prolongado fueron enmendadas por el Tribunal Constitucional, pero que sin embargo, durante ese periodo entre la presentación del recurso de inconstitucionalidad y la sentencia, produjeron efectos, efectos que posteriormente las diferentes sentencias no pudieron mitigar.

Y es que el mayor problema que presenta siempre el control *a posteriori* de la norma es que ésta ha comenzado a producir efectos jurídicos, efectos que no pueden ser mitigados tras la sentencia.

Un ejemplo llevado al extremo de la desventaja que presenta el control represivo frente al control *a priori* en cuestiones tan importantes como las que regulan las leyes orgánicas, es el que planteamos en el capítulo anterior sobre una hipotética reinstauración de la pena de muerte mediante la modificación del Código Penal y la imposibilidad de subsanar los efectos que esta medida hubiera podido producir hasta su expulsión del ordenamiento jurídico.

La evolución de nuestra sociedad a lo largo de estos casi 30 años desde la desaparición del recurso previo, nos ha ido demostrando que el Poder es un ente capaz de devorarlo todo, cuyo apetito de mayor control no tiene fin, y que su ansia por crecer sin control es desmedida.

Las diferentes Comunidades Autónomas han entrado en una espiral de crecimiento y demanda competencial que roza el límite del artículo 149 de la Constitución, cuando no lo han superado ya; los diferentes Ejecutivos y los Legislativos que los apoyan han pretendido y siguen pretendiendo imponer cambios normativos que van más allá de lo que la Constitución permite (involución lingüística, símbolos, secesionismo,...) y todas y cada una de las fuerzas políticas que han asumido responsabilidades, tanto de gobierno como legislativas, han considerado que la legitimación de los votos es suficiente para poder actuar con total impunidad, no siendo grato para ninguna de ellas la existencia de una figura independiente e imparcial, que pueda actuar contra su “soberana voluntad”.

Además, hemos sido testigos de guerras entre las diferentes tendencias políticas del arco parlamentario por posicionar a magistrados de una u otra tendencia ideológica dentro del Tribunal Constitucional, que ha llevado al Alto Tribunal a puntos de estancamiento que han dado pie a que desde corrientes más reacias a la existencia misma del propio Tribunal, hayan cuestionado su existencia.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Tras todo este estudio hemos ido argumentando a favor del mecanismo que representa el recurso previo, como una especie de “control de calidad” de las normas que teniendo su texto definitivo aprobado, únicamente están a la espera de cumplir el requisito formal del artículo 91 de la Constitución para entrar plenamente en el ordenamiento.

La reinstauración del recurso previo para los Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas, es a juicio nuestro, pecando quizás de la osadía que acompaña a quien no tiene ningún vínculo ideológico, un elemento que permitiría garantizar que las normas que entran en nuestro ordenamiento jurídico, normas que van a regular aspectos relativos a los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, entren con plena adecuación y sometimiento al texto constitucional.

Desde ámbitos contrarios a la reinstauración del recurso previo se ha argumentado que este instrumento implicaría un mayor grado de politización de la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional, pero hemos de tener en cuenta que desde que el recurso previo fue suprimido, hace ya 30 años, el Tribunal Constitucional ha seguido siendo el receptor de temas controvertidos en la arena política, así, si los riesgos de politización de la justicia constitucional o de la judicialización de la actividad política existen, y existen de hecho, éstos estarán presentes tanto con la existencia del recurso previo como sin él.

Es por ello, que si la utilización del Tribunal Constitucional actualmente con fines políticos se da, entonces ¿Cuál es la razón que justifique la no introducción del recurso previo?, quizás a aquellos que alegan esta objeción deberíamos plantearles si consideran la propia existencia del Tribunal Constitucional o si por el contrario se posicionan en el lado de aquellos que defienden la Objeción democrática, según la cual las decisiones emanadas del legislativo o de un plebiscito tienen mayor legitimidad democrática que las que emanan del propio Tribunal Constitucional.

Las ventajas que hemos ido esgrimiendo son muchas y muy importantes, destacando entre ellas:

- Mayor seguridad jurídica en el ordenamiento.
- garantía de que las normas no producen daños irreparables
- Un procedimiento que da respuestas actuales a problemas actuales.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Pero sobre todas estas ventajas, se sobrepone una, y es que el legislador ha de tener siempre presente que su actividad nunca podrá ver la luz si es manifiestamente contraria a la Constitución.

La historia nos ha regalado innumerables ejemplos de legitimidades democráticas sustentadas en la fuerza de los votos que han destruido el Estado desde dentro, siendo el caso más importante el ascenso del Partido Nacional Socialista al poder en Alemania.

La actuación apriorística y profiláctica del recurso previo permite que una norma con máculas de inconstitucionalidad no pueda nacer al ordenamiento en tanto en cuanto no sea ajustada en su contenido de forma escrupulosa a la Constitución, ya que si tenemos presente que la Constitución es la plasmación de la Soberanía Popular, esta soberanía prevalece sobre coyunturales voluntades populares.

No podemos admitir, o mejor dicho, no podemos compartir, que la legitimidad de los votos, mutable cada cuatro años, prevalezca sobre la legitimidad de la soberanía popular plasmada en la Constitución, lo contrario nos llevaría, sin duda, a una sociedad en la que el anarquismo se instaurase y en la que tal y como señala el profesor TAJADURA TEJADA<sup>173</sup> en su artículo publicado en el Diario Vasco *“el cumplimiento de la ley es la base del Estado de Derecho...”* y *“ la ley tiene unos límites constitucionales que no puede franquear, si cada uno de nosotros tuviera que cumplir solo las leyes que consideramos justas, el ordenamiento jurídico quedaría disuelto y el Estado de Derecho sería reemplazado por el caos y la anarquía”*; y por desgracia en los últimos tiempos hemos visto como la Ley de leyes ha sido superada por la voluntad del legislador, a veces de forma inconsciente, pero (esto es lo más terrible) otras de forma consciente (artículo 21.2 de LO 1/92 y LO 6/2006).

El recurso previo ofrece la ventaja de poder poner freno a esta tentación del legislador de ir más allá del marco que configura el contrato social que estableció el Pueblo Español, la Constitución.

Los deseos de secesión, las ansias de cambio de modelo social y económico, la voluntad de respetar ciertos artículos de la Constitución y de obviar otros (como el artículo 15 en el caso del aborto) hacen necesaria la presencia de un

---

<sup>173</sup> TAJADURA TEJADA, JAVIER. *Las leyes son para todos, Ada Colau incluida*. El Diario Vasco. 3-06-2015. Pág. 20

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

instrumento efectivo y eficaz a la hora de frenar la entrada en el ordenamiento de normas que atentan contra el propio ordenamiento constitucional.

Los problemas que plantean los detractores de este mecanismo son fácilmente resolubles, a fin y al cabo, su desarrollo entra dentro de las potestades que el artículo 161.1.d) de la Constitución confiere al legislador, existiendo la posibilidad de limitar la legitimación y existiendo también la posibilidad de estructurar un sistema preferente y sumario en torno a este mecanismo, al estilo del modelo francés. Además, el recurso previo no entraría en conflicto con el recurso de inconstitucionalidad (y por tanto no entraría en conflicto con la Constitución y su modelo de control de constitucionalidad establecido en su articulado) ya que no tendría un efecto preclusivo frente a un hipotético recurso de inconstitucionalidad contra el texto que hubiere superado el recurso previo, pero lo que sí limitaría considerablemente sería la efectividad de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad sobre un texto que ha superado un recurso previo, y por tanto el objeto del recurso estuviere ya depurado, pero en última instancia, no se vetaría la posibilidad de un ulterior recurso de inconstitucionalidad sobre el texto que definitivamente viera la luz.

Y si el recurso previo puede convivir con el recurso de inconstitucionalidad ¿Dónde está el problema?, ¿no es mejor un ordenamiento con un mayor grado de control de sus normas que un ordenamiento carente del mismo? Nosotros pensamos que la producción normativa no tiene que atender a prisas innecesarias, que las leyes han de ser fruto de una profunda reflexión, donde no se prioricen posturas políticas encontradas sino que se priorice el bienestar común de todos la ciudadanía, y qué mejor modo de garantizar que la producción normativa es la correcta que implementar un “control de calidad” antes de que dicha norma “salga de fábrica” y otro control posterior.

A nadie se le escapa el deseo de que todo tipo de producción industrial cumpla una serie de controles previos que garanticen el óptimo y correcto funcionamiento de bienes y servicios, y si eso es algo que todos admitimos como normal y deseable ¿Cuál es la razón para no admitirlo en la producción normativa?

Quizás, y solo quizás, lo que subyace en torno a la existencia del recurso previo es la posibilidad de que moleste a quien gobierna y a la mayoría que le apoya que quien promueva el recurso previo pueda tener razón y el Tribunal

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Constitucional le haga rectificar lo que quería que viera la luz a pesar de ser contrario a la Constitución.

Como colofón y evitando reiteraciones, podemos concluir que el recurso previo tiene unas ventajas que superan a sus inconvenientes, sobre todo:

- Garantizar que las normas que entran en el ordenamiento son conformes con la Constitución.
- Evitar los daños que pueda producir una norma hasta su expulsión unos años más tarde.
- Dar una mayor seguridad jurídica al ordenamiento.

Nunca podremos saber cómo hubiera funcionado el recurso previo en estos 30 años si la ley orgánica 4/1085 no lo hubiera desterrado de nuestro ordenamiento, o cómo hubiera funcionado si se hubiera instaurado de un modo más elaborado jurídicamente, pero sí sabemos que todo es susceptible de ser mejorado, y que nuestro modelo de control de constitucionalidad es mejorable y que dicha mejora, a nuestro entender, debería venir de la mano de la recuperación del este mecanismo.

Este mecanismo no fue tratado con la justicia y la imparcialidad que debió, a fin de cuentas, únicamente fueron siete las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en recursos previos contra proyectos de ley orgánica, pero ninguno contra proyectos de Estatutos de Autonomía, el motivo que subyació en el espíritu de la introducción de este mecanismo de control de constitucionalidad.

Si el legislador y la doctrina académica no hubieran sido tan reacios a la presencia de este mecanismo en nuestro ordenamiento, quizás no hubiéramos asistido a situaciones tan peligrosas como las que estamos viendo en los últimos años, en los que las Administraciones Públicas y algunos Gobiernos Autónomos están planteando la propia legitimación del Tribunal Constitucional frente a sus propuestas secesionistas. Quizás si se hubiera dado un voto de confianza a este mecanismo no seríamos testigos de “desobediencias civiles” a las propias sentencias del Tribunal Constitucional, ni hubiéramos llegado a contemplar las luchas por la designación de los magistrados, por las retiradas de recursos de inconstitucionalidad como respuestas a negociaciones políticas, y de esta forma hubiéramos conseguido tener un ordenamiento donde todas y cada una de sus

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

normas son respetuosas y están plenamente sometidas a la Constitución. Pero eso es algo que nunca sabremos.

Sabemos que somos minoría, y que nuestro postulado es contrario a la opinión mayoritaria, pero hay momentos en los que hay que nadar contra corriente y alzar la voz, a fin de cuentas, vivimos en un país libre, y libres son las opiniones, sobre todo cuando están fundadas y tienen soporte técnico.

A nuestro parecer podemos concluir con una serie de afirmaciones:

- Que se precisa la reinstauración del recurso previo, sí.
- Que este instrumento hubiera evitado problemas como los que suscitó la aprobación de la LO 6/2006, sí.
- Que este mecanismo garantiza de forma mayor la pureza y adecuación constitucional de las normas en nuestro ordenamiento, sí.
- Que es compatible con el recurso a posteriori, sí.
- Que permite un control de la actividad del legislativo en aras a evitar desviaciones totalitarias, sí.

Y realizadas dichas afirmaciones entonces nos surge la pregunta de ¿Por qué no su reinstauración? Si aquellos que mantienen que el modelo actual de control a posteriori es el ideal ¿Por qué no complementarlo sin que ello le afecte con un mecanismo que garantice aún más la constitucionalidad de las normas? Nosotros no encontramos una razón con fundamento sólido que justifique la negativa.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

**BIBLIOGRAFIA.**A- TEXTOS

- ABDUSALAM MUHAMMADI, HISHAM. “*La sunnah autentica es revelación del Al-lah y está protegida*”. <http://www.islamhouse.com/es/books/328580>. Consultado el 12 de marzo de 2015.
- AGUDO ZAMORA, MIGUEL. “El modelo institucional europeo de justicia constitucional”. Grupo PAI-SEJ 372 Democracia, Pluralismo y Ciudadanía. Junta de Andalucía Y Proyecto de Investigación Estudio y análisis del modelo de distribución territorial del poder. 2003. [www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents](http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents). Consultada el 13 de marzo de 2015.
- AGUILAR DE DIOS, CARLOS. *Del Islam al Yihadismo*. Trabajo de Grado. Derecho de la Libertad de Conciencia. UPV 2015.
- ALBA NAVARRO, MANUEL “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica” en *Revista de Derecho Político*. Número 16 invierno 1982-1983. Págs. 167 a 182
- ALEGRE MARTINEZ, MIGUEL ANGEL “La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. De la supresión a la añoranza” en *Revista de Derecho Público* nº 9-10 enero-diciembre 2009. Págs. 39 a 62
- ALEJANDRO AMAYA, JORGE. “MARBURY vs. MADISON o de antiguas y modernas tensiones entre democracia y Constitución” en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén (España).2010.
- ALVÁREZ ALVÁREZ, LEONARDO. *La Constitución de Weimar ¿una república sin republicanos?* Comentario crítico a propósito de la obra “*La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*”, Tecnos, Madrid, 2010. *Historia Constitucional*, nº 12, 2011. Págs. 443-459. [www.historiaconstitucional.com](http://www.historiaconstitucional.com). Consultado el 23 de abril de 2015.
- ALZAGA VILLAMIL, OSCAR; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO; RODRIGUEZ ZAPATA, JORGE. *Derecho Político Español Volumen I*.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*Constitución y Fuentes del Derecho 3ª Edición*. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid 2001.

- ARAGÓN, MANUEL. *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*. IV Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional celebradas en Valencia del 3 al 7 de octubre de 1978.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 -1939)*, CEC, Madrid, 1987.
- FEDERICO BLASI, GASTON. “Justicia constitucional y control de constitucionalidad de las leyes en la República Italiana” en *Revista de investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales., Ley, Razón y Justicia*. VI nº 9 .2005. Págs. 43-73
- FOSSAS ESPADALER, ENRIC. “El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía” en *Revista catalana de derecho público*, nº 43, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª edición. Civitas, Madrid, 1982
- GARCÍA TORRES, JESÚS. “El sistema europeo de control de constitucionalidad: La historia manifiesta. La esencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988. Págs. 275 a 282.
- GOMEZ ALSINA, MARTA B. *Sistemas vigentes de constitucionalidad de las leyes*. Titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia de lo Civil nº 102 de la República Argentina.  
[www.justiniano.com/revista\\_doctrina/constitucional\\_de\\_las\\_leyes.htm](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/constitucional_de_las_leyes.htm)  
Consultado el 5 de mayo de 2015.
- GOMEZ MONTORO, ANGEL JOSE, “El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas” en *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 8 número 22 enero – abril 1988. Págs. 121 a 174
- JIMENEZ ASENSIO, RAFAEL. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos de Derecho constitucional 3ª edición*. Marcial Pons. Madrid – Barcelona 2005.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- JIMENEZ ASENSIO, RAFAEL. *Introducción a una historia del Constitucionalismo Español*. Tiran lo Blanch. Valencia 1993.
- LOPEZ BOFILL, HECTOR. Tesis Doctoral. *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Universidad Pompeu Fabra. Departamento de Derecho. Área de Derecho Constitucional. 2003
- LOPEZ GUERRA, LUIS; ESPIN, EDUARDO; GARCIA MORILLO; PEREZ TREMPES, PABLO; SATRUSTEGUI MIGUEL. *Derecho Constitucional Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Tiran lo Blanch. Valencia 2003
- LOPEZ GUERRA, LUIS. *Introducción al Derecho Constitucional*. Tiran lo Blanch. Valencia 1994
- .MARTINEZ-USEROS MOSQUERA, ENRIQUE. “El recurso de amparo y el control de constitucionalidad de los reglamentos” en *Revista jurídica de la Región de Murcia, nº 26.1999*. Págs. 91-100
- MARTOS QUESADA, JUAN. *El Corán como fuente de Derecho en el Islam*. Cuadernos de Historia del Derecho. Nº 11 2004
- MONTERO AROCA, JUAN; GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS; BARONA VILAR, SILVIA. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General. 21ª edición*. Tiran lo Blanch. Valencia 2013.
- MONTORO PUERTO, MIGUEL. “En torno a una posible recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad”. *Informativo Jurídico*. 2012 [www.economistjurist.es/articulos-destacados](http://www.economistjurist.es/articulos-destacados). Consultado 20 de mayo 2015.
- PEREZ ROYO, JAVIER. “El Recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas. Crónica de un error” en *Revista española de Derecho Constitucional. Año 6, número 17. 1986*. Págs. 137 a 170.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO. “Controles preventivos y reparadores de la Constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales” en *Revista de Derecho Político Núm. 16. Invierno 1982-1983*. Págs. 109 a 141
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2ª edición. Madrid 2012.
- SALAZAR BENITEZ, OCTAVIO. *Tribunal Constitucional y reformas estatutarias. Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de*

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

*inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria.*  
Universidad de Córdoba. 2014.

- SANCHEZ GONZALEZ, SANTIAGO. “Cambios constitucionales en el Reino Unido de la Gran Bretaña II” en *Teoría y Realidad constitucional nº 5, 1er semestre. UNED.2000.* Págs. 253 a 256.
- SORIANO MORENO, FERNANDO. “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, de Eduardo García de Enterría” en *Revista Española de Derecho Constitucional, año 2, nº 8. Septiembre-diciembre 1982.* Págs. 335-348
- TAJADURA TEJADA, JAVIER. “Las leyes son para todos, Ada Cola incluida” en *El Diario Vasco. 3 de junio de 2015.*
- TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO. *Diccionario Larousse de Historia Universal. Volumen II.* Planeta-Agostini 1988.
- TUDELA GUERRERO, JAVIER. *Los efectos de las sentencias dictadas en procesos de control de constitucionalidad.* ESTUDIOS Boletín núm. 1882
- VILLAVERDE MENENDEZ, IGNACIO, “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico” en *Revista Catalana de Dret Públic nº 49. 2014. Generalitat de Catalunya. Escola d’Administració Pública de Catalunya.* Págs. 20 a 40

A- CONSTITUCIONES.

- Código de Derecho Constitucional. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Madrid 2013.
- Constitución de la República Islámica de Irán.
- Constitución de la República Italiana de 1947.
- Constitución del Imperio (Reich) Alemán, de 11 de agosto de 1919. Textos Constitucionales españoles y extranjeros. Editorial Athenaeum. Zaragoza, 1930.
- Constitución Política de la Monarquía Española 1812. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Madrid.
- Constitución española de 1869. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Madrid

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Constitución Española de 1873 Proyecto de Constitución federal. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Madrid
- Constitución española de 1931. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Madrid
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
- El Sagrado Corán. Centro de Estudios Islámicos de Madrid. 2014.

B- SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

- STC 38/1983, de 16 de mayo de 1983. Contra el Proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley 39/1978 de 17 de julio de Elecciones Locales.
- STC 76/1983, de 4 de octubre de 1983. Contra el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico.
- STC 72/1984, de 14 de junio de 1984. Contra el Proyecto de ley orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores
- STC 53/1985, de 11 de abril de 1985. Contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.
- STC 66/1985, de 23 de mayo de 1985. Contra el Proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley orgánica 2/79 del Tribunal Constitucional de derogación del Capítulo II del Título VI.
- STC 77/1985 de 27 de junio de 1985. Contra el proyecto de ley orgánica reguladora del Derecho de la Educación.
- STC 98/1985 de 29 de junio de 1985. Contra el proyecto de ley orgánica de Libertad Sindical.
- STC 31/2010, de 28 de junio de 2010.

C- LEGISLACIÓN.

- Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio del Tribunal Constitucional.
- Resolución de 24 de febrero de 1982 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

## EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

- Texto Refundido del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del Senado, oída la Junta de Portavoces, en su reunión del día 3 de mayo de 1994.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi. 25 de octubre de 2003
- Proposición de Ley Orgánica de modificación de Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional para la recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Estatutos de Autonomía o de su modificación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. 31 de enero de 2014
- Informe sobre modificaciones de la Constitución Española. Consejo de Estado. Febrero 2006.