

ENUNCIADOS APARENTEMENTE VACIOS EN LA REGULACION CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Por FRANCISCO RUBIO LLORENTE
y MANUEL ARAGON REYES

El propósito de esta comunicación es el de abrir un debate sobre la hipótesis de que algunas proposiciones contenidas en los preceptos que el texto constitucional dedica a la regulación del control de constitucionalidad son proposiciones vacías, carentes de contenido semántico, cuya presencia en el texto se debe probablemente a razones de táctica política o a una defectuosa utilización de ciertas categorías jurídicas. Pensamos que una clarificación y, en su caso, verificación de esta hipótesis, puede resultar sumamente útil para evitar esfuerzos innecesarios a los juristas y a los políticos que hayan de interpretar o desarrollar el texto constitucional, para prevenir el riesgo de que se intente dotar a estas proposiciones vacías de una significación no querida por los constituyentes y para evidenciar, por último, algunos defectos perceptibles en el proceso de adopción de decisiones utilizado en la tarea constituyente.

Con carácter no exhaustivo analizaremos como supuestos de proposiciones vacías las contenidas en el artículo 53, apartado 1.º; artículo 161, apartado 1.º, a); artículo 161, apartado 2.º; artículo 163 y artículo 164, apartado 2.º

A) ARTICULO 53, APARTADO 1.º

Este apartado contiene tres proposiciones diferenciadas. La primera de ellas («Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos») es una reiteración

innecesaria del enunciado, también dudosamente necesario y regularmente paradójico, del artículo 9.º, apartado 1.º, que consagra, con carácter general, la sujeción de los ciudadanos (*sic*) y de los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. La segunda de las proposiciones que integran el apartado establece una reserva de ley en cuanto a la regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Se trata, en rigor, de una reserva de ley reforzada tanto material como formalmente, puesto que se estipula que dichas leyes de desarrollo habrán de respetar «el contenido esencial» de los derechos y libertades (fórmula muy claramente derivada del artículo 19 de la Ley Fundamental alemana) y, de otra parte, en el artículo 81 se obliga a hacer esta regulación precisamente mediante Ley Orgánica. Se agrega, por último, y esta es la proposición vacía que nos interesa comentar, que la tutela de tales derechos y libertades se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161, 1, a).

Esta proposición vacía no aparece en los dos textos preparados sucesivamente por la ponencia (*Boletines Oficiales de las Cortes* de 5 de enero y 17 de abril de 1978) habiendo sido introducida en el texto por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, que la hace figurar en el artículo 48 del texto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* del día 1 de julio. La aprobación de este artículo, con la inclusión de la mencionada fórmula, se hizo en la célebre sesión del consenso (23 de mayo) y el *Diario de Sesiones* correspondiente a la misma (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 72, pág. 2627) no ofrece indicio alguno de cuáles pudieran ser las razones que motivaron la introducción de la fórmula y su aceptación unánime por parte de la Comisión. Desgraciadamente tampoco el análisis de la proposición arroja ninguna luz sobre tales razones.

Es evidente que el recurso de inconstitucionalidad no tiene como finalidad primaria la salvaguardia de derechos subjetivos, sino la protección del orden constitucional; es, por así decirlo, un recurso en interés de la Constitución y esta finalidad es la única justificación de la limitación de la legitimidad activa para interponerlo. Precisamente por ello, el recurso de inconstitucionalidad no se da sólo contra las leyes que regulan el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, sino contra todo género de leyes y por eso también, precisamente, la vulneración de los derechos y libertades concedidos por la Constitución es objeto de otra estructura de protección distinta (la del llamado «recurso de amparo»), bien diferente a la del recurso de inconstitucionalidad. Extremando el afán de dotar de algún sentido a los preceptos constitucionales, podría llegarse a pensar tal vez que esta extraña fórmula pretende garantizar la reserva de ley antes mencionada, asegurando, de una parte, que todas las leyes reguladoras del ejercicio de

derechos y libertades son leyes orgánicas respetuosas del contenido esencial de los mismos y, de la otra, que ninguna ley ordinaria viene a alterar lo dispuesto en estas leyes orgánicas, colocadas así bajo la protección del Tribunal como parte que son del bloque de la constitucionalidad. Es evidente, sin embargo, que el Tribunal Constitucional estaría en todo caso obligado a actuar así a través del recurso de inconstitucionalidad aunque este artículo no dijese nada al respecto y que, por otra parte, el campo del recurso de inconstitucionalidad no se circunscribe, como decimos, a las leyes reguladoras del ejercicio de derechos y libertades.

Hay que concluir, pues, que se trata de una proposición rigurosamente vacía de contenido, y esta conclusión es, al mismo tiempo, una denuncia sobre la inadecuación del proceso de adopción de decisiones utilizado en la elaboración de la Constitución. Es evidente que no puede quererse la vaciedad por la vaciedad, que con esta fórmula vacía se intentó conseguir algo que en modo alguno ha sido conseguido, y que quizá se ofreció a cambio de otras concesiones que así han resultado gratuitas. El abandono de las vías codificadas para el proceso de decisión entraña gravísimas consecuencias cuando la decisión ha de plasmarse en fórmulas jurídicas, cuya defectuosa comprensión o cuyo defectuoso manejo por parte de los implicados en la decisión puede hacer de toda negociación un simple *marché de dupes*, en el que todos pueden engañar a todos accediendo a concesiones que saben carentes de contenido.

B) ARTICULO 161, APARTADO 1.º, A)

En este párrafo, después de establecer que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, se hace la afirmación, sorprendente por carente de significado, de que «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». Prescindiendo del enunciado relativo al mantenimiento del valor de cosa juzgada para las sentencias, cuya exactitud es cuestionable, lo que sorprende en esta proposición es su absoluta vaciedad o su carácter de pura «perogrullada», que no añade información alguna a la que ya tenía el destinatario de la norma o el lector.

Este tributo al maestro Perogrullo aparece por primera vez en el dictamen de la Comisión Mixta (*Boletín Oficial de las Cortes* de 28 de octubre de 1978), cosa que añade razones adicionales de sorpresa, pues, evidente-

mente, la Comisión Mixta ha actuado aquí fuera de su competencia, al suprimir el acuerdo existente entre el Congreso y el Senado y resolver la mínima discrepancia mediante un enunciado vacío.

El Congreso de los Diputados (texto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 24 de julio de 1978, art. 157, 2.º) preveía la posibilidad de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad. Esta previsión había sido ya introducida en el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (texto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 1 de julio de 1978) a partir de una enmienda *in voce* del grupo socialista, defendida por el señor Peces-Barba, con la argumentación de que, ya desde tiempo atrás, de hecho, y desde la aprobación del nuevo título preliminar del Código civil, de derecho, la jurisprudencia tiene en España carácter de fuente del Derecho y debe ser sometida, en consecuencia, al control de constitucionalidad (véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 92, págs. 3455 y 3456). El Pleno del Congreso mantuvo el texto establecido por la Comisión, que fue defendido por el señor Peces-Barba con el argumento que acabamos de resumir y atacado, como también lo fue en la Comisión, por el señor Fraga Iribarne, amparándose sobre todo en el argumento de que el Tribunal Supremo no puede ser sometido a control alguno sin perder su carácter de tal, con la consiguiente desvirtuación de toda la estructura que la Constitución da al poder judicial (véase *Diario de Sesiones del Congreso*, número 115, págs. 4523-4528).

El Senado modificó esta norma, eliminándola del artículo en que había sido colocada por el Congreso, llevándola al artículo 155 (actual 161) y reformulándola de acuerdo con la línea argumental utilizada por el grupo socialista en su defensa. La modificación introducida en el Senado arranca, en efecto, de una enmienda presentada por el grupo parlamentario de UCD, ampliamente debatida (véanse *Diarios de Sesiones del Senado*, núms. 55 y 67, págs. 2709-19 y 3323-27, respectivamente). Como la propuesta socialista se basaba en el carácter de fuente del Derecho que el título preliminar del Código civil atribuye a la jurisprudencia, lo que ahora se hace es llevar hasta su término lógico el razonamiento y someter a control de constitucionalidad la jurisprudencia, en tanto en cuanto «sea complementaria del ordenamiento jurídico».

La discrepancia entre el Congreso y el Senado se reducía, pues, sustancialmente al hecho de que el control de constitucionalidad de la jurisprudencia venía regulado en artículos distintos y al hecho de que en el texto del Congreso este control operaría «en los casos establecidos en la ley», en tanto que en el texto del Senado se precisa más y se limita la posibilidad

de control a aquellos supuestos en los que la jurisprudencia «sea complementaria del ordenamiento». Se trataba, pues, de una discrepancia mínima y de un acuerdo en lo sustancial. Pese a ello, la Comisión Mixta Congreso-Senado, cuya misión única según la Ley para la Reforma Política (art. 3.º, apartado 2.º) era la de resolver estas discrepancias, procede a resolverlas por el eficaz procedimiento de suprimir totalmente la norma, es decir, eliminando aquella parte sustancial de la misma en la que ambas Cámaras se encontraban de acuerdo.

Aunque poco ortodoxa formalmente, esta supresión operada por la Comisión Mixta, puede tener pleno sentido (e incluso, a nuestro juicio, buen sentido) tanto desde el punto de vista político como desde el jurídico-constitucional, pero lo que no tiene sentido alguno es sustituir la anterior fórmula por otra carente en absoluto de significación. La proposición vacía que da origen a este comentario no tiene así más finalidad que la puramente material de llenar un hueco en las páginas del *Boletín Oficial*, no en modo alguno un hueco en la regulación constitucional. La mención de la jurisprudencia sirve sólo para recordar que hubo una norma significativa acerca de la jurisprudencia, nada más.

Esta utilización con fines exclusivamente tácticos de enunciados vacíos en el texto constitucional, confirma, además de las insuficiencias del procedimiento utilizado para llegar a la decisión, ya antes denunciadas, el principio bien sabido de que el intérprete debe atender más a la *ratio legis* que a la *mens legislatoris*, que a veces discurre por muy extrañas vías.

C) ARTICULO 161, APARTADO 2.º

Este apartado tiene dos proposiciones distintas. La última de ellas establece el efecto suspensivo de la impugnación por el Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas. La primera, a su vez, parece facultar al Gobierno para llevar a cabo ante el Tribunal Constitucional tales impugnaciones.

A diferencia de los dos casos antes comentados, la vaciedad semántica no es en éste quizá aparente; no deja de ser por ello, sin embargo, menos real. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas no supone, en efecto, más que la vía para instrumentar los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas a que se refiere el apartado 1.º, c) del mismo artículo. Cuando la medida de la comunidad autónoma objeto de ataque tenga rango legal, la vía procedente será la del recurso de incons-

titucionalidad; cuando, por el contrario, se trate de disposiciones o resoluciones de rango infralegal, pero el motivo de la impugnación no sea la inconstitucionalidad de las medidas, sino la de su ilegalidad, la vía de la impugnación será la contencioso-administrativa, según establece el artículo 153, c). Las disposiciones que sin tener rango legal sean atacadas por inconstitucionales, sólo pueden ser, en consecuencia, aquellas mediante las cuales las comunidades autónomas se interfieran en el ámbito de la competencia estatal, violando con ello el Estatuto, que, aunque la Constitución no lo precise, es evidente que ha de ser uno de los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional para apreciar la constitucionalidad de los actos del poder.

Si la impugnación a que se refiere el apartado 2.º se plantea, pues, como un conflicto de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, es evidente que la proposición aparentemente significativa de dicho apartado no lo es, pues ni la facultad del Estado para impugnar las disposiciones y resoluciones de las comunidades deriva de esa norma, sino de la contenida en el apartado 1.º, c) del mismo artículo, ni es tampoco en modo alguno una facultad exclusiva del Estado, pues también las comunidades podrán, como es claro, impugnar las disposiciones y resoluciones del Gobierno. La única norma significativa es, por tanto, la contenida en la segunda proposición de este apartado, al establecer para el Estado un privilegio del que no gozan las comunidades autónomas.

A diferencia de lo que acontecía en los casos antes examinados, esta norma vacía no parece haberse originado en el fragor de una tensa negociación, pues surge por primera vez y sin explicación alguna en el texto que la ponencia presenta como resultado del examen de las enmiendas formuladas frente al texto primitivo. En el informe de la ponencia publicado el 17 de abril de 1978 se nos dice (pág. 1609 del *Boletín Oficial de las Cortes*) que la ponencia da una nueva redacción a ese precepto aceptando las enmiendas presentadas por el grupo mixto, el señor López Rodó y la Unión de Centro Democrático, pero resulta que en ninguna de tales enmiendas figuraba el párrafo que comentamos, párrafo que, como apartado 2.º del precepto, introduce la ponencia, pues, *de motu proprio*, sin dejar constancia expresa de su motivación.

D) ARTICULO 163

De este precepto, que se ocupa de establecer la vía indirecta en el ejercicio del control de constitucionalidad, lo que interesa aquí resaltar es la singular afirmación, contenida al final del mismo, de que los efectos de

la consulta del órgano judicial del Tribunal Constitucional «en ningún caso serán suspensivos». La frase, que no aparecía ni en el texto aprobado por el Pleno del Congreso ni en las modificaciones acordadas por el Pleno del Senado, la introduce la Comisión Mixta (dictamen publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* del 28 de octubre de 1978) sin explicación alguna y excediéndose nuevamente, dicho sea de paso, de sus específicas competencias.

La primera observación que cabe formular ante esa disposición es la de su completo apartamiento de nuestros precedentes (normas reguladoras del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República) y del Derecho comparado afin (normas reguladoras de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano), pues tanto en un caso como en otro la regla general es la suspensión del curso de los autos. La segunda observación, y en la que se encuentra, además, la raíz de la primera, es la de la incongruencia de tal disposición con el propio instituto al que pretende servir, puesto que la vía indirecta en el control de constitucionalidad funciona precisamente sobre la hipótesis de que existe una cuestión prejudicial (la sospecha de que una ley aplicable al caso pueda ser inconstitucional) que impide, como tal, mientras no se resuelva, la continuación del procedimiento.

Si el propio artículo 163 presupone que de la validez de la norma objeto de la consulta depende el fallo, mal puede fallarse mientras la duda sobre la validez no se disipe. Ante tal contradicción no hay más remedio que entender que la frase que comentamos no quiere decir lo que dice, ya que lo que dice es incoherente. En consecuencia, pese al tenor literal del precepto, hay que encontrarle una significación jurídica que huya del absurdo y de la contradicción. A este respecto, más que de un enunciado vacío (que lo es, en cuanto que es incongruente) se trata de un enunciado mal redactado, al utilizar una categoría jurídicamente muy clara (el efecto suspensivo en el proceso) en un contexto en el que necesariamente ha de tener un significado muy distinto al que le es propio. La ley de desarrollo tendrá, pues, que aclarar esa defectuosa redacción, disponiendo, por ejemplo, que aunque no se suspenda la tramitación de los autos no podrá dictarse la sentencia hasta que el Tribunal Constitucional haya resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Solución muy poco ortodoxa procesalmente, ya que lo correcto es, en estos casos, la suspensión del procedimiento, e incluso rayana en la inconstitucionalidad, pues la paralización del pronunciamiento de la sentencia no deja de ser una suspensión de los autos, pero a la que conduce de modo inevitable un enunciado constitucional tan desdichadamente formulado.

E) ARTICULO 164, APARTADO 2.º

Dispone este precepto que, salvo que el fallo ordene otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Esta sorprendente afirmación se ha mantenido, aunque con formulaciones ligeramente distintas, a todo lo largo del proceso constituyente. Aparece ya en el texto publicado el 5 de enero (art. 155, 2: «Salvo que en la sentencia se disponga otra cosa, se aplicará el principio de conservación de la norma para todas aquellas partes de la ley no afectadas por la inconstitucionalidad. Se respetarán los derechos adquiridos de buena fe hasta el momento de la publicación del fallo») y obtiene su redacción actual en el publicado el 17 de abril, sin que los ponentes den ningún indicio de cuáles son las razones que les han movido a adoptarla (*Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82, de 17 de abril, pág. 1610). No fue objeto de discusión alguna ni en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, ni en el Pleno del Congreso, ni en la Comisión o el Pleno del Senado.

Es evidente que bajo su aparente juridicidad esta proposición encierra, sin embargo, un notorio disparate, pues o bien las normas legales son inconstitucionales y pierden su fuerza de obligar al ser declaradas tales, o bien no lo son en modo alguno y, en consecuencia, ni el Tribunal Constitucional ni ningún otro órgano podrá atacar su vigencia. No se ve cuáles serían los fundamentos que podría alegar el Tribunal Constitucional para negar la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. El enunciado, pues, ha de ser considerado como no significativo, es decir, semánticamente vacío.

Quizá una probable explicación de esta vaciedad resida en el erróneo entendimiento por nuestros constituyentes de los preceptos del Derecho comparado que se ocupan del tema, tales como el artículo 27 de la ley italiana de 11 de marzo de 1953 («Cuando acoge una demanda o un recurso relativo a cuestiones de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, el Tribunal Constitucional declara, dentro de los límites de la impugnación, cuáles son las disposiciones legislativas ilegítimas. Declara igualmente cuáles son las restantes disposiciones legislativas cuya ilegitimidad resulta de la decisión adoptada») o el artículo 78 de la ley alemana de 12 de marzo de 1951 («Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción de que el Derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental, o el Derecho de un país incompatible con la Ley Fundamental u otra norma del Derecho federal, declara en su decisión la nulidad. Si otros preceptos de la misma ley son incompatibles, por los mismos motivos,

con la Ley Fundamental u otra norma del Derecho federal, el Tribunal Constitucional Federal puede declararlos nulos al mismo tiempo»).

Por supuesto, y ello es claro, que nuestro futuro Tribunal Constitucional, además de declarar, cuando proceda, la inconstitucionalidad del precepto objeto del recurso o la consulta, puede declarar también la inconstitucionalidad de otros preceptos que, por su relación con aquél, resulten igualmente afectados por esa inconstitucionalidad, pero unos y otros sólo pueden ser invalidados por el Tribunal en cuanto que sean inconstitucionales y no por otro género de razones. Eso es una cosa y otra muy distinta es lo dicho por el párrafo que comentamos, donde, aparte de afirmarse lo obvio, es decir, que subsiste la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad, pretende establecerse, por otro lado, y *a contrario sensu*, lo imposible, esto es, que el Tribunal pueda invalidar preceptos legales aunque no estén afectados por la inconstitucionalidad.

* * *

Este somero análisis de algunos extremos de la regulación constitucional del control de constitucionalidad pone de relieve a nuestro juicio dos hechos:

1.º La inadecuación del proceso de adopción de decisiones seguido para la elaboración de la Constitución. No nos referimos con esto al tan traído y llevado consenso, que no es más que una decisión política sobre el procedimiento, que técnicamente podría haber revestido muchas formas distintas y todas ellas probablemente más adecuadas que la que de hecho se ha utilizado. Las razones de esta insuficiencia son muchas y de muy diverso tipo.

2.º La inadecuación técnica de las fórmulas constitucionales echan una enorme responsabilidad sobre el legislador ordinario que ha de regular la composición y competencias del Tribunal Constitucional y sobre los primeros magistrados de este alto órgano, en cuya mano se encuentra en buena medida la configuración del Tribunal mismo y con él de toda la Constitución.