

EL VALOR JURIDICO DE LAS LEYES ORDINARIAS

SUMARIO:

- I. *Introducción.*—II. *La antinomia entre las nociones de ley ordinaria y ley constitucional.*—III. *La fiscalización judicial de la constitucionalidad de las leyes ordinarias. La naturaleza jurídica de las leyes sometidas a fiscalización jurisdiccional.*—IV. *Formas no jurisdiccionales del control de la constitucionalidad de las leyes.*—V. *El recurso de contrafuero:* 1. *Leyes fundamentales y ordinarias.* 2. *La naturaleza jurídica del recurso de contrafuero:* A) *Los trabajos preparatorios de la ley de Recurso de contrafuero.* B) *El preámbulo de la ley de 5 de abril de 1968.* C) *El contenido de la ley de 5 de abril de 1968.* D) *Conclusión.*—VI. *El valor jurídico de nuestras leyes ordinarias.*—VII. *La conveniencia de una fiscalización jurisdiccional de las leyes.*

I

INTRODUCCIÓN

Suele decirse que en el Derecho, como en otras ciencias sociales, nada tiene existencia objetiva. En él todo descansa sobre apreciaciones y creencias de la sociedad, aunque algunas de éstas se inspiren en principios inmutables superiores al Derecho positivo.

El científico del Derecho puede intentar construir un sistema de conceptos con el cual ordenar las apreciaciones y creencias jurídicas de la sociedad. Pero simultáneamente su sistema teórico influirá en la creación y conformación de esta clase de creencias e impulsará su conversión en normas jurídicas. A su vez, la ordenación sistemática de los conceptos facilita la comprensión del contenido de las normas jurídicas, pues permite descubrir las relaciones que guardan entre sí y las finalidades que persiguen.

El teórico del Derecho se desenvuelve, pues, en dos planos distintos. Uno sociológico, en el que reúne datos y formula consideraciones de *lege ferenda*; otro jurídico-positivo, en el que se ocupa de problemas de interpretación y aplicación de las normas vigentes.

El estudioso del Derecho, en sus investigaciones sociológicas, es decir, cuando actúa en el primero de los planos referidos, no es raro que encuentre creencias jurídicas de signo opuesto. Unas veces, creencias nacidas en

una misma sociedad, pero en épocas diversas, que se desarrollan y extienden a un ritmo diferente hasta encontrarse en un momento dado en la conciencia jurídica de la colectividad con análoga fuerza de convicción. Otras veces ocurre que, por cualquier circunstancia, en una comunidad se introduce una creencia aparecida en otra comunidad de estructura diferente y choca con alguna creencia de las que regían en aquélla.

La antinomia también suele darse —se da con frecuencia— entre normas jurídicas. Los elementos de un mismo ordenamiento jurídico pueden inspirarse en creencias opuestas, o simplemente expresar de manera contradictoria apreciaciones congruentes entre sí. En estos casos, la contradicción tiene lugar en el plano jurídico positivo; en el segundo de los planos aludidos.

Todavía con mayor frecuencia se aprecia la no coincidencia entre creencias jurídicas y realidad jurídico-positiva. Puede entonces hablarse de la contradicción entre componentes de los dos planos anteriormente señalados. Pero no es habitual intentar construir un sistema de conceptos con la pretensión de explicar y manejar simultánea, aunque paralelamente, creencias y normas jurídicas.

La contradicción entre creencias jurídicas, o entre preceptos, constituye el mayor obstáculo con que se encuentra el científico del Derecho en el camino hacia la ordenación sistemática de los conceptos. En un mismo sistema teórico no caben representaciones conceptuales de dos creencias o preceptos opuestos. Un sistema se rompe cuando dos conceptos antinómicos se colocan juntos.

II

LA ANTINOMIA ENTRE LAS NOCIONES DE LEY ORDINARIA Y LEY CONSTITUCIONAL

En la teoría del Derecho público occidental coexisten dos principios que parecen antinómicos. La creencia de que la ley —manifestación de un poder inicial e incondicionado (soberano)— constituye la regla suprema de la vida colectiva y la convicción de que la Constitución —manifestación del poder constituyente, también soberano— es una *lex superior* que se impone a las otras leyes.

La contradicción entre los dos principios enunciados resulta flagrante. No parece posible que tanto las leyes denominadas ordinarias como las leyes calificadas de constitucionales sean simultáneamente las normas supremas de la comunidad.

La creencia de que la ley constituye la regla máxima de la convivencia social puede considerarse una de las constantes del pensamiento jurídico europeo, aunque en su extensión y efectividad haya sufrido eclipses parciales. A finales del siglo XVIII toma cuerpo y se formula doctrinalmente la idea de que la Constitución escrita es norma suprema de la comunidad nacional (1).

Charlier (2) sostiene que la noción de ley no ha cambiado nunca. Las vicisitudes que a ésta se le atribuyen lo son, en realidad, de los sistemas políticos. Incluso las revoluciones son alteraciones de la soberanía, pero no de la ley, porque aquéllas no afectan a la autoridad de la ley, sino a las pretensiones de tales o cuales sujetos de ser el legislador.

A lo largo del tiempo han cambiado sólo las características materiales, o formales, de la ley adheridas a la permanente convicción de que ésta es la regla suprema de la comunidad. En una época, para algunos, la ley es disposición general, abstracta, impersonal; en otra, o para otros, permanente, innovadora o el acto emanado de un concreto órgano del Estado; finalmente, algunos definen la ley por las materias que con ella se regulan. Unas u otras notas giran siempre alrededor de una convicción inalterable: la ley tiene valor jurídico máximo, supremo.

A finales del siglo XVIII se redactan Constituciones con el propósito de ofrecer garantías a los derechos de los súbditos, lograr que éstos participen en el gobierno del Estado, y, en algunos casos, para limitar el poder de los Monarcas. Las Constituciones proclaman cuáles son los derechos de los ciudadanos y fijan la estructura fundamental de los Estados. Reconocen a la nación el poder legislativo, que ejercerán sus representantes. Para garantizar al máximo los derechos individuales y la obra de organización política que

(1) Con anterioridad hubo pensadores políticos que propugnaron análoga tesis y esfuerzos encaminados a hacerla realidad (véase M. BATTAGLINI: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957, y CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1968, cap. II), pero el principio de la Constitución como norma suprema sólo en la época señalada en el texto se enraiza en las sociedades europeas. Dice CAPPELLETTI (Obra citada, pág. VIII) que en todos los tiempos los hombres han sentido el ansia de crear o descubrir una jerarquía entre las leyes y en garantizarla. «Es el ansia misma —o uno de sus aspectos— de huir de lo contingente, de "detener el curso del tiempo", de vencer, en suma, el humano destino de perenne transformación y de muerte: las leyes cambian, pero queda la Ley; quedan los Valores fundamentales. Y una ley es injusta, no es ley, si viola aquellos eternos valores. Las Constituciones modernas normas prevalentemente "de valor", apuntan el primer momento de aquella tentativa.»

(2) «Vicisitudes de la loi», en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz & Sirey, París, 1960, tomo II, pág. 305.

se ha llevado a cabo, se afirma que los textos constitucionales ostentan el más alto valor jurídico.

Sieyès (3), para citar un ejemplo de indudable autoridad y significación, dirá que existen tres clases de leyes. Las leyes naturales, que nadie puede modificar. Las leyes constitucionales, que, en cierto modo, son la aplicación práctica de las leyes naturales, y que sólo la nación, titular del poder constituyente, puede cambiar. Finalmente, las leyes ordinarias, que dictan los representantes del pueblo y el Rey. Esta última clase de leyes están limitadas por la Constitución y por las leyes naturales.

En junio de 1789, el tercer estado, a propuesta de Sieyès, se proclama Asamblea Nacional. Meses después, cuando el Rey se niega a promulgar los Decretos de 4 de agosto, que abolían el régimen feudal; la Asamblea afirma que el poder constituyente es superior a cualquier otro poder y, por consiguiente, que las leyes constitucionales podían aplicarse sin necesidad de la sanción real, pues el poder constituyente confería los demás poderes (legislativo, ejecutivo e incluso judicial). A partir de este momento la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias se consolida (4).

Pudiera, pues, pensarse que, al alborear la Edad Contemporánea, la aparición de las Constituciones transforma radicalmente la noción de ley; que ésta deja de ser un acto libre, incondicionado, supremo, para convertirse en un acto limitado por la Constitución, condicionado en su eficacia al respeto de ésta; que, a partir de ahora, la Constitución será la única norma que reunirá las notas de suprema y libre. Corolario lógico y necesario de lo anterior debería ser la creación de una instancia, regulada por la misma Constitución en razón de su elevadísima y trascendente función, encargada de anular las leyes que la infringieran.

No obstante, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclamará (art. 6.^o), de una parte, que la ley es la expresión de la voluntad general, y, de otra, que no tiene constitución la sociedad en la que falta la separación de los poderes. Ningún poder, por consiguiente, debe inmiscuirse en la actuación de otro poder. Ningún poder debe, ni puede, anular las manifestaciones de la voluntad general, es decir, las leyes. La Constitución de 3 de septiembre de 1791 afirma rotundamente que «no existe en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey reina por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia».

(3) Vid. J. GODECHOT: *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, P. U. F., París, 1951, pág. 23.

(4) GODECHOT: *Ob. cit.*, págs. 24, 25, 42, 160 y sigs.

La Constitución de 24 de junio de 1793, de la que se ha dicho (5) que organizó una verdadera dictadura de la Convención y que no instituyó un Tribunal Supremo «para suprimir un posible obstáculo al ejercicio de la soberanía nacional», estableció un curioso sistema de referéndum de los proyectos de ley con el fin de evitar que las leyes nacieran viciadas de ilegalidad. Dichos proyectos se enviaban a los Departamentos, y si, antes de transcurrir cuarenta días, la mitad más uno de éstos, a través de su segunda Asamblea, no presentaban objeciones, se transformaban en leyes. Este complicado procedimiento podía evitar que nacieran leyes contrarias a la Constitución, pero si nacían nadie podía eliminarlas de la vida jurídica. En las primeras Constituciones revolucionarias de Francia no existieron instrumentos de anulación de las leyes anticonstitucionales. Como tampoco los hubo en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787.

En nuestro país, la Constitución de 1812 se ocupó en su título final, el X, «De la observancia de la Constitución». El artículo 372 dispuso que «las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella». La Diputación Permanente de Cortes (art. 160, 1.º) debía dar cuenta a las Cortes de las infracciones que apreciara y todo español (art. 373) podía reclamar la observancia de la Constitución ante las Cortes o el Rey. Las propias Cortes, que con el Rey tenían «la potestad de hacer leyes» (art. 15 de la Constitución), velaban por la Constitución. Pero ésta nada decía sobre si las Cortes podían declarar la nulidad de una ley por anticonstitucional.

Los contemporáneos de la Constitución de Cádiz no entendieron que los preceptos citados conferían a las Cortes la facultad de examinar, y en su caso anular, las leyes contrarias a la Constitución. Pensaron, según los pocos datos que conozco, que dichos preceptos se referían a los delitos contra la Constitución (6).

Durante el siglo XIX, y en el XX hasta la primera guerra mundial, las Constituciones no instituyeron medios idóneos para lograr la subordinación de las leyes ordinarias a las leyes constitucionales. La subordinación de aqué-

(5) GODECHOT: Ob. cit., págs. 241 y 251.

(6) Cfr. V. FAIREN GUILLÉN: «Las relaciones entre el Poder legislativo y el judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (en torno al caso Fitzgerald)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1957, y D. SEVILLA ANDRÉS: «La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española», *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, número 152, marzo-abril 1967, págs. 284 y sigs.

llas a éstas existía en el mundo de las ideas, e incluso se decía que en el orden legal, pero no tenía ninguna efectividad.

Había, pues, una antinomia entre los principios proclamados y la realidad jurídica. En todas partes —salvo en los Estados Unidos de Norteamérica, como ahora veremos— las leyes ordinarias, aunque otra cosa se proclamaba, tenían realmente el mismo valor que las leyes constitucionales. Unas y otras se encontraban en un mismo plano. Las leyes posteriores derogaban a las anteriores, cualesquiera fuera su calificación; todas las leyes eran supremas; el poder constituyente y el poder legislativo mostraban idéntica fuerza jurídica; la calidad de sus efectos era la misma. La ley ordinaria contraria a la Constitución vivía y producía todas sus consecuencias (7).

III

LA FISCALIZACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ORDINARIAS. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LEYES SOMETIDAS A FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL

En 1803, en los Estados Unidos de Norteamérica, y como consecuencia del «desarrollo lógico de la corriente principal del pensamiento anglosajón», que en Inglaterra «fue desviada por los célebres *Comentarios*, de Blackstone».

(7) Con frecuencia se habla de que entre las mismas leyes puede existir jerarquía e incluso de que para la validez de las leyes se exige que cumplan determinadas condiciones distintas a la conformidad con la Constitución, sin que con ello pierdan aquellas, cuando cumplen estas condiciones, su carácter de soberanas (CHARLIER: Ob. cit., página 307). Pero si las leyes son normas supremas no es posible la jerarquía entre ellas ni tampoco que su subordinación a determinadas condiciones se haga efectiva desde fuera. De lo contrario todo se resuelve en un problema de palabras, pues, en realidad, sólo las normas que ocupen la cúspide de la ordenación jerárquica serán verdaderas leyes.

También se dice que entre las leyes fundamentales o constitucionales cabe, y existen realmente, relaciones de jerarquía. En nuestro Derecho, el Consejo de Estado (*Recopilación de Doctrina Legal 1960-1961*, núm. 69, pág. 129) ha manifestado que la ley de 17 de mayo de 1958 contiene unos Principios permanentes e inalterables por su propia naturaleza. Su artículo 1.º «proclama el supremo carácter constitucional de tales Principios, que vienen a ser como los *principia principiorum* de las Leyes Fundamentales del Régimen». Esto da a entender que sería nula (por aplicación del artículo 3.º de la ley de 17 de mayo de 1958) la ley fundamental que se separara de aquellos Principios. En el mismo sentido, aunque con mayor rotundidad y claridad, se manifiesta F. HERRERO TEJEDOR («El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales españolas», en *XV Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, páginas 232-233). Sin embargo, como después veremos, en nuestro Estado no es posible

como nos advierte Rubio Llorente (8), el Tribunal Supremo de la Unión, presidido por el juez Marshall, declaró, al resolver el caso *Marbury versus Madison*, que las facultades del Congreso —Poder legislativo— están definidas y limitadas por el texto de la Constitución. De nada serviría la Constitución si el Congreso pudiera saltar por encima de ella y no respetarla. En su consecuencia, cuando el Congreso aprueba una ley contraria a la Constitución, los Tribunales no pueden acatarla y aplicarla, pues su misión consiste precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Como una ley contraria a la Constitución no es ley, los Tribunales no están obligados a aplicarla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Parlamento (9).

El Poder judicial, aquel poder que para Montesquieu era sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley, poder en cierta manera nulo, se confiere la posibilidad de decidir si los actos de los representantes del pueblo soberano, reunidos en el Congreso, son o no son verdaderas leyes. Lo serán si el Poder judicial estima que respetan la Constitución, y no lo serán si, en su opinión, la infringen.

Con la decisión *Marbury versus Madison* se instaura en los Estados Unidos de Norteamérica el control jurisdiccional de las leyes. El sistema arraiga en aquel país. Después de la primera guerra mundial, de allí lo importan varios Estados europeos: Austria (10), Checoslovaquia (11) y España —Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931 (12). En estos

hacer efectiva, en un plano jurídico, la superioridad de los Principios de la ley de 17 de mayo de 1958 con respecto a otras leyes fundamentales, pues las leyes aprobadas mediante referéndum nacional no son susceptibles de recurso de contrafuero.

(8) «La defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana», *Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos*, núm. 12, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, pág. 2 de la separata. Para los antecedentes ingleses puede verse C. SANZ-CID: «Sobre etiología del control judicial de la constitucionalidad de las leyes», *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 8, Barcelona, 1966, págs. 39 y sigs.

(9) Resumo la doctrina del caso «*Marbury vs. Madison*» del trabajo del profesor PÉREZ SERRANO titulado: *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955, págs 22 y sigs.

(10) Vid. EISENMANN: *La Justice Constitutionnelle et la Haut-Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, 1928.

(11) Constitución de 1920.

(12) Véase J. TOMÁS VILLAROYA: «El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)», *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 11, Barcelona, 1968, págs. 11 y sigs.

países el sistema no fue puramente judicial, como lo era el norteamericano (13). Al finalizar la segunda guerra mundial, la fórmula alcanza gran difusión. Crearon jurisdicciones constitucionales Italia (14), Alemania (15), Turquía (16), Chipre (17) y Yugoslavia (18).

En estos Estados, en cualquier Estado en el que exista un órgano con competencia para comprobar si las leyes se oponen a la Constitución y declararlas ineficaces, creo que puede afirmarse, sin temor a equivocación, que la ley deja de ser «la expresión más directa del Poder soberano y, por ello, la de máxima autoridad en la organización del Estado», como dice al definirla el profesor De Castro y Bravo (19). En los países en que existe fiscalización jurisdiccional de las leyes, el único acto jurídico libre, incondicio-

(13) Para BISCARETTI DI RUFFÍA (*La Constitution comme Loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Instituto Universitaire d'études européennes de Turin, 1966, tomo VI página 73. De la parte de este estudio referente a los países socialistas es autor el profesor polaco STEFAN ROZMARYN) estos Estados europeos adoptan una tercera vía entre el control judicial y por las propias Cámaras legislativas de la constitucionalidad de las leyes. El enjuiciamiento de las leyes lo atribuyen a un órgano constitucional especial, de naturaleza, si así puede decirse, jurídico-política.

(14) Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948. Sobre el control de la constitucionalidad de las leyes en Italia existe una abundantísima bibliografía. En nuestro idioma véase RUBIO LLORENTE: «La Corte Constitucional italiana», *Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos*, núm. 8, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, con la adición de los textos fundamentales traducidos. Entre los trabajos más generales y recientes pueden verse A. M. SANDULLI: *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milán, 1967, y V. CRISAFULLI: «Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», *Revue du Droit Public*, núm. 1, 1968, págs. 83 y sigs.

(15) Exposición de los principios básicos en O. BACHOF: «Jueces y Constitución», Cuadernos Taurus, Madrid, 1963. En 1961 se celebraron en Heidelberg unas sesiones de estudio sobre «La jurisdicción constitucional en la época contemporánea» a las que se presentaron informes sobre casi todos los Tribunales constitucionales existentes y que han sido reunidos en *Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart*, Carl Heymans, Köln-Berlin, 1962.

(16) *Les institutions de la Turquie*, en la Documentación francesa de 21 de marzo de 1964, núm. 3.074.

(17) G. VLACHOS: «L'organisation constitutionnelle de la République de Chypre», *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 1961, págs. 527 y sigs.

(18) J. FERRANDO BADÍA: «La Constitución yugoslava de 7 de abril de 1963», *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, núm. 131, especialmente págs. 125 y 126; J.-P. FERREYJANS: «La constitution du 7 avril 1963 de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et l'unité marxiste du pouvoir d'Etat», *Revue du Droit Public*, 1963, núm. 5, especialmente págs. 948 y sigs., y D. KULIC: «The Constitutional Court of Yugoslavia», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N. F., 18, 1969, págs. 79 y sigs.

(19) *Derecho civil de España*, I. E. P., Madrid, 1955, I, pág.397.

nado en su eficacia, soberano, es la Constitución. Las leyes ordinarias ya no son reglas supremas, pues su validez y eficacia depende de que no infrinjan la Constitución. Quedan, pues, jerárquicamente subordinadas a la Constitución. El respeto de ésta es la condición de existencia de las leyes.

Las leyes ordinarias producirán efectos desde el momento mismo en que se publiquen, o a partir de la fecha que su autor indique, porque se presumirán conformes a la Constitución. Esta presunción, sin embargo, será *iuris tantum*, destructible ante el juez correspondiente. Unica forma de poder explicar que un juez, sin dejar de serlo, es decir, sin convertirse en legislador —lo que hoy, recordando antiguos alegatos, Berle (20) y Krislov (21) achacan a los jueces federales de los Estados Unidos—, puede declarar nulo o anular un acto legislativo.

La fuerza jurídica de la ley se apoya, tiene por fundamento, una presunción análoga a la que sirve de fundamento a la específica eficacia del acto administrativo, a su inmediata ejecutoriedad. La única diferencia entre una y otra presunción radica en que mientras el acto legislativo se presume conforme, única y exclusivamente, con la Constitución, el acto administrativo se presume conforme al Derecho u Ordenamiento jurídico, es decir, a las leyes de todo tipo, costumbres y principios generales del Derecho. Lo cual equivale a decir que la ley sólo tiene por superior a la Constitución, y el acto administrativo, a la Constitución, leyes ordinarias, costumbres y principios generales del Derecho.

La actividad legislativa logra validez y eficacia cuando cumple la condición de no infringir la Constitución. La actividad administrativa debe cumplir la condición de no infringir las leyes, las costumbres y los principios generales del Derecho para conseguir el mismo objetivo. Los límites de la actividad legislativa son menos que los de la actividad administrativa, pero no deja de ser una actividad limitada.

La instauración de un sistema de fiscalización jurisdiccional de las leyes cambia, por consiguiente, la esencia de la legislación ordinaria. Podemos decir que cuando aquélla existe, el valor jurídico de las leyes ordinarias es mucho más parecido al de los actos administrativos que al reconocido a las leyes constitucionales o fundamentales. Cuando, por el contrario, no existe tal fiscalización, el valor de las leyes ordinarias y constitucionales es idéntico. El efectivo sometimiento de las leyes ordinarias a las fundamentales o constitucionales alumbró a la vida jurídica un nuevo tipo de acto jurídico-

(20) *The Three Faces of Power. The Supreme Court's New Revolution*, Harcourt, Brace & World, Inc., Nueva York, 1967.

(21) *The Supreme Court and the Political Process*, Nueva York, 1965.

público desconocido antes de establecerse la fiscalización jurisdiccional de aquéllas.

En 1803, en los Estados Unidos de Norteamérica se inicia un fenómeno análogo al que en los últimos años del siglo XVIII tiene lugar en Europa. Aquí, al someter los actos del Poder ejecutivo a la revisión de una jurisdicción contencioso-administrativa, que los anula si comprueba que son contrarios a la legalidad, al subordinar efectivamente el Ejecutivo a la legalidad, aparece una categoría de actos jurídicos que reciben el nombre de «administrativos». En el Antiguo Régimen, el Gobierno y la Administración real no podían desconocer en su actuación ni las Leyes o disposiciones generales «hechas por el Rey en Cortes» (22), ni las Pragmáticas (especie de Decretos-leyes de la época), pero faltaba un Organismo independiente del Monarca que pudiera anular los actos de aquéllos cuando contradecían dichas normas (23). Cuando esto se consigue, el acto jurídico-administrativo que nace obliga a la construcción de una nueva disciplina jurídica: el Derecho administrativo.

IV

FORMAS NO JURISDICCIONALES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

No todas las formas de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes son jurisdiccionales. Incluso se dice de algunos países que en ellos existe control de la constitucionalidad de las leyes cuando en realidad sólo existen medios para tratar de evitar que las leyes nazcan con vicio de inconstitucionalidad.

(22) Véase A. GARCÍA GALLO: «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1951, págs. 17 a 27, 30 a 42 y 47 a 53 de la separata; J. M.^a ALVAREZ: *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias*, Madrid, 1829.

(23) Los Reyes de Castilla dispusieron que sus Cartas contrarias a la Ley, Fuero o Derecho fueran obedecidas pero no cumplidas hasta que el propio Rey decidiera sobre si, efectivamente, eran o no contrarias a aquél. Lo cual, según GARCÍA GALLO (Obra cit., págs. 47 y sigs.), «constituía un verdadero recurso por vicio intrínseco de legitimidad y como tal regulado por las leyes castellanas».

Sobre el último período de la Monarquía absoluta en Francia, puede verse BOULET-SAUTEL: «Recherches sur l'expédition du contentieux administratif devant le Conseil du Roi, à la fin de l'Ancien Régime», en *Etudes et Documents*, París, 1967, fascículo núm. 19, págs. 13 y sigs.

En Francia, por ejemplo, la vigente Constitución de 1958 ha creado (sin que se haya inspirado en el mecanismo que para la prevención de leyes anticonstitucionales inventó la Constitución de 1793) un Organismo encargado de detener en su mismo origen o fuente, como dice Favoreu (24), toda infracción de la ley fundamental: el Consejo Constitucional. Este Consejo está investido del poder de vigilar la formación de la actividad normativa de los órganos del Estado.

Antes de su promulgación, las leyes ordinarias deben, y las leyes orgánicas pueden, ser enviadas al Consejo Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad. Si las declara anticonstitucionales, no pueden ser promulgadas y, por consiguiente, no entran en vigor (25).

Se trata, pues, de controlar la constitucionalidad de los proyectos de ley (en sentido amplio), pero no las leyes (26). El Consejo Constitucional interviene y decide antes de que la ley nazca (27). Cuando las leyes han sido promulgadas, cuando han nacido para el mundo del Derecho, ya nadie puede examinarlas para comprobar si son conformes con la Constitución. Nadie puede destruirlas. La actual Constitución de Francia, que ha señalado al Poder legislativo las materias que puede regular, no ha disminuído el valor tradicional de la ley. El Derecho francés conserva lo que el profesor George Vedel (28) denomina la «mística de la ley expresión de la voluntad general». Mística que ha impedido al juez francés, contra toda lógica, en opinión del autor citado, analizar la conformidad de la ley a la Constitución o de todo acto público o privado conforme con la ley.

(24) «Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics», *Revue du Droit Public*, núm. 1, 1967, págs. 30 y sigs.

(25) Artículos 37, 41, 61 y 62 de la Constitución de 4 de octubre de 1958. Sobre las cuestiones de interpretación suscitadas por dichos preceptos, puede verse L. FAVOREU: Ob. cit., págs. 31 a 66 y 108.

(26) Puede considerarse excepción a lo dicho en el texto lo que dispone el artículo 37 de la Constitución, pero, en realidad, en este caso parece que se ha deslegalizado la materia regulada por el legislador.

(27) El verbo «decidir» que hemos empleado quizá sea inexacto. Ha sido tanto el respeto al legislador que, como hacen notar CEDIE y LEONNET («El Consejo Constitucional francés», *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, núm. 146, 1966, pág. 81), «el Consejo no anula jamás; declara solamente que el texto no es conforme a la Constitución. Corresponde sólo a las autoridades ejecutivas o legislativas (presidente de las Asambleas) deducir las consecuencias jurídicas.»

(28) Prefacio al libro de BATAILLER titulado *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*. L. G. D. J., París, 1966, pág. 1.

En Rumania, una Comisión Constitucional del Parlamento dictamina sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley (29).

En países como Francia y Rumania, que sólo disponen de medios para prevenir las leyes anticonstitucionales, puede afirmarse que las leyes ordinarias conservan su condición de actos libres, incondicionados, de valor jurídico soberano.

En los muchos Estados en donde no existe ningún tipo de control de la constitucionalidad de las leyes, el valor efectivo, tangible, de las leyes ordinarias tampoco es, naturalmente, diferente al valor de la Constitución (30). Así ocurre, por ejemplo, en todos los países socialistas —salvo en Yugoslavia— en virtud del dogma marxista de la dictadura del proletariado. El órgano supremo del Estado expresa la voluntad de los trabajadores y soldados y no puede limitarse o condicionarse, pues no sería lógico, la eficacia de sus declaraciones de voluntad (31).

Todo lo dicho hasta ahora nos sirve, en primer lugar, para preguntarnos, y en segundo lugar, intentar contestar, si en nuestro país las leyes ordinarias tienen valor de acto soberano o su eficacia está condicionada al respeto de las leyes fundamentales.

(29) Cfr. S. ROZMARYN: *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, cit., pág. 110. En Irlanda el Presidente de la República puede pedir al Tribunal Supremo que dictamine sobre si un proyecto legislativo es o no anticonstitucional, pero en los casos en que no se solicita el parecer del Tribunal Supremo cabe recurrir contra la ley ordinaria por anticonstitucional ante el Alto Tribunal y en apelación ante el Tribunal Supremo. Se trata, pues, de un sistema mixto (cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, ob. cit., pág. 73).

(30) «Cuando el control de la constitucionalidad de las leyes no está organizado —dice HOEFLER («Les antinomies en Droit public», en *Les Antinomies en Droit*, Bruylant, Bruselas, 1965, pág. 179)— la ley ordinaria puede, en realidad, separarse de la Constitución, incluso contradecirla, sin que exista ningún recurso. La Constitución no por eso deja de estar en vigor y sus prescripciones obligan tanto a la autoridad pública como al ciudadano, si bien en la práctica, e incluso en Derecho, sean las disposiciones de la ley ordinaria las que prevalecen.» BATAILLER (*Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, citado, págs. 159-161) también advierte que la falta de control jurisdiccional de las leyes tiene por resultado la «alteración de la jerarquía de las normas», pues conduce a que desde el momento en que se dicta una ley en una materia todos los actos deberán respetar a la ley y sólo a ella, y el juez ya no podrá anularlos por contrarios a la Constitución. «El respeto de la Constitución desaparece ante el respeto de la ley.»

(31) Cfr. ROZMARYN: *La Constitution comme loi fondamentale...*, cit., págs. 107 y siguientes.

El problema de los límites de la soberanía de los Estados en relación con la comunidad internacional, e incluso los denominados límites internos de la misma, tiene un sentido político y social que ahora no creemos oportuno tomar en consideración. Puede verse M. CAPURSO: *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Giuffrè, Milán, 1970.

V

EL RECURSO DE CONTRAFUERO

1. *Leyes fundamentales y ordinarias*

En nuestro Derecho vigente, la creación de dos categorías de leyes, unas fundamentales y otras ordinarias, se apunta en la ley de 17 de julio de 1945, por la que «queda aprobado con el carácter de Ley fundamental el Fuero de los Españoles», y es obra de la ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947. Esta ley enumeró taxativamente cuáles eran las leyes fundamentales y estableció que sólo podrían ser derogadas o modificadas mediante acuerdo de las Cortes y el referéndum de la nación.

Pero la ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 declaró en su artículo 3.º que «serán nulas las leyes... que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino». La subordinación de las leyes ordinarias a los Principios del Movimiento Nacional era, por consiguiente, condición de existencia de las mismas. No obstante, dicha Ley fundamental no estableció —ni lo hizo otra inmediatamente después— una instancia o mecanismo adecuado para comprobar qué leyes ordinarias vulneraban o menoscababan los Principios del Movimiento y declararlas nulas.

Los jueces ordinarios, o de jurisdicciones especiales, no se consideraron facultados para calificar de nulas y dejar de aplicar las leyes contrarias a los Principios del Movimiento. No creo que prueben lo contrario algunas sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que para anular un acto o disposición administrativa aplican al supuesto de hecho que enjuician principios recogidos en la ley de 17 de mayo de 1958 o preceptos de otra ley fundamental (32).

Los jueces españoles entendieron, a mí me parece que muy acertadamente, que no era misión suya enjuiciar a las leyes ordinarias, apreciar si se acomodaban o no a los Principios del Movimiento, porque el artículo 2.º

(32) Cfr. P. MARÍN PÉREZ: «La Administración de Justicia en la Ley Orgánica del Estado», REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núm. 152, pág. 219 a 221. J. M. ARIGITA DESCALZO ha leído en la Universidad de Madrid su tesis doctoral sobre «Carácter y eficacia de las Leyes Fundamentales según la doctrina del Tribunal Supremo», en la que analiza la jurisprudencia a la que nos referimos en el texto. No conozco el contenido de esta tesis de la que hace una breve referencia la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, número 26, 1966, pág. 446.

de la ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 sólo les confiere «la potestad de *aplicar las leyes* en los juicios civiles y criminales» (33). Los acontecimientos posteriores les dieron la razón.

De otra parte, el denominado control difuso de las leyes, es decir, la inaplicación por cualquier juez de las normas que considere anticonstitucionales —solamente existente en Noruega—, no parece un sistema conveniente de defensa de la Constitución. La seguridad jurídica, que es un valor de primer orden en el mundo del Derecho, sufre un exceso cuando se permite a todos los jueces que dejen de aplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución o a las Leyes fundamentales.

2. *La naturaleza jurídica del recurso de contrafuero*

La Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 ha sido la Ley fundamental que puede decirse ha instaurado un medio para hacer efectiva, real, la declaración contenida en el artículo 3.º de la ley de Principios del Movimiento, ampliándola a todas las Leyes fundamentales: el recurso de contrafuero.

«Es contrafuero —dice el artículo 59 de la Ley Orgánica del Estado—

(33) En cambio, el artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder judicial establece que «no podrán los Jueces, Magistrados y Tribunales: Aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes». «Me parece importante resaltar —dice CLAVERO ARÉVALO («Justicia constitucional y Justicia administrativa: Reflexiones sobre el recurso de contrafuero», *Anales de la Universidad Hispalense*, Serie: Derecho, núm. 4, 1969, página 4)... que en nuestro ordenamiento no existe, en relación con las leyes, un precepto análogo al artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder judicial que opera sólo con respecto a los reglamentos. Un juez en España no parece, en principio, que pueda dejar de aplicar en un litigio una ley porque la considere contraria a las leyes fundamentales. Sí puede, en cambio, dejar de aplicar un reglamento porque lo considere contrario a las leyes.»

«En ningún caso, ni aún en el supuesto de que no hubiera sido establecido el recurso de contrafuero —manifiesta L. SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del Juez*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1967, pág. 53—, deberíamos pensar, por razones de prudencia política y de tradición jurídica, en que los jueces pudieran declarar nula una ley por contradecir a la Ley de Principios del Movimiento o alguna de nuestras Leyes Fundamentales. Pero los Tribunales están obligados a ejercer sus virtudes pasivas: a interpretar de acuerdo con sus precedentes y con el precepto de rango superior que ha sido olvidado, a anular por vía indirecta de los defectos de procedimiento, a inhibirse frente a las cuestiones políticas con votos particulares que expresen adecuadamente la opinión del Tribunal sobre la cuestión de fondo.»

todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino. En garantía de los principios y normas lesionados por el contrafuero se establece el recurso ante el Jefe del Estado.»

El artículo 62, II, de la Ley Orgánica del Estado dispone que «el Consejo del Reino... propondrá al Jefe del Estado la resolución que proceda».

Antes de publicarse la ley de 5 de abril de 1968, reguladora del recurso de contrafuero, se había escrito que la propuesta del Consejo del Reino «ha de ser ratificada por el Jefe del Estado» (34), o que debe distinguirse entre la actual Jefatura, en su versión de Caudillaje, no obligada a la aceptación de la propuesta del Consejo del Reino, y la Jefatura del Estado, una vez cumplidas las previsiones sucesorias, que sí debe estar obligada a aceptar la propuesta de dicho Consejo (35).

Ante la Comisión de las Cortes que elaboró la citada ley de 5 de abril de 1968, el señor Pedrosa Latas hizo una sugerencia oral para que se dispusiera con claridad que la propuesta del Consejo del Reino era vinculante para el Jefe del Estado. Si esta tesis hubiera triunfado, el verdadero órgano resolutor del recurso de contrafuero hubiera sido el Consejo del Reino, pues su voluntad hubiera sido decisora del recurso. Pero triunfó la tesis contraria en razón de tres argumentos, que Fernández-Carvajal (36) resume así: «En primer lugar, la Ley Orgánica habla de manera clara y precisa de *propuesta* del Consejo del Reino y *resolución* del Jefe del Estado, y a tales términos había de plegarse lógicamente la ley reguladora del recurso. En segundo lugar, tanto la Ley Orgánica como la de las Cortes señalan, de modo exhaustivo e inequívoco, cuáles son los casos en que las propuestas del Consejo del Reino tiene carácter vinculante para el Jefe del Estado; y, en tercer lugar, porque al encomendar la Ley Orgánica al Jefe del Estado la defensa de las Leyes Fundamentales (art. 6.º)..., podría darse el caso de que el Jefe del Estado se viera forzado a aceptar una propuesta del Consejo del Reino quizá contraria, en su entender, a aquellos principios que la propia Constitución le obliga a salvaguardar.»

La ley reguladora del recurso de contrafuero dispuso, pues, que corres-

(34) D. SEVILLA ANDRÉS: *La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica Española*, cit., pág. 301.

(35) C. MARTÍNEZ ESTERUELAS: «Las funciones del Consejo del Reino», *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, núm. 152, marzo-abril 1967, págs. 264 y 265. «No obstante, de la letra de la Ley Orgánica del Estado —dice este autor— no se sigue categóricamente semejante interpretación.»

(36) *La Constitución Española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, pág. 38.

ponde al Jefe del Estado —«representante supremo de la Nación», «personificación de la soberanía nacional» (37), titular, junto con las Cortes, del poder legislativo (38)— resolver libremente el curso de contrafuero interpuesto contra las leyes ordinarias por el Consejo Nacional del Movimiento (39).

Pero cabe preguntarse si el Jefe del Estado, al resolver un recurso de contrafuero, ejercita su poder legislativo o un específico poder jurisdiccional que para este fin le ha conferido la Ley Orgánica del Estado. Si la resolución del recurso de contrafuero es un acto legislativo, nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes deberá calificarse de legislativo. Si aquella resolución es una sentencia, de jurisdiccional.

El Estado español responde al principio de la unidad del poder (art. 2.º de la Ley Orgánica) y el Jefe del Estado dispone de poderes públicos de diferente naturaleza. Dicha ley fundamental podía haber investido al Jefe del Estado de jurisdicción constitucional. Hubiera sido lógico a partir del principio de la unidad del poder, y aunque fuera ilógico no podría hacerse a dicha ley ninguna objeción con validez jurídica.

En el Pleno de las Cortes del día 3 de abril, el señor Fernández Cuesta, en el discurso de defensa del dictamen de la Comisión de Leyes Fundamentales sobre el proyecto de ley reguladora del recurso de contrafuero (40), dijo: «El sistema de defensa constitucional que establece nuestra Ley Orgánica es un sistema político-jurisdiccional, o sea que no encomienda la defensa de la Constitución al Parlamento, como sucede en el sistema legislativo, ni a los Tribunales, como sucede en el judicial, sino que procura evitar la supremacía de cualquiera de estos órganos clásicos del poder, manteniendo un

(37) Artículo 6.º de la Ley Orgánica del Estado.

(38) Hasta la Ley Orgánica del Estado el Jefe del Estado era titular único del poder legislativo (Vid. BOQUERA OLIVER: *Derecho administrativo y socialización*, AE, Madrid, 1965, págs. 65 a 67). El 12 de diciembre de 1966, en el discurso pronunciado a través de Televisión Española con ocasión del Referéndum nacional sobre el proyecto de dicha Ley (*Leyes Fundamentales del Reino*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1967, pág. 219), el Jefe del Estado dijo: «Me bastaba el derecho del que salva a una sociedad y la potestad que me conceden las leyes, para la promulgación de la Ley que tantos beneficios ha de proporcionar a la nación; pero, en bien del futuro, creo necesario que os responsabilicéis con su refrendo...» La propia Ley Orgánica del Estado modificó el artículo 1.º de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942 cambiando la frase «es misión principal de las Cortes la preparación y elaboración de las leyes...», por la de «es misión principal de las Cortes la elaboración y *aprobación* de las leyes...»

(39) Así se desprende de los artículos 1.º, 2.º y 20. La Exposición de Motivos de la Ley, dice: «La decisión sobre tan trascendental recurso compete al Jefe del Estado...»

(40) Información publicada en el diario *Pueblo* (Madrid) de 4 de abril de 1968.

equilibrio entre los mismos, un diálogo entre los elementos componentes del Consejo del Reino y aun entre éste y el Jefe del Estado. Tiene, sin embargo, nuestro sistema analogías con el legislativo, puesto que tanto el Consejo Nacional como la Comisión Permanente están constituídos por miembros de las Cortes, y en el Consejo del Reino hay predominio de los miembros procedentes del Parlamento. Tiene analogías también con el sistema judicial, en cuanto a la constitución de la Ponencia especial, de la que forman parte un presidente de Sala y un magistrado del Tribunal Supremo, y en cuanto al Consejo del Reino, está presidido por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia. Pero, aun dentro del sistema político jurisdiccional, el nuestro tiene características originales, puesto que la resolución del recurso se encomienda al Jefe del Estado, no a un Tribunal, como sucede en Francia, Italia y Alemania, constituido por representantes del Jefe del Estado, del Parlamento y de los Tribunales» (41).

A mí me parece que un sistema de defensa constitucional no puede calificarse de jurisdiccional o de legislativo porque participen unos u otros órganos en el procedimiento que se haya establecido (sobre todo si se ha rechazado en la Constitución el principio de la separación de los poderes, lo que permite a aquéllos ostentar poderes de naturaleza diferente), ni mucho menos en razón de los cargos que habitualmente desempeñan las personas que intervienen en la elaboración de la propuesta de resolución de la cuestión de constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la ley. La forma de ordenación de los trámites que integran dicho procedimiento tampoco puede ser criterio válido para la calificación del sistema. Por supuesto que el nombre que se le dé al mecanismo establecido no puede determinar su carácter jurisdiccional o legislativo. Creo que sólo la *naturaleza jurídica de la resolución que anula la ley ordinaria* es nota decisiva para la calificación del sistema. Si esta decisión tiene la autoridad de cosa juzgada, el sistema de defensa constitucional será jurisdiccional; si tiene el valor o fuerza de ley, será legislativo.

La naturaleza de un acto jurídico puede y debe fijarse —particularmente en Estados estructurados conforme al principio de la unidad del poder— atendiendo al acto mismo; prescindiendo de su autor.

Sobre la naturaleza del acto ley no creo necesario insistir después de lo que hemos expuesto en la primera parte de este trabajo. En cuanto al acto

(41) Con anterioridad MARTÍNEZ ESTERUELAS (Las funciones del Consejo del Reino, cit., pág. 263) también había dicho que «España se inserta, pues, en este sistema genérico, o, por mejor decir, en este capítulo compuesto de variados sistemas que se llama político-jurisdiccional y que, en verdad, es de *jurisdicción política*, dada la naturaleza de los órganos competentes».

jurisdiccional, G. Jèze (42) decía, que « es una resolución adoptada por el juez con fuerza de verdad legal y depende del legislador el otorgar o no a una decisión la fuerza de verdad legal, y, por consecuencia, el carácter de acto jurisdiccional ».

Jèze emplea dos criterios para definir el acto jurisdiccional: uno, orgánico, que la resolución sea de un juez, y otro, de eficacia jurídica, que la decisión tenga valor de verdad legal, o de verdad material, como suele decirse entre nosotros. Pero la característica realmente decisiva es la segunda: la jurídica. Cuando la ley confiere a un sujeto u órgano el poder de dictar actos con valor de cosa juzgada, con fuerza o eficacia de verdad material, aquel sujeto u órgano queda instituido o convertido en juez. El legislador otorga este valor a una declaración de voluntad concediéndole el beneficio de la preclusión *iuris et de iure* de veracidad.

La pregunta, pues, que debemos tratar de contestar para averiguar cuál es el carácter de nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes es la siguiente: ¿La resolución del recurso de contrafuero es un acto jurisdiccional o legislativo? ¿Cuando el Jefe del Estado resuelve un recurso de contrafuero actúa como juez o como legislador? La respuesta nos dirá, también, cuál es el valor de nuestras leyes ordinarias.

En la Ley Orgánica del Estado y en la Ley de Recurso de Contrafuero yo no he encontrado una respuesta clara a la anterior pregunta. Para tratar de contestarla acertadamente tendremos, por consiguiente, que valernos de todos los elementos interpretativos disponibles, y, en primer lugar, de los llamados trabajos preparatorios de dichas leyes. No he tenido oportunidad de conocer los que precedieron a la Ley Orgánica del Estado. Sí he podido conocer, por las informaciones de prensa primordialmente, los que sirvieron para redactar la ley de 5 de abril de 1968.

A) *Los trabajos preparatorios de la Ley de Recurso de Contrafuero.*— Cuando en la Comisión de Leyes Fundamentales de las Cortes se discutía la que después fue ley de 5 de abril de 1968, el procurador señor García Hernández (43) defendió una enmienda al artículo 3.º del Proyecto en el sentido de que no sólo las «leyes elaboradas y aprobadas por las Cortes y sancionadas por el Jefe del Estado», como decía aquél, sino también las leyes dictadas por el Jefe del Estado en virtud de las prerrogativas que tiene conferidas por

(42) «De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel», *Revue du Droit Public*, núm. 2, 1913, pág. 437.

(43) Información publicada en el diario *Pueblo* (Madrid), el día 21 de febrero de 1968, pág. 4.

las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, debían ser objeto del recurso de contrafuero.

El ponente señor Fernández Cuesta (44) le contestó que parecía un contrasentido que el propio Jefe del Estado fuera a resolver un recurso contra un acto dictado por él mismo. Creemos nosotros que el contrasentido se produce igualmente con respecto a las leyes votadas en Cortes, pues en éstas también es necesario que el Jefe del Estado, mediante la sanción, sume su voluntad a la de las Cortes para que la ley exista (45).

El señor Herrero Tejedor, en apoyo de la tesis del señor García Hernández, contestaba al argumento del ponente con estas palabras (46): «No se trata de una fiscalización de los actos del Jefe del Estado, que es libre de aceptarla. *Lo que se le da es la posibilidad de revisión de sus actos por sí mismo.*»

La discusión parlamentaria brevemente recordada, la apreciación del señor Fernández Cuesta y, muy especialmente, las frases del señor Herrero Tejedor, muestran que los autores de la ley de 5 de abril de 1968 pensaron que el recurso de contrafuero era un medio que ofrecían al Jefe del Estado para que tuviera la oportunidad de revisar las leyes; en otras palabras, concibieron el recurso de contrafuero como un procedimiento extraordinario para la derogación o abrogación de leyes ordinarias anticonstitucionales. El recurso de contrafuero da al Jefe del Estado, titular de poder legislativo, la posibilidad de revisar los actos legislativos.

(44) Diario *Pueblo*, 21 de febrero de 1968, pág. 4.

(45) En el mismo sentido FERNÁNDEZ CARVAJAL: Ob. cit., pág. 102. La sanción del Jefe del Estado no tiene la misma significación para la creación de las leyes en todos los Estados (véase BISCARETTI DI RUFFÍA: «Sanzione, assenso e veto del Capo dello Stato nella formazione della legge negli ordinamenti costituzionale moderni», *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, págs. 241 y sigs.), pero en el nuestro, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes Fundamentales, tiene el carácter que de ella afirmamos en el texto. La prueba nos la ofrece el artículo 17 de la Ley de Cortes, que permite a aquél devolver «una ley a las Cortes para nueva deliberación», sin que nada se disponga sobre la posibilidad de que aquéllas insistan ante el Jefe del Estado hasta imponerle su voluntad. La libertad del Jefe del Estado para devolver una ley a las Cortes ha sido limitada por la modificación que en dicho precepto introdujo la ley de 10 de enero de 1967, pues se exige «dictamen favorable» del Consejo del Reino, pero éste es un órgano exterior a las Cortes y asesor del Jefe del Estado. Difícilmente puede pensarse que sea apto para obligarle a sancionar una ley. La ley de 23 de julio de 1967, orgánica del Consejo del Reino, parece intentar disminuir la significación de dicho dictamen al distinguir en su artículo 17, II, entre «dictamen o acuerdo favorable del Consejo», lo que en la realidad resultará verdaderamente difícil.

(46) Diario *Pueblo*, 21 de febrero de 1968, pág. 4.

B) *El preámbulo de la ley de 5 de abril de 1968.*—En segundo lugar, el preámbulo de la ley de 5 de abril de 1968, elemento interpretativo de primer orden de su contenido, nos dice que el recurso de contrafuero constituye «una suprema instancia política en la que la decisión compete al Jefe del Estado, representante supremo de la Nación, cuya soberanía personifica, excluyéndose del contrafuero aquellas leyes que hubieren sido aprobadas por referéndum nacional».

La calificación del recurso de contrafuero como «suprema instancia política» parece hacer referencia a su finalidad —la defensa del orden político fundamental— y, quizá también, al defensor de ese orden, el Jefe del Estado. Dicha calificación no es, pues, muy expresiva con respecto al problema concreto que ahora nos ocupa. En cambio, sí parece significativo que el preámbulo subraye que el Jefe del Estado resuelve el recurso en su calidad de representante supremo de la Nación, en cuanto personifica la soberanía, y que las únicas leyes que quedan fuera del alcance del mismo son las aprobadas por referéndum nacional. Digo que todo esto sí es significativo, porque sólo el constituyente y el legislativo son poderes soberanos. Las manifestaciones del primero —leyes aprobadas mediante referéndum nacional— quedan, lógicamente, al margen de un instrumento que tiene por finalidad defender leyes constitucionales o fundamentales. Las manifestaciones del segundo, del poder legislativo, también poder soberano, se destruyen por el titular de ese mismo poder cuando las considera contrarias a las leyes fundamentales.

C) *El contenido de la ley de 5 de abril de 1968.*—Por último, algunos preceptos de la ley apoyan, aun cuando muy débilmente, la consideración del recurso de contrafuero como medio para derogar las leyes ordinarias contrarias a las leyes fundamentales. En primer lugar, el artículo 20, en relación con el 19, puesto que dispone que la estimación del recurso tiene por consecuencia la nulidad absoluta del acto legislativo impugnado, pudiéndose determinar expresamente los efectos de la nulidad acordada (47). Este es el efecto propio de la derogación de las leyes. En cambio, no es normal que una sentencia pueda declarar la nulidad radical de un acto jurídico y simultáneamente determinar qué efectos del mismo deben considerarse válidos.

Se ha afirmado que no es un órgano legislativo el que anula una ley y

(47) «Pudiéramos decir que el órgano decisor tiene una cierta facultad normativa en orden a los aspectos transitorios derivados de la nulidad declarada —manifiesta CLAVERO ARÉVALO: *Justicia constitucional y justicia administrativa...*, cit., pág. 27—, como expresamente se desprende del apartado c) del núm. 4 del art. 19 de la ley reguladora del recurso de contrafuero.»

en su lugar no dicta otra nueva. En contra de la anterior afirmación se ha argumentado que anular una ley es ejercitar, aunque sólo sea negativamente, una función legislativa, sobre todo si se tiene en cuenta que la anulación de una ley puede significar que recobre su vigencia la ley anterior que aquélla derogó (48).

En segundo lugar, aun cuando el argumento tiene menos valor que el anterior, la exigencia de que la resolución del recurso, como toda ley, se inserte en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 21) forma de publicación que es requisito necesario para que aquélla produzca efectos, también inclina a pensar que la ley de 5 de abril de 1968 entiende que dicha resolución es un acto legislativo.

D) *Conclusión.*—El recurso de contrafuero es una petición del Consejo Nacional del Movimiento dirigida a uno de los titulares del poder legislativo, al Jefe del Estado, para que derogue las leyes ordinarias que entienda contrarias a las leyes fundamentales. Quizá no sean rotundos y decisivos los argumentos expuestos en favor de esta conclusión. Pero creo que lo serán mucho menos los que puedan esgrimirse en favor de la tesis de que dicho recurso es jurisdiccional (49). Sólo la resonancia judicial de su nombre; la forma de tramitación que se le ha dado; la circunstancia de que el presidente del Tribunal Supremo presida el Consejo del Reino cuando éste debe emitir dictamen-propuesta sobre la constitucionalidad de una ley, y otros datos todavía de menor trascendencia, pueden aportarse como síntomas, más que como argumentos, en favor de dicha tesis (50).

(48) Vid., sobre esta cuestión, N. PÉREZ SERRANO: *La noble obra política de un Gran Juez (Juan Marshall)*, cit., págs. 40-47.

(49) No parece aceptable que en una ordenación constitucional en la que los miembros del Consejo Nacional del Movimiento (como procuradores en Cortes), las Cortes y el Jefe del Estado participan conjuntamente en la formación de la ley, en el recurso de contrafuero el Consejo Nacional del Movimiento asuma el papel de acusador de la ley, las Cortes el de acusado del contrafuero y el Jefe del Estado el de Juez. El Consejo Nacional del Movimiento «no es una segunda Cámara que actúe con separación de las Cortes en la elaboración de las leyes —dice L. DE LA FUENTE («El Consejo Nacional en la Ley Orgánica del Estado», *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, núm. 152, 1967, pág. 125)—, pero es una Cámara que participa en la elaboración de las leyes porque sus miembros actúan conjuntamente con los demás procuradores en la Cámara Legislativa». El Jefe del Estado también participa en la elaboración de las leyes y no puede considerarse ajeno a las dictadas con vicio de contrafuero. Los que consideran que la imparcialidad es nota característica de la función jurisdiccional rechazarán, por la sola circunstancia de que el Jefe del Estado interviene decisivamente en la creación de las leyes, la tesis de que el recurso de contrafuero es un recurso jurisdiccional.

(50) Para FERNÁNDEZ CARVAJAL (*La Constitución Española*, cit., pág. 36) el recurso

VI

EL VALOR JURÍDICO DE NUESTRAS LEYES ORDINARIAS

Con nuestro sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, el poder legislativo no ha dejado de ser un poder libre, incondicionado, soberano; las leyes siguen derogándose única y exclusivamente por otras leyes posteriores. En resumen, en nuestro país, después de la instauración del recurso de contrafuero, las leyes ordinarias continúan con el mismo valor que tenían antes de establecerse dicho recurso.

El poder legislativo continúa siendo un poder jurídicamente ilimitado. De conformidad con su intención fundamental, el recurso de contrafuero constituye un instrumento político de posible presión del Consejo Nacional del Movimiento sobre el Jefe del Estado para que éste derogue actos legislativos que ha sancionado (51), pero no puede considerarse un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

de contrafuero adopta «una significativa *forma mixta*, pues aun siendo fundamentalmente político sigue una tramitación de carácter marcadamente judicial y los órganos políticos que en él entienden (Consejo del Reino y Ponencia Asesora) se nutren parcialmente de magistrados».

HERRERO TEJEDOR («El Estado de Derecho en las Leyes Fundamentales españolas», REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núm. 152, pág. 201) entiende que no da la Ley Orgánica del Estado al recurso de inconstitucionalidad una solución estrictamente jurisdiccional, como en otros países, seguramente porque domina la idea del poder o función distinto de las restantes funciones coordinadas en que la unidad de poder se distribuye. Pero sí introduce en cierta manera un relativo principio de judicialidad al establecer un dictamen de una Ponencia presidida por un presidente de Sala del Tribunal Supremo e integrada, entre otros, por un magistrado de este Alto Tribunal, además de que para estas funciones el Consejo del Reino está presidido por el presidente del Tribunal Supremo. En párrafo anterior afirma que la resolución del recurso por el Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, dibuja perfectamente «la figura de una función distinta de la legislativa, ejecutiva y la jurisdiccional, y, en cierto modo, con funciones de control superior».

El carácter jurisdiccional de los Tribunales constitucionales también ha sido ampliamente discutido. Sobre la naturaleza de la Corte Constitucional italiana, véase RUBIO LLORENTE: Ob. cit., págs. 8-14, y P. BARILE: «La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazione pratiche», en *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padua, 1967, páginas 226 y sigs.

(51) El Consejo Nacional del Movimiento se erige así —dice HERRERO TEJEDOR: Ob. cit., pág. 201— «en defensor especialísimo de la constitucionalidad, como guardián de los Principios del Movimiento a quien colegiadamente representa, y no parece tampoco excesivo pensar que se ha tenido en cuenta la naturaleza propia del

Nuestro Derecho público puede, pues, continuar sistematizándose de acuerdo con cuatro categorías de actos jurídico-públicos: los actos con fuerza de ley, las sentencias, los actos políticos y los actos administrativos.

VII

LA CONVENIENCIA DE UNA FISCALIZACIÓN JURISDICCIONAL
DE LAS LEYES

Todavía, pues, podemos preguntarnos si en nuestro país no sería conveniente crear y establecer una auténtica fiscalización jurisdiccional de las leyes ordinarias. De este modo el poder legislativo encontraría límites jurídicos que ahora no tiene.

En esta materia las soluciones están muy condicionadas por circunstancias y conveniencias políticas, incluso por sentimientos. La desconfianza o confianza hacia el legislador es la causa principal que inclina o no hacia ese «gran descubrimiento del pensamiento moderno en el campo del Derecho constitucional y público», como dice Cappelletti (52), que es la superioridad absoluta de la Constitución, hecha efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional de las leyes. A partir sólo de premisas jurídicas no suelen adoptarse decisiones sobre el particular. Pero, naturalmente, cabe una opinión en Derecho que, en esta ocasión, es la única que muy brevemente me permito dar.

Para ello me apoyaré en la autoridad del profesor Artur Kaufmann que, en breve pero excelente trabajo sobre «Estado de la ley» y «Estado de Derecho» (53), recuerda que en los siglos XVII y XVIII el iusnaturalismo racionalista liberó al juez de la ley con el resultado no del triunfo del Derecho natural sino de la perversión del Derecho, pues a la justicia le substituyó el puro arbitrio. La reacción contra el arbitrio judicial, encarnada en el positivismo jurídico o mejor legislativo —continúa Kaufmann—, colocó a la ley sobre el juez e

Movimiento, "comunidad de los españoles en los Principios" y orden político abierto a todos los españoles, para que en este caso defienda los principios y preceptos constitucionales en nombre del pueblo español». El recurso de contrafuero —manifiesta FERNÁNDEZ CARVAJAL: Ob. cit., pág. 42— «está concebido como un instrumento fundamentalmente político...»

(52) *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1968, pág. VII.

(53) En *Dottrina, Teoria Generale e Filosofia del Diritto*, «Stato di Diritto e Stato di Giustizia», Atti del VI Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto, II (Comunicazioni), Milán, Giuffrè, 1964, págs. 214 y sigs.

hizo posible que la ley se convirtiera en uno de los más terribles y eficaces instrumentos del Poder. Por eso, concluye el citado autor, «el verdadero Estado de Derecho se encuentra a mitad del camino entre justicia y seguridad jurídica, entre libertad y disciplina, entre forma y contenido. El problema del Estado de Derecho es sólo éste: encontrar la justa medida.» Problema verdaderamente difícil. En nuestras actuales circunstancias, para conseguir la justa medida quizá lo más inmediatamente necesario sea esforzarse por devolver a la ley su perdido prestigio, que posiblemente recobrará cuando sólo sean leyes las normas generales —los mandatos que a todos interesen nacidos de órganos que representen, en el mayor grado posible, a toda la comunidad—. Después quizá fuera oportuno intentar una prudente contención del poder del legislativo por el de los jueces.

JOSE M.^a BOQUERA OLIVER

R É S U M É

L'auteur se propose d'étudier les répercussions que le recours de "contra-fuero" (de contre-jurisdiction) établi par la Loi Organique de l'Etat, du 10 janvier 1967, a eu sur la valeur juridique des lois ordinaires.

L'affirmation selon laquelle des lois ordinaires ont une valeur juridique maximum souffre une sérieuse faille lorsque s'établit dans une ordonnance juridique la fiscalisation juridictionnelle de ces mêmes lois. La possibilité d'annulation des lois ordinaires contraires aux lois fondamentales ou constitutionnelles subordonne celles-là à celles-ci. Les lois ordinaires ne sont plus des actes juridiques inconditionnels, souverains, mais ils se convertissent en des actes dont la validité et l'efficacité dépendent de leur respect envers la Constitution. Mais toutes les formes de contrôle de la constitutionnalité des lois n'ont pas une nature juridictionnelle. Dans certains pays, il s'agit seulement d'éviter que naissent des lois qui aient des vices d'inconstitutionnalité; en réalité, on fiscalise les projets de lois. Dans d'autres pays, les systèmes de fiscalisation des lois ordinaires ont un caractère législatif et, dans beaucoup d'entre eux, il n'existe aucun moyen d'annuler les lois contraires à la Constitution.

En conséquence, pour déterminer la répercussion du recours de contre-jurisdiction sur la valeur juridique des lois ordinaires il en résulte indispensable de s'assurer si ce recours est un authentique moyen de fiscalisation judiciaire des lois ou s'il a une nature différente. Diverses opinions ont été exposées sur ce thème, quelques unes pendant la délibération de la Loi du 5 avril 1968,

régulatrices du recours de contre-juridiction. L'examen des travaux préparatoires de la loi précédemment citée, l'exposé de ses motifs et son propre contenu permettent de conclure que le recours de contre-juridiction est un procédé qui permet au Chef de l'Etat de déroger par une mesure extraordinaire les lois ordinaires qu'il considère contraires aux lois fondamentales. Cette décision du Chef de l'Etat n'a pas le caractère d'un acte judiciaire, mais législatif, car elle a une valeur souveraine et non pas de chose jugée appuyée sur une présomption insis et de inre de véracité. En Espagne, les lois ordinaires sont seulement dérogées par d'autres lois postérieures. Une loi dérogratrice représentera la manifestation de volonté qu'exprime le Chef de l'Etat en résolvant le recours de contre-juridiction. Le recours de contre-juridiction n'a pas altéré la valeur des lois ordinaires en Espagne. Le pouvoir législatif ordinaire continue à être aussi libre, inconditionnel, et souverain.

Dans le cas supposé d'une effective transformation des lois ordinaires en actes subordonnés aux lois fondamentales, le Droit public espagnol se serait trouvé face à cinq actes juridiques de différente force et efficacité, lois fondamentales, lois ordinaires, sentences, actes politiques et actes administratifs. Mais il peut encore se systématiser en fonction des catégories lois, sentences, actes politiques et actes administratifs.

S U M M A R Y

The author studies the repercussions that the means to appeal, established by the Organic Law of State of January 10th. 1967, has had on the juridical value of the ordinary laws.

The affirmation that the ordinary laws have maximum juridical value rather falls down when a juridical set of laws establishes a jurisdictional control over same. The possibility of annulment of ordinary laws contrary to the fundamental or constitutional laws makes the former subordinate to the latter. The ordinary laws cease being uncontrolled, sovereign juridical acts, but are converted into acts the validity of which depends entirely upon the respect paid to the Constitution. But not all the laws are of a jurisdictional kind. In some countries it is only to try and stop laws appearing with unconstitutional vices; indeed the actual bills themselves are controlled. In other countries the systems of control of the ordinary laws are of a legislative kind and, in many cases, there exists no means of annulling laws contrary to the Constitution.

Consequently, in order to determine the repercussion that the means to appeal has over the juridical value of ordinary laws, it is essential to find out

if said appeal is and authentic means of juridical control of the laws, or if it is of a different kind. Different opinions have been voiced regarding the subject, some of them during the debate of the Law of April 5th, 1968 regulating the means to appeal. The investigation into the preparatory work of this law, the motives and the very contents of same allow us to conclude that the means to appeal is a procedure by which the Head of State is able to modify any ordinary laws that he considers to be contrary to the fundamental laws. This decision of the Head of State is a legislative act, not a judicial one, because it has sovereign value and is not something that is judged based on an *in insis et de inre* presumption of veracity. In Spain ordinary laws are only modified by subsequent later laws. A modifying law is really the manifestation of will that the Head of State expresses on resolving the means to appeal. The means to appeal has not altered the value of the ordinary laws in Spain. The ordinary legislative power is still free, incontrolled, and sovereign.

In the case of an effective transformation of ordinary laws into acts subordinate unto the fundamental laws, Spanish Public Law would have had to admit five juridical acts of different force or efficiency, fundamental laws; ordinary laws, sentences, political acts and administrative acts. As it is the system can still be centred about laws, sentences, political acts and administrative acts.