

DOS MODOS DE REGULACION DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: CHECOSLOVAQUIA (1920-1938) Y ESPAÑA (1931-1936) *

PEDRO CRUZ VILLALON

SUMARIO: I. Sentido de una comparación: El derecho del control de constitucionalidad.—II. El sujeto del control: La individualización de la norma constitucional.—III. El objeto del control: Las normas «exentas».—IV. Las formas de identificación de la inconstitucionalidad.—V. Las modalidades del control.—VI. El órgano de control.—VII.—La legitimación.—VIII. Los efectos de la apreciación de inconstitucionalidad.—IX. Conclusión.

I. SENTIDO DE UNA COMPARACIÓN: EL DERECHO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Hace ahora cincuenta años España era el tercer Estado en incorporar a su ordenamiento el tipo de control de constitucionalidad, que, para evitar cualquier juicio de valor, se prefiere designar *more geographico* como sistema «europeo» y que supone, en síntesis, la concentración en un órgano *ad hoc* de la función de apreciar la inconstitucionalidad de las normas con rango legal, al margen de cualquier incidencia procesal y con efectos vinculantes *erga omnes* (1).

Los dos Estados que la habían precedido en la adopción de este

(*) Ponencia presentada al II Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política; Sevilla, 30 de septiembre, 1 y 2 de octubre de 1981. Deseo expresar mi agradecimiento a la Max-Planck-Gesellschaft, así como al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, por su apoyo en la elaboración de este trabajo.

(1) Cfr., p. ej., CAPPELLETTI, M.: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, 1968; últimamente, id.: «Necessité et légitimité

sistema son, como es sabido, Checoslovaquia y Austria, a través de sus respectivas Constituciones de 29 de febrero y 1 de octubre de 1920, siendo España el primer Estado en seguir el ejemplo de aquéllos once años más tarde, a través de su Constitución de 9 de diciembre de 1931. Bien es verdad que tanto el ordenamiento suizo como el alemán de Weimar contaban con un control de esta naturaleza sobre la legislación cantonal o de los *Länder*, pero la exclusión de dicho control sobre la legislación federal de ambos Estados impide, por su importancia, equiparar estos ordenamientos a los anteriores en lo que a esta materia se refiere (2). Por fin, cabe también hacer abstracción del específico caso de Colombia, a pesar de contar con un sistema de control abstracto desde 1910, y ello aunque sólo fuera por tratarse de un sistema que se articula en ausencia de un órgano de control *ad hoc* (3). De este modo, al producirse la intensa actividad constituyente de la segunda posguerra mundial, la experiencia histórica con que se cuenta en este tipo de control de constitucionalidad es, básicamente, la de los Tribunales Constitucionales de estos tres Estados.

La incorporación al ordenamiento jurídico de un sistema de control de esta naturaleza planteaba, sin embargo, una serie de problemas que pueden considerarse ausentes en el llamado sistema «americano». En efecto, este último deriva toda su articulación de un solo principio, el del derecho —y el deber— de los jueces y tribunales de examinar la constitucionalidad de las normas legales que deban aplicar

de la justice constitutionnelle», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, t. 33 (1981), pp. 825-857. Cfr., entre nosotros, TRUJILLO, G.: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, La Laguna, 1970, y, recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, t. 1 (1981), pp. 35-131.

(2) Una exposición reciente, clara y sintetizada en este sentido, HALLER, H.: *Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle*, Viena, 1979, pp. 57-61. Cfr. también SCHEUNER, U.: «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübinga, 1976, vol. I, pp. 1-62; IMBODEN, M.: «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 1981, Colonia, 1982, pp. 506-526. Parece discutible, por lo demás, a este respecto, la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA (cit. n. 1, p. 45), en el sentido de que «en el Tribunal de Garantías Constitucionales de nuestra Constitución de 1931 influye mucho más el sistema de Weimar que el austriaco».

(3) Cfr. SÁCHICA, L. C.: *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, 1978; UPRIMNY, L.: «Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart...*, cit., n. 2, pp. 338-391.

(*judicial review, richterliche Gesetzesprüfung*), no siendo el resto sino consecuencias lógicas extraídas de dicho principio (que no es él mismo, por lo demás, sino una derivación del principio de superioridad de la norma constitucional): el carácter «incidental» —o «concreto»— del control, la nulidad —es decir, *ex tunc*— de la norma inconstitucional, la restricción de la no aplicación de la misma al solo caso controvertido, etc. (4). En este sistema el derecho del control de constitucionalidad no es, pues, ni tan siquiera derecho «escrito», no es ni siquiera necesario que el «control judicial» se halle expresamente consignado en la Constitución. De hecho, por ejemplo, para la escuela vienesa, el principio del «control judicial» no necesita de proclamación constitucional alguna, siendo una consecuencia lógica y necesaria de la jerarquía normativa (*Stufenbau*); es más, sólo a partir de una expresa prohibición constitucional de dicho «control judicial», como era tradicional en Austria, se abría la posibilidad —e incluso se imponía la necesidad— de arbitrar otro sistema de control (5).

Pues bien, este otro sistema de control, el que sería conocido como «europeo», iba a plantear, a diferencia del «americano», el problema de su regulación positiva, de su «positivización». En efecto, a partir de la prohibición o exclusión —aun cuando no sea más que implícita— del principio del «control judicial» se plantea la necesidad no sólo de atribuir a un órgano constitucional la función de apreciar la inconstitucionalidad de una norma, sino, sobre todo, la de crear y organizar dicho órgano; se hace preciso además regular determinados aspectos funcionales de dicho control, como son, muy especialmente, el de la *legitimación* —es decir, la determinación de los órganos facultados para impunar «directamente» la constitucionalidad de una norma— y el del alcance «espacial» y «temporal» de la apreciación de inconstitucionalidad. Con independencia de ello, esta regulación puede ser la ocasión para redefinir la norma constitucional con vistas a su función de *parámetro* de la constitucionalidad de las restantes normas,

(4) El conocido «silogismo» del juez Marshall en la sentencia *Marbury vs. Madison*. Vid. el pasaje más interesante de la misma recientemente reproducido en GARCÍA DE ENTERRÍA: *cit.*, n. 1., pp. 80-81. Acerca de las circunstancias «no carentes de comicidad» que precedieron a la sentencia, cfr. la lección inaugural de STOURZH, G.: *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert*, Graz, 1974, pp. 28 y ss. Más allá del «silogismo» el resto del derecho (teoría de las *political questions*, etc.), es de creación judicial.

(5) Una crítica coetánea de este planteamiento en la breve pero excelente monografía de HARTMANN, P.: *Die Überprüfung der Gesetze nach tschechoslowakischem Rechte. Eine dogmatische Untersuchung*, Praga, 1928, pp. 6-9.

así como para tipificar los aspectos bajo los cuales una norma puede incurrir en inconstitucionalidad (6).

Se asiste, así, a la aparición de un nuevo derecho, con sus propias exigencias de racionalización interna. Entre las cuales no es la menor la de decidir qué normas del mismo deben tener, por su propia naturaleza, rango constitucional—qué es lo que la Constitución debe ineludiblemente decir en lo relativo al control de constitucionalidad—y qué es lo que, por el contrario, es susceptible de quedar confiado a una ley ordinaria, sometida ella misma al control de constitucionalidad; incluso, finalmente, qué materias pueden quedar relegadas al poder reglamentario, aunque ello plantee el problema de a quién deba quedar confiado aquél.

Es en este momento cuando aparece la oportunidad de un análisis que utilice los instrumentos del derecho comparado, derecho en este caso histórico. En efecto, son las primeras experiencias de regulación positiva del control de constitucionalidad las que pueden poner de manifiesto las dificultades que la—real o supuesta—«racionalización» del control de constitucionalidad plantea. Dificultades que en unos casos son ciertamente objetivas—e. g. la precisión del alcance temporal de los efectos de la apreciación de inconstitucionalidad—, pero que en otros, como tendremos ocasión de ver, proceden sin duda de las resistencias del constitucionalismo—éste sí— europeo a admitir sin «arrepentimientos» la lógica de la supremacía de la norma constitucional.

En este sentido, la experiencia de los ordenamientos históricos checoslovaco (1920-1938) y español (1931-1936) han parecido especialmente ilustrativas de dicha situación. De otra parte, se trata de ordenamientos que han tenido como obligado—si bien nunca sistemático— punto de referencia el ordenamiento austriaco, quien en pocos años se convertiría en el paradigma del llamado sistema «europeo», tanto por su eficacia y capacidad de perfeccionamiento como por la obra de teorización, de divulgación y, no en último término, de participación directa de HANS Kelsen (7). Una contrastación directa de ambos ordenamientos puede, por tanto, tener también este sentido de

(6) De forma que, como un efecto reflejo, la misma norma constitucional puede verse afectada por la previsión constitucional de mecanismos de control de constitucionalidad: Típicamente, la disposición transitoria segunda de la Constitución de 1931.

(7) Una «resituación», no ausente de oportunidad, de la aportación de Kelsen al nacimiento del sistema «europeo», en HALLER, H.: *Hans Kelsen, — Schöpfer der verfassungsgewärtigen Gesetzesprüfung?*, Viena, 1977 (mecanografiado); ahora incorporado como capítulo primero de la obra del mismo *Die Prüfung...*, cit., n. 2.

acercamiento de dos experiencias, si se quiere marginales comparadas con la austríaca, pero con específicos e indudables puntos de interés (8).

II. EL SUJETO DEL CONTROL: LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Pasando ya, sin más, al análisis contrastado del derecho del control de constitucionalidad checoslovaco y español, y comenzando por el presupuesto de cualquier control de esta naturaleza, la existencia de una norma constitucional formalmente identificada con supremacía respecto del resto del ordenamiento, debemos señalar antes que nada que sólo el ordenamiento checoslovaco contiene una proclamación expresa y tajante de la subordinación de las leyes a la Constitución: «Son inválidas las *leyes contrarias a la Carta Constitucional, a sus partes integrantes, así como a las leyes que la modifican y completan*» (art. I.1 de la Ley Introductoria a la Carta Constitucional de la República Checoslovaca, en adelante LICCRCh). Ocasión tendremos de volver sobre este aspecto con el que se abre el ordenamiento constitucional checoslovaco de 1920; añadamos, de momento, que la

(8) El Estado checoslovaco moderno tiene su origen el 28 de octubre de 1918 en forma de un manifiesto del «Comité Nacional», así como a través de una Ley del mismo, de la misma fecha, en la que éste se autoproclamaba «ejecutor de la soberanía nacional». Se trataba éste de un comité revolucionario integrado por 214 miembros designados directamente por los partidos checos en la misma proporción en la que éstos se hallaban representados en el Reichsrat vienés a raíz de las últimas elecciones, de 1911 («fórmula Svehla»), a los que se sumaron 40 miembros eslovacos, con exclusión de las demás minorías. Posteriormente, este Comité Nacional se autocalificó «Asamblea Nacional» por medio de la Constitución provisional de 13 de noviembre de 1918, modificada el 13 de mayo de 1919, siendo esta misma Asamblea Nacional la que aprobaría la Constitución definitiva («Carta Constitucional») a través de la «Ley Introductoria a la Carta Constitucional», de 29 de febrero de 1920. La Carta Constitucional checoslovaca, por muchas razones una de las más interesantes del constitucionalismo de entreguerras, permanecería en vigor sin modificación alguna hasta los acuerdos de Munich de septiembre de 1938, tras los cuales el Estado checoslovaco entró en un rápido proceso de descomposición que concluiría el 16 de marzo de 1939 con la instauración sobre el mismo del Protectorado alemán de Bohemia y Moravia. Prácticamente la única monografía reciente sobre la I República Checoslovaca, con acento en las instituciones de Derecho Público, de que tengamos noticia, es la obra de LIPSCHER, L.: *Verfassung und politische Verwaltung in der Tschechoslowakei. 1918-1939*, Munich, 1979; sin embargo, apenas contiene datos respecto del tema que nos ocupa. Una obra coetánea muy interesante acerca de la aportación de la Carta checoslovaca al desarrollo del constitucionalismo, ADLER, F.: *Die Grundgedanken der tschechoslowakischen Verfassungsurkunde in der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsrechts*, Berlín, 1927.

Constitución de la República Española (en adelante CRE) carece de un precepto equivalente, deduciéndose esta subordinación de la referencia en su artículo 121, a), a un «recurso de inconstitucionalidad de las leyes».

Pero importa más, a efectos prácticos, el conocer las condiciones formales del procedimiento de revisión de las normas constitucionales, y a este respecto hay que decir que las garantías de rigidez de la Constitución española son, como mínimo, tan estrictas como las de la eslava, si bien de diferente naturaleza: mientras el artículo 125 CRE pone el acento—a partir de «los primeros cuatro años de vida constitucional»—en la disolución de la Cámara y consiguientes elecciones generales, el parágrafo 33 de la Carta Constitucional de la República Checoslovaca (en adelante CCRCh) fundamenta la rigidez constitucional en una elevada mayoría cualificada (dos tercios) en ambas Cámaras. Llama la atención, sin embargo, el laconismo y la falta de autonomía con la que aparece regulada esta materia: «33. Para tomar una decisión sobre una declaración de guerra, para la modificación de esta Carta Constitucional y de sus partes integrantes se requiere mayoría de dos tercios de todos los miembros de cada Cámara.» Por lo demás, anteriormente el artículo I.2 LICCRCh había especificado: «La Carta Constitucional y sus partes integrantes sólo pueden ser modificadas o completadas por leyes que sean designadas como leyes constitucionales»; también será preciso volver sobre esta disposición.

Ahora bien, en ninguno de los dos ordenamientos la norma constitucional se plasma en un documento único, lo que tendrá interés para el tema que nos ocupa. En efecto, por lo que hace a Checoslovaquia ya hemos tenido ocasión de indicar cómo la Carta Constitucional va precedida de una «Ley Introductoria» de aquélla, algunos de cuyos artículos son declarados «parte integrante» de la Constitución (9). Además de ello hay una serie de leyes que, por imperativo de la Constitución, tienen rango constitucional: así, la Ley sobre el Ordenamiento Lingüístico, de 29 de febrero de 1920, en virtud del parágrafo 129 de la CCRCh; la Ley de 9 de abril de 1940, sobre la pro-

(9) Concretamente, las disposiciones enumeradas en el artículo VII LICCRCh. La edición más completa, en lengua alemana, del Derecho Público de la I República Checoslovaca es la de R. SCHRÁNIL y F. JANKA: *Das öffentliche Recht der tschechoslowakischen Republik*, Praga, 1934-1938, 4 vols., citado en adelante *Schránil-Janka*. Para el derecho de los primeros años de la República, cfr., EPSTEIN, L.: *Studienausgabe der Verfassungsgesetze der tschechoslowakischen Republik*, Reichenberg, 1923.

tección de la libertad de la persona, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en virtud de los párrafos 107, 112 y 116 CCRCh (10); tres leyes de fijación de fronteras, en virtud del párrafo 3.1 CCRCh (11) y otras dos de regulación de las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad (12), leyes estas últimas en estrecha relación con las condiciones de creación del Estado checoslovaco. Citemos finalmente la Ley Constitucional de 9 de abril de 1920, que autoriza a los ministros (¡con efecto retroactivo!) a ser sustituidos por otros miembros del Gobierno en la firma de las leyes, necesaria en virtud de una peculiaridad de la Constitución checoslovaca que venía siendo incumplida (13).

La situación del ordenamiento español es bastante más simple, ante todo por el hecho de carecer de la categoría, prácticamente «abierta», de normas—se entiende constitucionales— «que complementan» a la Constitución. En principio, el Derecho constitucional español se halla exclusivamente contenido en la Constitución de 9 de diciembre de 1931, debiendo producirse cualquier modificación o ampliación de este derecho como reforma expresa del texto de la mencionada Constitución. Hay, sin embargo, ante todo, una excepción a este principio, la de la Ley de Procedimiento para exigir responsabilidad al presidente de la República, de 1 de abril de 1933, prevista con tal carácter en el artículo 85 CRE, y cuyo artículo adicional prevé un procedimiento de reforma de la misma que, consecuentemente, coincide con el artículo 125 CRE. La otra excepción, bastante más peculiar, es, como se sabe, la contenida en la disposición transitoria segunda de la Constitución, que otorgaba «rango constitucional transitorio» a un par de leyes, la que fijaba las facultades de la Comisión de Responsabilidades y la de «defensa de la República», de 27 de agosto y de 21 de octubre de 1931, respectivamente (14).

En situación bastante más ambigua, finalmente, quedaban la Ley de Congregaciones Religiosas y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante LOTGC), las cuales, en virtud de

(10) En realidad, la ley prevista en el § 116 CCRCh, para la regulación del secreto de la correspondencia, no tenía rango constitucional.

(11) Leyes de 11 de junio de 1930 y 3 de julio de 1936.

(12) Leyes de 9 de abril de 1920 y 1 de julio de 1926.

(13) La CCRCh exige que cada ley especifique el ministro a quien se confía la ejecución de la misma (§ 50), así como el que ésta venga firmada, entre otros, por dicho ministro (§ 51).

(14) La peculiaridad de estas normas constitucionales es subrayada por PÉREZ SERRANO, N.: *La Constitución española. Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid, 1932, pp. 338 y ss.

los artículos 27 y 124, respectivamente, de la Constitución, debían ser aprobadas por las mismas Cortes Constituyentes de 1931. Esto que no era sino una reserva de ley «individualizada», es decir, encomendada a unas determinadas Cortes (con abstracción de la eficacia jurídica de esta garantía), fue presentado, sobre todo durante la discusión de la LOTGC, como un argumento en favor del carácter constitucional de ambas leyes, a pesar de la opinión, mayoritariamente en contra, de la doctrina (15).

Esto último nos sirve para enlazar con el último prob'ema a tratar en este apartado, el del rango normativo del derecho regulador del control de constitucionalidad. En efecto, con mayor o menor intensidad, las normas de rango constitucional reguladoras del control de constitucionalidad son en ambos ordenamientos bastante escuetas e imprecisas, remitiéndose ambos a su desarrollo mediante ley ordinaria. En efecto, el ordenamiento checoslovaco sólo regu'a con rango constitucional: 1.º, la citada proclamación de la «invalidez» de las leyes inconstitucionales (art. I.1 LICCRCh); 2.º, la atribución del monopolio de la apreciación de esta inconstitucionalidad a un Tribunal Constitucional, así como las bases de la composición de este último (arts. II y III LICCRCh, en conexión con el parágrafo 102 CCRCh), y 3.º, el control preceptivo de las «disposiciones legislativas interinas» de la Comisión Permanente del Parlamento (parágrafo 54.13 CCRCh). El resto del régimen del control de constitucionalidad quedaba encomendado al poder legislativo ordinario en virtud del artículo III.2 LICCRCh, del siguiente tenor: «Una ley contendrá las precisiones necesarias, en particular acerca de la elección de los miembros del Tribunal Constitucional designados por los dos Tribunales mencionados, sobre sus períodos de funcionamiento, sobre el procedimiento ante aquél y sobre los efectos de sus sentencias».

El ordenamiento español es de una imprecisión similar, a pesar de dedicarle un título de la Constitución, junto con el poder de revisión, el título IX. «Garantías y reforma de la Constitución»; la única precisión suplementaria sería la relativa a la *legitimación* (art. 123 CRE),

(15) Sobre la naturaleza de la LOTGC, como, en general, sobre la regulación del control de constitucionalidad bajo la Constitución de 1931, la fuente obligada de referencia sigue siendo, TOMÁS VILLARROYA, J.: «El recurso de inconstitucionalidad en el derecho español (1931-1936)», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, 1968, pp. 11-52. Cfr., también: MEILÁN GIL, J. L.: «El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española», en *Actas del 2.º Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1971, pp. 543-599. Una monografía, más reciente, BOUCSEIN, W.: *Verfassungssicherung und Verfassungsgerichtsbarkeit in der zweiten spanischen Republik (1931-1936)*, Francfort del M., 1977.

que, sin embargo, como tendremos ocasión de ver, resultaría ella misma bastante confusa. De ahí que, al igual que en el ordenamiento eslavo, se confíe al poder legislativo ordinario la tarea de completar el derecho del control de constitucionalidad: «Una ley orgánica especial, votada por estas Cortes, establecerá las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el artículo 121» (art. 124 CRE).

De todo ello podemos resaltar ya, como un primer resultado de este contraste entre ambos ordenamientos, el hecho de que ambos renuncian a dotar de rango constitucional a la ley de regulación del control de constitucionalidad, y ello a pesar de que ambos ordenamientos han hecho excepciones de este tipo en favor de otros institutos, siendo así que si alguna excepción estaba justificada era posiblemente la que se realizase en favor de esta materia; en especial, ambos ordenamientos renuncian a otorgar rango constitucional a un extremo tan fundamental como es el de los *efectos* de la apreciación de inconstitucionalidad, que en ambos casos quedan relegados a la respectiva ley *orgánica* (16).

Finalmente, un extremo importante en este punto de la racionalización del control de constitucionalidad es el de la entrada en funcionamiento del mismo, pues de ello depende, en definitiva, la asunción efectiva por parte de la Constitución de su posición de supremacía sobre el conjunto del ordenamiento. A este respecto es distinta la situación en cada ordenamiento: la ley checoslovaca del Tribunal Constitucional (en adelante LTC) es de 9 de marzo de 1920, es decir, nueve días posterior a la CCRCh, y aún así tiene la peculiaridad —en virtud de su parágrafo 22 y último— de haber entrado en vigor «a la vez que la Carta Constitucional», es decir, con anterioridad a su misma publicación. Pero, al margen de la anécdota, lo que interesa del precepto es la voluntad de subrayar la necesidad de que el derecho del control de constitucionalidad se halle todo él en vigor desde el nacimiento de la Constitución, de una Constitución que pretenda efectivamente serlo. Por el contrario, la LOTGC se demoraría durante año y medio, concretamente hasta el 14 de junio de 1933, lo que, preci-

(16) Por lo que hace al poder reglamentario, en Checoslovaquia éste corresponde al mismo Tribunal Constitucional con acuerdo («Genehmigung») del presidente de la República (§ 8.5 de la Ley del Tribunal Constitucional): Cfr. Reglamento del Tribunal Constitucional, de 19 de mayo de 1922 en *Schranil-Janka*, II, pp. 501-512. En España, por el contrario, en ausencia de una disposición expresa de la LOTGC, los Reglamentos del TGC (el de 8 de diciembre de 1933 y el de 6 de abril de 1935) fueron dictados por Decreto del Gobierno.

samente en el caso español permitiría la gravísima irregularidad contenida en la disposición final de la ley, de la que tendremos tiempo de ocuparnos, referida precisamente a las disposiciones legales producidas durante ese lapso de dieciocho meses.

III. EL OBJETO DEL CONTROL: LAS NORMAS «EXENTAS»

El objeto por excelencia del control de constitucionalidad son, evidentemente, las leyes: no en vano la LICCRCh comienza diciendo «son inválidas las leyes contrarias a la Carta Constitucional», y el artículo 121, *a*), de la CRE se refiere escuetamente al «recurso de inconstitucionalidad de las Leyes». Estas Leyes, sin embargo, pueden proceder indistintamente tanto del Parlamento *central* del Estado, como de las asamb'neas legislativas de las unidades territoriales autónomas, dado que ambos Estados, aun careciendo de naturaleza federal, admiten la posibilidad de territorios dotados de autonomía política. El planteamiento, y la realidad de éste, fueron, no obstante, muy distintos en cada uno de los dos casos: Checoslovaquia se constituía expresamente como un Estado nacional unitario, cuyo soporte era la nacionalidad checa, a cuyos efectos el parágrafo 7.º de la CCRCh abolía las dietas provinciales de la monarquía austro-húngara —que habían estado dotadas de ciertas competencias legislativas— y sólo de forma excepcional admitía la autonomía política del territorio conocido como «Rusia subcarpática» (parágrafo 3.º de la CCRCh); esta autonomía no llegaría a hacerse realidad, con evidentes consecuencias para el tema que nos ocupa (17). Muy distinto, como es conocido, era el caso de la Constitución de la República española, que abría un proceso de constitución de regiones autónomas con Asambleas legislativas, de las que sólo una, Cataluña, pero, eso sí, de forma constante, ocuparía la actividad del TGC durante sus dos años de funcionamiento. Es interesante, con todo, que fuesen Estados no formalmente federales (con la excepción de Austria) los que iniciasen en Europa el control de constitucionalidad de las leyes *estatales*, en tanto Estados formalmente federales como la Confederación Helvética o la República de Weimar adoptaban otras soluciones.

(17) Una obra muy expresiva de las distorsiones que llegarían a producirse entre la «norma constitucional» y la «realidad constitucional» en Checoslovaquia, SANDER, F.: *Verfassungsurkunde und Verfassungszustand der tschechoslowakischen Republik*, Brünn, 1935.

Ahora bien, lo que sobre todo llama la atención de los ordenamientos objeto de contraste es el hecho de que ambos excluyesen del control de constitucionalidad determinados grupos de leyes, y ello no a través de disposiciones de rango constitucional—lo que no plantearía problemas de naturaleza jurídico-formal—, sino precisamente a través de la legislación orgánica—ordinaria— de los respectivos Tribunales Constitucionales, lo que planteaba en toda su agudeza el problema de la misma constitucionalidad de esta legislación. En el ordenamiento checoslovaco el problema viene suscitado por el parágrafo 12 de la LTC, que decía: «El recurso sólo puede ser interpuesto dentro de los tres años siguientes a la fecha de la publicación de la Ley impugnada». De ello resultaba que cualquier Ley se veía exenta de cualquier control de constitucionalidad en cuanto alcanzaba tres años de antigüedad, lo que parecía en flagrante contradicción con la tajante afirmación inicial acerca de la *invalidéz* de las Leyes contrarias a la Constitución. Con escasas excepciones, la doctrina se pronunciaría en contra de la constitucionalidad de esta disposición, que creaba una categoría de normas sustraídas al control de constitucionalidad (18).

El caso español era, sin duda, bastante más grave. Después de todo, al menos durante sus tres primeros años de vida, ninguna Ley podía escapar en Checoslovaquia a un posible control de constitucionalidad, y era esta «posibilidad» la que según algún autor permitía salvar la constitucionalidad del mencionado parágrafo 12 de la LTC. En el ordenamiento español, por el contrario, y en virtud de la ya aludida disposición final de la LOTGC, era el derecho (*pre y posconstitucional*) emanado de las Cortes Constituyentes con anterioridad a la LOTGC el que quedaba exento del control de constitucionalidad de forma absoluta. Su texto, como es sabido, decía así: «Quedan exceptuadas del recurso de inconstitucionalidad derivado de esta Ley... las Leyes aprobadas por las actuales Cortes con anterioridad a la presente» (19). La inconstitucionalidad de esta disposición fue ampliamente

(18) En contra de la constitucionalidad del plazo de tres años, ADAMOVICH, L.: *Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes (Verfassungs und Verwaltungsrechtes)*, Viena, 1929, p. 244; ADLER, F.: «Promulgation der Gesetze und richterliches Prüfungsrecht», en *Prager Juristischer Zeitschrift*, t. 9 (1929), col. 274-275; SANDER, F.: *Verfassungsurkunde...*, cit., n. 17, p. 93. Aisladamente, en favor, HARTMANN, P., cit., n. 5, p. 35.

(19) Es decir, tanto las anteriores como las posteriores a la Constitución, si bien en el caso de las primeras, y aún en ausencia de disposición derogatoria expresa de la CRE, debe entenderse que éstas quedan afectadas por el principio *lex posterior derogat priori*.

te reconocida en su tiempo y, en todo caso, casi universalmente criticada (20).

En todo caso, lo que interesa subrayar como común a ambos ordenamientos es la presencia de un grupo de normas que, en base a una referencia temporal, quedan sustraídas al control de constitucionalidad; normas, pues, que dejan de constituir un posible *objeto* del control, pero sin que por ello pasen a formar parte integrante del *sujeto* o parámetro del control (21).

Veamos muy sucintamente, a partir de aquí, cómo se plantean en estos ordenamientos otros posibles objetos del control de constitucionalidad. Y, en primer lugar, el de la *legislación de urgencia*. A este respecto las diferencias son importantes. Checoslovaquia, quien, como Austria, tiene la penosa experiencia de los «reglamentos de necesidad» de la monarquía austro-húngara (22), excluye la posibilidad de cualquier «legis'ación de necesidad» en manos del Ejecutivo, no admitiendo más que «disposiciones legislativas interinas» emanadas de una comisión permanente mixta, formada por miembros de ambas Cámaras, según criterios de proporcionalidad respecto de los grupos que la integran (23). Pues bien, estas «disposiciones legislativas interinas» se hallan, como ya se ha indicado, sometidas a un control preceptivo repesivo, si bien este control no se extiende a la apreciación de la necesidad o urgencia, que sería competencia de las mismas Cámaras (24).

El ordenamiento español, por el contrario, admite la legislación de urgencia emanada del presidente de la República, pero la rodea de

(20) Cfr., p. ej., en términos rotundos, FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: «El Tribunal de Garantías Constitucionales. La disposición final de la ley. (Cuestión práctica.)», en *Revista de Derecho Público*, 1933, pp. 234-236. De *monstruosité juridique* la califica LUBAC, A.: *Le Tribunal espagnol des Garanties Constitutionnelles*, Montpellier, 1938, p. 55.

(21) A diferencia de lo que ocurre, p. ej., con las leyes mencionadas en la disposición transitoria segunda de la Constitución española.

(22) Dictados con base en el § 14 de la Constitución de 1867. Cfr. WEYR, F.: «Der tschechoslowakische Staat. Seine Entstehung und Verfassung», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 11 (1922), p. 357.

(23) La importancia de la Comisión Permanente checoslovaca reside en el hecho de ser posiblemente la primera en dejar de ser un órgano de vigilancia, pero sin facultades decisorias, para pasar a ser un órgano susceptible de sustituir a la cámara en la mayoría de sus atribuciones en base a su composición, que reproduce la correlación de fuerzas de la cámara. Es muy clara su influencia en la Diputación Permanente de Cortes de 1931 (art. 62 CRE).

(24) Expresamente, en este sentido, el dictamen de la comisión. *Schranil-Janka*, II, p. 494.

tales cautelas que ésta resulta difícilmente operativa (25). De otro lado, y a diferencia de la CCRCh (26), la CRE admite, con determinadas cautelas, la posibilidad de «decretos legislativos» (27). Ambas figuras, así como sus eventuales equivalentes en las regiones autónomas, podrán ser objeto de control de constitucionalidad a partir de la LOTGC (28).

Por lo que hace a los tratados internacionales, el ordenamiento checoslovaco guarda silencio al respecto, a pesar de —o quizá precisamente debido a— la importancia difícil de exagerar de los mismos respecto del Estado checoslovaco (29). Mencionemos simplemente una sentencia del Tribunal Administrativo Supremo, de 29 de marzo de 1921, en la que se les excluye del control de constitucionalidad. En el caso español el tema fue más debatido, tanto en sede legislativa como por la doctrina, lo cual no tiene nada de extraño dado que la Constitución española de 1931 trató de ser absolutamente ejemplar en lo concerniente a lo que entonces se llamaba «derecho público de la paz» (30). Pero, en definitiva, también el ordenamiento español concluiría guardando silencio sobre este extremo (31).

(25) Art. 80 CRE.

(26) La posibilidad de las delegaciones legislativas, dado el silencio de la CCRCh, daría lugar a un importante debate, a raíz de la opinión en contra emitida por el Tribunal Constitucional, con ocasión del control preceptivo de una serie de «disposiciones legislativas interinas» (resolución de 7 de noviembre de 1922, reproducida en ADLER, F.: «Gesetz und Verordnung. Die erste Entscheidung des tschechoslowakischen Verfassungsgerichtes», en *Wissenschaftliche Vierteljahrschrift zur Prager Juristischen Zeitschrift*, 1923, col. 114-123). Cfr. FLANDERKA, O.: *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Tschecoslovaquie*, París, 1926, páginas 87-106.

(27) Art. 81 CRE.

(28) Art. 28.2 y 3 LOTGC. Cfr. ARCAÑA Y MIRAVETE, F.: *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, 1934, pp. 146-148.

(29) Hasta el punto de que un buen número de disposiciones del derecho constitucional checoslovaco (e. g., el cap. VI CCRCh, «Protección de las minorías nacionales, religiosas y raciales») trae directamente su origen de los tratados que dieron nacimiento al Estado checoslovaco. Vid., especialmente, el artículo 1.º del tratado de Saint Germain-en-Laye, de 10 de septiembre de 1919, en virtud del cual Checoslovaquia «se compromete a que las estipulaciones contenidas en los artículos 2.º al 8.º del presente capítulo sean reconocidos como leyes fundamentales, a que ninguna ley... se halle en contradicción o en oposición con estas estipulaciones y a que ninguna ley... pueda prevalecer contra aquéllas»; tratado llamado «de protección de las minorías», reproducido en ADLER, F.: «Das tschechoslowakische Verfassungsrecht in den Jahren 1922 bis 1929», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 17 (1929), pp. 281 y ss. Cabía preguntarse, incluso, si el mismo control de constitucionalidad no era una consecuencia impuesta, al menos lógicamente, por el contenido de estos tratados.

(30) Cfr., entre una literatura abundante, MIRKINE-GUETZEVICH, B.: «Ius Gentium Pacis», en *Revista de Derecho Público*, 1932, pp. 259 y ss.; LEGAZ LACAMBRA, L.: *Las garantías constitucionales del Derecho Internacional*, ibid., 1933, pp. 301 y ss.

(31) El artículo 100 del Anteproyecto de Constitución exceptuaba del control

Terminemos este apartado referido al objeto del control con la mención de un extremo que sólo se llegó a plantear en España, sin que, además, llegara a ser adoptado, pero que, sin embargo, «planeó» tanto durante el proceso constituyente como durante el proceso legislativo, cual es el de la *vis* subsanatoria de las manifestaciones directas de la voluntad popular respecto de cualesquiera vicios de inconstitucionalidad. Tenemos, en efecto, de un lado, el caso del artículo 118 del Proyecto de Constitución que, como es conocido, suprimía el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, sustituyéndolo por un farragoso mecanismo, que podía concluir, si así lo decidía el presidente de la República, con el sometimiento definitivo de la cuestión a la consulta popular (32). De otro lado, tenemos el Proyecto de LOTGC, en cuyo artículo 26 se excluía del recurso de inconstitucionalidad «las Leyes que hayan sido aprobadas en referéndum» (33). Bien es verdad que, como decíamos, ninguna de estas propuestas triunfaría, pero no dejan de ser ilustrativas de una confusión bastante extendida en torno a la naturaleza y a la razón de ser del control de constitucionalidad (34).

los tratados «ratificados parlamentariamente». Un voto particular del artículo 31 del Anteproyecto de LOTGC propondría un control limitado temporalmente al período «desde que fueren firmados y durante el año siguiente a su ratificación».

(32) Artículo 118: «Si el Tribunal de Garantías Constitucionales considera que una ley es contraria a la Constitución, la denunciará en un informe motivado al presidente de la República, el cual la devolverá al Parlamento para que la revise. Revisada por el Parlamento, el presidente de la República podrá confirmar el acuerdo o someter la ley a referéndum. Entre tanto, quedarán en suspenso los efectos de la ley.»

(33) La cuestión, sin embargo, es que el artículo 68 CRE sólo admitía un referéndum abrogativo de iniciativa popular. R. A. MÉTALL, escribiendo sobre la base del texto del proyecto gubernamental de LOTGC, advertía claramente las consecuencias de esta excepción al control de constitucionalidad: «...was aber nichts anderes bedeutet, als dass die Volksabstimmung zum Verfassungsgesetzgeber wird; denn ein "Volksgesetz" kann gültig und endgültig die Verfassung brechen.» «Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien», en *Die Justiz*, 1933, p. 329.

(34) Por lo que hace al control (de legalidad) de los reglamentos, y a diferencia de Austria, ni Checoslovaquia ni España operan una *concentración* del mismo. El artículo 101 CRE preveía un «recurso de ilegalidad» que no llegaría a hacerse realidad. Cfr. GARCÍA OVIEDO, C.: «El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución española», en *Revista de Derecho Público*, 1932, pp. 292-303. Acerca del intento gubernamental de incorporar este control al TGC a través del Reglamento del mismo, cfr. TOMÁS VILLARROYA, J., *cit.*, n. 15, pp. 43-45; MELÁN GIL, J. L., *cit.*, n. 15, pp. 579-580, con el texto del dictamen contrario del Consejo de Estado.

IV. LAS FORMAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Una vez expuestas las categorías normativas que deberán ser contrastadas en la operación de control de constitucionalidad, nos corresponde precisar el concepto de «contradicción», es decir, en qué sentido —o en qué sentidos— se puede afirmar que una norma inferior «entra en contradicción» con una norma superior. Precisamente lo que caracteriza a los dos ordenamientos que estamos comparando es el hecho de apoyarse en distintas formas de identificación de la inconstitucionalidad, más o menos justificadas conceptualmente a fin de extraer, de aquéllas, consecuencias posiblemente bastante menos justificadas. El uso, sin embargo, que cada uno de estos ordenamientos hace de las distintas «clasificaciones» es muy diferente.

En primer lugar, la distinción entre inconstitucionalidad *formal* e inconstitucionalidad *material*, en cuya descripción no es necesario detenerse. Esta distinción tiene enorme importancia en los dos ordenamientos, aunque con consecuencias muy diversas. En el caso de Checoslovaquia lo que se plantea es, ni más ni menos, si las leyes pueden ser objeto de control respecto de su constitucionalidad *formal* o si, por el contrario, lo único que cabe controlar es su constitucionalidad *material*. El origen de la polémica se halla en la redacción de los párrafos 11 y 18 de la LTC, completados por la interpretación que de la misma hace el dictamen de la Comisión. En efecto, el párrafo 11 dice que «el recurso debe precisar con exactitud qué disposición de una determinada Ley entra en contradicción con qué disposiciones de una Ley constitucional», y el párrafo 18, por su parte, dice que la sentencia determinará, en su caso, «qué disposiciones de una determinada Ley entran en contradicción con qué disposiciones de una Ley constitucional». Una lectura literal de estos preceptos llevó a la mayoría de los autores a pensar que la LTC excluía el control de la constitucionalidad formal, aunque, evidentemente, no era la única lectura posible de los mismos. Esta interpretación venía ya, en buena medida, forzada por el aludido dictamen de la Comisión, quien se refería a una función exclusivamente de «interpretación» de las normas en cuestión (35). El debate fue, sin embargo, únicamente teórico, dado que el Tribunal Constitucional apenas si tuvo funcionamiento.

(35) Parcialmente reproducido en EPSTEIN, *cit.*, n. 9, pp. 213-214. Para ADAMO-VICH, L.: (*Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof*, Viena, 1923, p. 323), la limitación sería inconstitucional

En el caso de España también tiene gran importancia la distinción entre las dos formas de inconstitucionalidad, formal y material, si bien con un sentido distinto al del supuesto anterior (36). Como es sabido, el artículo 42 de la LOTGC reguló de manera diferente los efectos de las sentencias estimatorias según éstas apreciases inconstitucionalidad formal o material. De esta importante cuestión nos ocuparemos en el apartado dedicado a los *efectos* de la apreciación de inconstitucionalidad. Digamos aquí simplemente que los posibles vicios de inconstitucionalidad *formal* se hallan taxativamente consignados en el artículo 29 de la LOTGC, al referirse a supuestos en los que la Ley no no haya sido «votada o promulgada en la forma prescrita por la propia Constitución», lo que además, como veremos, excluye determinados problemas de inconstitucionalidad mediata.

En segundo lugar, es característico de ambos ordenamientos el configurar una forma específica de inconstitucionalidad, de algún modo a media distancia entre la inconstitucionalidad formal y la inconstitucionalidad material, cual es la de la inconstitucionalidad «por incompetencia legislativa». Es decir, sobre la base de que ambos ordenamientos prevén territorios dotados de cierta potestad legislativa, se configura el supuesto de que una asamblea legislativa invada competencias de la otra como una forma específica de inconstitucionalidad.

En el caso de Checoslovaquia la distinción formulada carece de consecuencias procesales, con independencia del hecho de que la única entidad territorial autónoma prevista, la de Rusia subcarpática, no llegó a hacerse realidad (37). Distinto es el caso español, donde la inconstitucionalidad «por incompetencia legislativa» sirve de fundamento, como veremos, a un modo de control muy especial, que asume la

por lo que se refiere al control de las leyes, en tanto sería admisible, en cuanto recogida en la misma CCRCh, por lo que se refiere a las «disposiciones legislativas interinas» de la Comisión Permanente. ADLER, en todos sus escritos, de 1923 a 1930, considera que el TC sólo es competente para controlar la constitucionalidad *material*, tendiendo a trasladar el control de la constitucionalidad *formal* al Presidente de la República, a través de la promulgación. Para HARTMANN, P., *cit.*, n. 5, la exclusión del control de constitucionalidad formal, en el sentido de que, como pretendía la comisión que dictaminó el proyecto de LTC, la sola autocalificación de una ley como «constitucional» excluía cualquier posibilidad de control de la misma, conduciría a situaciones absurdas (pp. 21-24).

(36) Recuerdese, con todo, cómo el artículo 51 del Proyecto de Ley orgánica del Consejo del Reino del proyecto constitucional de 1929 limitaba el control al contenido de la ley.

(37) La formulación de los §§ 11 y 18 LTC distingue esta forma de inconstitucionalidad «por incompetencia legislativa» como un tipo específico junto al de contradicción «genérica» de una norma legal con un precepto constitucional. Cfr. crítica de este «desglose» por superfluo e infundado, en HARTMANN, P., *cit.*, n. 5, p. 37.

forma de conflicto entre el poder central y el poder regional con el nombre de «conflicto —o cuestión— de competencia legislativa» (artículos 54-59 de la LOTGC). La importancia de este modo de control se verá reforzada por el hecho de convertirse, en definitiva, en la única posibilidad de «control abstracto» del ordenamiento español.

En tercer lugar hay que referirse a la distinción entre inconstitucionalidad «parcial» e inconstitucionalidad «total», distinción que no suscitó problemas en España (38), pero que dio lugar a cierta polémica en Checoslovaquia, dada, como siempre, la formulación radical del artículo I.1 de la LICCRCh, repetidamente citado, de cuya lectura parecía deber entenderse que cualquier apreciación de inconstitucionalidad en una Ley, aunque fuera en uno sólo de sus preceptos, conllevaba la nulidad de toda la Ley, de la Ley como tal. Ello, sin embargo, se veía contradicho por las formulaciones, ya recogidas, de los párrafos 11 y 18 de la LTC, y en particular de este último, según el cual la inconstitucionalidad sólo podría recaer sobre preceptos específicos de la Ley impugnada (39).

En cuarto lugar, se plantea la distinción entre la inconstitucionalidad *directa* o *inmediata* y la inconstitucionalidad *indirecta* o *mediata*. En Checoslovaquia la distinción no aparece recogida en su ordenamiento, y apenas si algún autor lo suscita (40). En España, por el contrario, el artículo 29.2 de la LOTGC otorga a los Estatutos de Autonomía el carácter de normas interpuestas, susceptibles de provocar la inconstitucionalidad *mediata* de las leyes regionales (41). Por lo demás, la explícita formulación del artículo 29.1, b), de la LOTGC, ya citado, excluye la posibilidad de que el Reglamento de la Cámara pueda asumir la función de norma *interpuesta*.

Por fin, una distinción que sólo se suscita en España es la que Nicolás PÉREZ SERRANO, en la presentación del Anteproyecto de LOTGC, designa con los términos de inconstitucionalidad «intrínseca» e incons-

(38) «Será inconstitucional una ley, en la totalidad o en parte de sus disposiciones...» (art. 129.1. LOTGC).

(39) Esta sería para HARTMANN, P., *cit.*, n. 5, p. 48, la única disposición inconstitucional de toda la LTC.

(40) *Ibid.*, pp. 24-25, con relación a los Reglamentos de las cámaras, cuya posible función de «norma interpuesta» niega.

(41) Esta novedad del proyecto de LOTGC con respecto al Anteproyecto es criticada tanto por N. PÉREZ SERRANO («El proyecto de Tribunal de Garantías y el recurso de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Público*, 1933, pp. 13-14), como por N. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (*Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, 1933, p. 22), quienes no admiten que pueda hablarse de otra «inconstitucionalidad» que no sea la «inmediata».

titucionalidad «extrínseca»: en sus palabras, «comprendiendo en la primera no sólo la infracción de reglas, sino la violación de principios» (42). En efecto, el artículo 32 del Anteproyecto de LOTGC decía que una norma sería considerada inconstitucional «cuando infrinja o contradiga las normas establecidas o los *principios* consignados en la Constitución de la República». Esta inconstitucionalidad *intrínseca* no aparecería en la LOTGC, pero su idea se manifestaría de forma expresa en un voto particular a la sentencia de 17 de enero de 1936 (43), así como, si bien de manera menos explícita, en la de 5 de marzo de 1936 (44). Resulta, por lo demás, perfectamente lógico el que esta distinción surja en una Constitución como la española de 1931, con preferencia a otras Constituciones marcadamente «positivistas», como la austriaca o la checoslovaca.

V. LAS MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez analizados algunos elementos de lo que pudiéramos llamar el derecho «sustantivo» del control de constitucionalidad, nos ocuparemos en los siguientes apartados de algunos de los elementos del derecho «adjetivo» del control de constitucionalidad: quiénes podrán *impugnar* la constitucionalidad de una norma, quién podrá *apreciar* dicha inconstitucionalidad, para concluir con un elemento de carácter sustantivo, el de los *efectos* de dicha apreciación de inconstitucionalidad. Cuestiones todas ellas situadas en una estrecha relación de interdependencia, que dificulta su tratamiento aislado. Por ello quizá fuese conveniente comenzar por la cuestión que en mayor medida condiciona las restantes, la relativa a las modalidades del control de constitucionalidad.

Estas dos modalidades son, como es de sobra sabido, el control «concreto» y el control «abstracto»; con otra terminología, el control «por vía de excepción» y el control «por vía de acción». Sin que sea necesaria la descripción de estas modalidades, recordemos cómo el primero se convirtió en el rasgo distintivo por excelencia del sistema

(42) *Anteproyectos de ley e Informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, 1933, p. 94.

(43) En el recurso se impugnaba la Ley de 7 de diciembre de 1934 concediendo ascensos a dos militares con quebrantamiento de la normativa general vigente.

(44) Es la sentencia que declara la inconstitucionalidad material de la Ley de 2 de enero de 1935, que suspendió al Parlamento de la Generalidad en el ejercicio de sus funciones.

«americano», en tanto el segundo pasaría a caracterizar el sistema «europeo». Por lo que se refiere a los dos ordenamientos de cuya comparación nos estamos ocupando, podemos adelantar que no será el ordenamiento checoslovaco quien nos plantee los mayores problemas.

En efecto, el ordenamiento checoslovaco, por lo que a esta materia se refiere, se describe en pocas palabras: es un sistema puro y exclusivamente de control «abstracto»; la norma es impugnada directamente y en cuanto tal ante el Tribunal Constitucional por una serie de órganos facultados, con total desvinculación de la ocasional aplicación de la misma a cualquier supuesto o persona. Ello no estaba explícito en la Constitución, pero sí podía considerarse implícito desde el momento en que el párrafo 102 de la CCRCh prohibía el «control judicial», sin abrir posibilidad alguna de consulta al TC. En todo caso, la LTC confirmó esta tendencia de la norma constitucional, al excluir cualquier posibilidad de un control «concreto» o por vía de excepción. Ahora bien, este control abstracto que queda, como veremos, a la merced de unos pocos legitimados en el caso de las leyes, en el caso de las «disposiciones legislativas interinas» se convierte en un control *preceptivo*, dado que el TC, por mandato constitucional, deberá examinar la constitucionalidad de todas y cada una de ellas; a estos efectos el Gobierno se halla obligado a presentarlas ante el TC simultáneamente a su publicación (45).

El ordenamiento español es bastante más complicado, no sólo en su punto de partida, la CRE, como, sobre todo, en su plasmación definitiva en la LOTGC. Tratando de exponer esta materia de la forma más concisa posible, digamos que el planteamiento del constituyente parecía ser el de un sistema de control abstracto, sin otra salvedad que la contenida en el artículo 100 de la CRE (la consulta judicial de inconstitucionalidad) y que era, a su vez, una transposición del mecanismo previsto en Austria para el control de la legalidad de los reglamentos (46). Esta fue, desde luego, la interpretación que la Comisión Jurídica Asesora hizo de la norma constitucional (47), que resultaría plasmada tanto en su anteproyecto de LOTGC como en las sucesivas

(45) El control de las Leyes es, en Checoslovaquia, un control exclusivamente abstracto, a pesar de que, como veremos, tres de los seis órganos legitimados son Tribunales de Justicia, y ello porque éstos adoptan la correspondiente decisión en sesión plenaria de los mismos, al margen de cualquier proceso (§ 10 LTC).

(46) Artículo 139 de la Ley Constitucional-Federal de 1 de octubre de 1920.

(47) Cit., n. 42, pp. 93-94. Por el contrario, Miguel Cuevas, en su voto particular al citado Anteproyecto, consideraba que la CRE no había prejuzgado en absoluto la cuestión. *Ibid.*, pp. 127 y ss.

etapas del mismo (48). La versión definitiva de la LOTGC, sin embargo, se decidiría por un sistema mercadadamente impreciso, difícil de definir, pero que, en términos generales, suponía la desaparición de la modalidad de control «abstracto». Dado que las bases de este sistema se encuentran en la operación de restricción de los *legitimados*, será en el apartado relativo a la legitimación donde completamos esta materia. Pero, en resumen, podemos adelantar que el control *abstracto* no se mantiene más que bajo la forma de los «conflictos de competencia legislativa» previstos en el apartado c) del artículo 121 de la CRE y desarrollados en los artículos 54-59 de la LOTGC; es, sin embargo, un control muy limitado, tanto por su objeto (las normas constitucionales que regulan la distribución de la potestad legislativa entre el poder central y las regiones autónomas, más las correspondientes normas estatutarias, en tanto que *interpuestas*), como por el plazo de impugnación—los veinte días *siguientes* a la publicación—, como—finalmente—los legitimados para realizar dicha impugnación. El resto, como veremos, es «control concreto», bien en sentido estricto, por operar como «excepción de inconstitucionalidad» por un particular, o como «consulta» por un Juez o Tribunal, o como «recurso» por el Ministerio Fiscal (todo ello en el curso de un proceso); bien en sentido amplio, desde el momento en que, sin necesidad de llegar a un proceso, se exige la presencia de un «agravio» ocasionado al recurrente, cuya «alegación» deberá haber efectuado previamente (art. 31, 5 LOTGC). Pronto veremos los obstáculos adicionados al ejercicio de estas «excepciones», «consultas» y «recursos»; señalemos de momento simplemente que la doctrina fue consciente del cambio operado por la LOTGC con respecto de—cuando menos—el espíritu de la CRE (49).

VI. EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El punto de partida del sistema «europeo» de control de constitucionalidad es la ausencia de un control «difuso», detentado por todos los jueces y tribunales que integran el poder judicial. Esta ausencia de control «difuso» puede resultar de una prohibición expresa del mis-

(48) Cfr. proyecto gubernamental en el Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de 1931, apéndices número 1 al número 284; dictamen de la comisión, *ibid.*, apéndices número 4 al número 318.

(49) Cfr. FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.: «El Tribunal de Garantías Constitucionales», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 163 (1933), p. 565; LUBAC, A., *cit.*, n. 20, pp. 48-49.

mo, como ocurre en el ordenamiento checoslovaco, cuyo parágrafo 102 de la CCRCh sólo autoriza a los jueces a comprobar la corrección de la *publicación* de la ley (50). O puede resultar de un precepto como el artículo 100 de la CRE, que, sin formular una prohibición expresa en el sentido indicado, obliga a los Tribunales de Justicia a dirigirse en consulta al TGC cuando hayan de aplicar una ley que estimen contraria a la Constitución. En ambos casos el resultado es el mismo, la «concentración» de la apreciación de inconstitucionalidad en un solo órgano (control «concentrado»), en cuya función asume una posición de «monopolio»: artículo II de la LICCRCh (51) y artículo 121 de la CRE. En ambos ordenamientos la exclusión del control difuso da lugar a un control concentrado en un órgano *ad hoc*, creado en orden al desempeño de, a! menos, esta función específica (52). Ahora bien, a partir de aquí ambos órganos van a diferir en las dos cuestiones que vamos a tratar a continuación.

La primera de ellas es la de si este órgano va a ser exclusivamente un órgano de control de constitucionalidad o si, por el contrario, va a ser un órgano al que se encomiende una pluralidad de funciones jurisdiccionales más o menos conexas con la garantía del funcionamiento del régimen constitucional («justicia constitucional»): amparo de los derechos fundamentales, contencioso electoral, responsabilidad penal de las altas magistraturas del Estado, conflictos entre órganos supremos del Estado o entre el poder central y los territorios autónomos, etcétera, apareciendo como una función más la de control de constitucionalidad que nos ocupa. A este respecto los dos ordenamientos ocupan posiciones extremas. El Tribunal checoslovaco es un órgano exclusivamente de control de constitucionalidad, quedando encomendadas a otros órganos otras posibles materias integrantes de la «justicia constitucional» (53). El Tribunal español, por el contrario, es un

(50) El § 102, al que ya hemos tenido ocasión de referirnos, decía: «Los jueces pueden comprobar la validez de los Reglamentos, al decidir acerca de una determinada cuestión de derecho; tratándose de Leyes sólo pueden comprobar si han sido correctamente publicadas.»

(51) «El TC decide acerca de si las leyes de la República checoslovaca y las del Parlamento de Rusia Subcarpática concuerdan con los principios del artículo I.» El § 7.º LTC subrayaría la posición de monopolio del TC al expresar: «El TC es el único competente para decidir...»

(52) Un control abstracto, con los consiguientes efectos *erga omnes*, que no conlleve su atribución a un órgano *ad hoc* sólo parece presentarse en el ordenamiento colombiano. Cfr. *supra* n. 3.

(53) Destaquemos de entre ellos, por su importancia en la vida política de la I República checoslovaca, el Tribunal Electoral, cuyas competencias suponían la

característico órgano de justicia constitucional, de modo similar al austriaco, asumiendo tanto el control de constitucionalidad como el amparo de los derechos fundamentales, los conflictos de competencia derivados de la posible estructura autonómica del Estado, elementos del contencioso electoral, responsabilidad penal de determinadas magistraturas. Todo ello sin contar con la función no jurisdiccional de la apreciación previa de la necesidad de las que hoy se conocen como «leyes de armonización» (art. 19 de la CRE).

La segunda de las cuestiones es la relativa a la composición del órgano de control, en la que también el contraste es grande. En efecto, el TC checoslovaco—art. III.1 de la LICCRCh—lo integran siete miembros, tres de los cuales—entre ellos su presidente—nombrados por el presidente de la República, dos miembros elegidos por el Tribunal Supremo de entre sus miembros y los dos restantes por el Tribunal Administrativo Supremo en los mismos términos. La LTC especifica la duración del cargo—diez años—, la inelegibilidad para quienes pertenezcan a alguna de las asambleas legislativas, así como la necesidad de que se trate de especialistas en Derecho (parágrafos 1 y 3 de la LTC). Ahora bien, hay que reseñar cómo la LTC opera una importante modificación, de constitucionalidad más que dudosa, en el procedimiento de designación de los tres miembros cuyo nombramiento corresponde constitucionalmente al presidente de la República. En efecto, según el párrafo 1.º de la LTC, el presidente de la República deberá nombrarlos de entre tres ternas, respectivamente, propuestas por la Cámara de Diputados, el Senado y la asamblea legislativa de Rusia Subcarpática (54). De este modo, el esquema del TC quedaba sensiblemente desvirtuado con respecto al previsto por la Constitución; ello, además, quedaba completado por el párrafo 8.º de la LTC, que exigía el voto de cinco de los siete miembros para apreciar la inconstitucionalidad de una ley, con lo que se aseguraba el que ninguna ley pudiera ser declarada inconstitucional con los solos votos de los miembros procedentes de los Tribunales Supremos (55).

desaparición del mandato representativo, a pesar de hallarse éste garantizado en el § 22.1. CCRCh. Cfr. SANDER, F.: *Verfassungsurkunde...*, cit., n. 17.

(54) Dado que el Parlamento de la Rusia Subcarpática no se hallaba constituido aún—ni llevaba trazas de serlo—la LTC establecía que fuese el propio Gobierno de la República quien propusiera al presidente la terna correspondiente a dicho Parlamento.

(55) Una crítica de esta desvirtuación de la Constitución, sobre todo, en SANDER, F.: *Verfassungsurkunde...*, cit., n. 17, p. 80; *Grundriss des tschechoslowakischen*

Con todo, el contraste es, como se ve, absoluto con la estructura del TGC español, de composición extraordinariamente numerosa, que no garantiza ni la independencia política, ni la formación jurídica de sus miembros: veinticinco vocales (56), las tres quintas partes de los cuales son «representantes» (*sic.*) de cada una de las regiones españolas; las Cortes eligen al presidente (57), así como a dos diputados-vocales, renovados estos últimos cada vez que se producen elecciones generales; dos vocales natos, los presidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas; finalmente, los seis miembros en los que se presupone formación jurídica (dos abogados y cuatro profesores de Derecho) son elegidos por sus respectivas corporaciones. En tanto, habían desaparecido los tres miembros inicialmente previstos procedentes del Tribunal Supremo, con el argumento de que la responsabilidad criminal de los miembros de este último es exigida ante el TGC, siendo así que, de todos modos, la responsabilidad de los miembros del mismo TGC es exigida también ante este último (art. 79 de la LOTGC). Sólo el cargo de presidente del Tribunal tiene una duración considerable —diez años—; el resto de los vocales «electivos» ostenta su cargo con una duración típicamente «política» —cuatro años—, sin olvidar la de los dos diputados-vocales, cuya duración está vinculada a su mandato parlamentario. El resultado, poco menos que inevitable en cualquier ambiente político, no podía ser sino el de la «desnaturalización» del órgano de control de constitucionalidad a partir de su mismo «proceso electoral» (58).

VII. LA LEGITIMACIÓN

En este punto vamos a asistir a una notable restricción que es común tanto en la LTC como en la LOTGC, con la diferencia de que en el primer caso no existía la más mínima regulación de rango cons-

Verfassungsrechts, Reichenberg, 1938, p. 455. Sander considera que, por este procedimiento, el TC ha perdido su carácter original para convertirse en un «tribunal arbitral» (*Schiedsgerichtsbarkeit*), con participación en el mismo de los distintos interesados.

(56) Veintiséis miembros, en realidad, dado que Navarra y Vascongadas designaron cada una su propio representante. Cfr. Boucsein, W., *cit.*, n. 15, pp. 211-212.

(57) El artículo 122 CRE no hace a los diputados incompatibles con la función de presidente del TGC; el artículo 2.º LOTGC los hace incompatibles, pero no, claro está, inelegibles.

(58) Cfr. Tomás Villarroja, J., *cit.*, n. 15, pp. 20-23; Boucsein, *cit.*, n. 15, páginas 198-224.

titucional, en tanto la CRE le había dedicado un artículo, el 123, por problemático que éste pudiera ser.

En efecto, en Checoslovaquia el legislador partía de una situación de entera disponibilidad, dado que la legitimación no había sido regulada por la Constitución. En su regulación por la LTC lo primero a destacar es la ausencia de un control «de oficio»: el TC sólo podrá controlar la constitucionalidad de una ley, si así cabe hablar, «a instancia de parte» (59). Ahora bien, estas «partes» no pueden hallarse más restrictivamente admitidas: las dos cámaras que integran la Asamblea Nacional (Cámara de los Diputados y Senado), la Asamblea Parlamentaria de la Rusia Subcarpática, el Tribunal Supremo, el Tribunal Administrativo Supremo y el Tribunal Electoral (60). Por si é ello fuera poco, estas cámaras y tribunales sólo pueden decidir la impugnación de una ley por mayoría absoluta, y tratándose de los tribunales en asamblea plenaria de sus miembros (61). No hay el menor rastro de «acción popular», lo que se ve agravado por el carácter exclusivamente *abstracto* del control (62). La ausencia del presidente de la República se explica si se tiene en cuenta que, en principio, debía nombrar a tres de los siete miembros del TC y que, por otra parte, puede devolver al Parlamento las leyes aprobadas por el mismo, que sólo podrán superar el veto presidencial mediante una mayoría cualificada (63). La ausencia del Gobierno entre los legitimados se ve, en cierto modo, compensada por su facultad de recurrir al *appel au peuple* (64).

Pues bien, esta regulación, de por sí restrictiva de la legitimación por parte de la LTC se vería extraordinariamente agravada por la

(59) Con la excepción del llamado «control de oficio» de las «disposiciones legislativas interinas», que es, en puridad, un control *preceptivo*, que tiene lugar al margen de cualquier disponibilidad, ni siquiera por parte del mismo TC.

(60) § 9.º LTC.

(61) § 10 LTC.

(62) Sin embargo, el reglamento del Tribunal Administrativo Supremo para el procedimiento de impugnación por él mismo de la inconstitucionalidad de una ley, abría la posibilidad de que dicho tribunal, con una serie de trámites, llegase a deliberar la cuestión a instancia de un particular cualquiera. Cfr. FLANDERKA, O., *cit.*, n. 26, pp. 147-152, reproduciendo el texto de dicho reglamento, de 4 de mayo de 1925; KŘEJČI, J.: «Die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen in der czechoslowakischen Republik», en *Zeitschrift für Ostrecht*, t. 3 (1929), pp. 45-46. Más restrictivo el reglamento equivalente del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1928, reproducido en *Schranil-Janka*, *cit.*, n. 9, pp. 496-497.

(63) §§ 47 y 48 CCRCh.

(64) El Gobierno puede someter a referéndum los proyectos de ley rechazados por el Parlamento, con tal de que no tengan por objeto una reforma constitucional (§ 46 CCRCh).

«realidad constitucional». En efecto, desde el momento en que la autonomía del único territorio autónomo previsto—Rusia Subcarpática— no llegó a hacerse realidad, la legitimación de las tres cámaras legislativas resultaba inútil: la del Parlamento del territorio autónomo porque ésta ni siquiera existía, la de las dos Cámaras de la Asamblea Nacional porque sería absurdo pensar que éstas pudiesen —¡por mayoría absoluta!— decidir la impugnación de leyes que ellas mismas han votado (65). Quedaban, pues, los tres Tribunales de Justicia, pero de ellos el Tribunal Electoral se ocupaba de un sector muy especializado del ordenamiento y en cuanto a los dos restantes éstos optaron decididamente por evitar cualquier conflicto con el legislativo, practicando un retraimiento digno de mejor causa.

El resultado fue la inactividad, prácticamente total, del TC, que, en sus dieciocho años de existencia, sólo efectuó el control preceptivo de algunas «disposiciones legislativas interinas» en el año 1922 (66), y las dos únicas impugnaciones de determinadas leyes de delegación no llegaron a ser resueltas (67). La mayoría de los autores tendieron precisamente a ver en la regulación de la legitimación el fracaso de la experiencia checoslovaca (68).

En España la legitimación, como hemos dicho, aparecía regulada en el artículo 123 de la CRE. Este artículo enumeraba a una serie de órganos como «competentes para acudir ante el TGC» (69). Ahora bien, dada la disparidad de funciones del TGC, cabía plantearse la

(65) El hecho de que el sistema de elección para ambas cámaras fuera el mismo, excluía incluso impugnaciones procedentes de la más «débil» de ellas —el Senado— en el procedimiento legislativo ordinario (§§ 42-45 CCRCh); las dos cámaras, en efecto, eran elegidas por un sistema de representación proporcional (§§ 8 y 13 CCRCh).

(66) *Vid. supra* n. 26.

(67) Cfr. BIANCHI, L.: *Die tschechoslowakische Republik als bürgerlich-demokratischer Staat. Ein Rückblick auf die Jahre 1918-1938*, Frankfurt del M., 1969, p. 22; LIPSCHER, *cit.*, n. 8, p. 494, se refiere a una sentencia del TC apreciando la ilegalidad de un reglamento, pero, dado su objeto, posiblemente se trate, en realidad, de una sentencia del Tribunal Administrativo Supremo. Hay que tener en cuenta, además, que el TC no tuvo existencia entre octubre de 1931, fecha en la que se cumplieron los diez años para los que sus miembros habían sido elegidos, hasta el 31 de octubre de 1937, en que se procedió a un nuevo nombramiento de sus miembros. Cfr. *Schranič-Jonka*, *cit.*, n. 9, II, p. 492.

(68) Cfr., entre otros, ADLER: *Grundgedanken...*, *cit.*, n. 8, pp. 114-115; *Grundriss des tschechoslowakischen Verfassungsrechtes*, Reichenberg, 1930, p. 66; *Pro-mulgation...*, *cit.*, n. 18, col. 275; HARTMANN, *cit.*, n. 5, pp. 34-35; KREJČÍ, *cit.*, n. 62, p. 42; SANDER: *Verfassungsurkunde...*, *cit.*, n. 17, pp. 91-93.

(69) «Son competentes para acudir ante el TGC: 1.º El Ministerio fiscal. 2.º Los jueces y Tribunales en el caso del artículo 100. 3.º El Gobierno de la República. 4.º Las Regiones españolas. 5.º Toda persona, individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada.»

cuestión acerca de respecto de cuáles de estas funciones existía «competencia» para cada uno de los legitimados. Desde luego, no debía existir mayor dificultad para entender que todos los citados en el artículo 123 se hallaban legitimados para impugnar directamente (control *abstracto*) la constitucionalidad de una ley (con la excepción de la consulta judicial y una vez precisada la legitimación de las regiones no autónomas). Así lo entendió la Subcomisión de la Comisión Jurídica Asesora que redactó el anteproyecto de LOTGC, que se limitó a establecer algunas cautelas relativas al ministerio fiscal y a los jueces municipales (70), así como a contemplar el indispensable «control de oficio» de leyes, etc., *cuando habiendo de aplicarlos en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales estimare son contrarios a la Constitución*. El Gobierno, en el proyecto enviado a las Cortes, aceptó sustancialmente este planteamiento, con un recorte, sin embargo, importante: suprimía el control de oficio. Ahora bien, el control de oficio puede ser suprimido sin dificultad cuando, como en Checoslovaquia, el TC es exclusivamente un órgano de control de constitucionalidad; por el contrario, allí donde, como en Austria o en España, se trata de un órgano que asume una pluralidad de funciones jurisdiccionales —debiendo el mismo aplicar un número considerable de normas— resulta de una necesidad lógica el reconocerles la legitimación de oficio en el ámbito en que lo hacía la Comisión Jurídica Asesora (71).

Pero los recortes más importantes de la legitimación vendrían, como ya se ha indicado, en el texto definitivo votado por las Cortes. En él desaparece la legitimación del Gobierno de la República y de las regiones para impugnar directamente la constitucionalidad de una ley, no quedándoles más que la limitada vía de los conflictos o cuestiones de competencia legislativa; la legitimación del Ministerio Fiscal se confina al control concreto, concentrándose además en el fiscal general de la República; las consultas de jueces y tribunales (art. 100 de la CRE), por su propia naturaleza «control concreto», son realmente concentradas en el Tribunal Supremo; por fin, la legitimación de los particulares queda reducida a la excepción de inconstitucionalidad en el curso de un proceso o, cuando menos, debe ir precedida de la previa «alegación de agravio» personal. Ahora bien, en el caso de estos últimos, se hace preceptivo un dictamen del Tribunal Supremo

(70) Artículo 33. *Anteproyectos*, cit., n. 42, pp. 106-107.

(71) Como se había hecho, desde un principio en Austria. Cfr. PÉREZ SERRANO: *El proyecto...*, cit., n. 41, p. 14.

(en el caso de la excepción de inconstitucionalidad) o del Consejo de Estado (en el caso de la alegación de agravio) que, de ser negativo, exigirá una elevada fianza a fin de que la impugnación llegue al TGC (72).

VIII. LOS EFECTOS DE LA APRECIACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La problemática de los efectos de la apreciación de inconstitucionalidad ha girado siempre en torno a los dos temas del ámbito «espacial» (o, si se prefiere, «personal») de los efectos (*inter partes-erga omnes*) y del ámbito «temporal» de los mismos (efectos *ex tunc, ab initio, pro praeterito* o *declarativos*; efectos *ex nunc, pro futuro* o *constitutivos*). El primero de los temas, sin embargo, no debería precisar tratamiento una vez se ha optado por el sistema «europeo», de control abstracto: los efectos de la sentencia vinculan a todos, y así se expresa consecuentemente en Checoslovaquia el parágrafo 20 de la LTC. En España, sin embargo, como consecuencia en parte de la opción que la LOTGC hace en favor del control concreto o vía de excepción, la cuestión de la *extensión* de los efectos de la sentencia estimatoria se plantea paralelamente a dicha opción (73): en definitiva, los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias quedarán reducidos a los casos en los que éstas apreciasen inconstitucionalidad *formal* (74), o bien inconstitucionalidad «por incompetencia legislativa» de las leyes regionales (75). En los demás supuestos las sentencias *únicamente producirán efecto en el caso concreto del recurso o consulta* (art. 42.2 de la LOTGC). La experiencia, sin embargo, demostraría lo insostenible de esta limitación, que motivaría el fenómeno bastante irregu'ar de un Gobierno transformando por decreto los efectos *inter partes* de las sentencias en efectos *erga omnes* (76).

(72) Con todo, no se debe infravalorar esta vía del artículo 31.5. LOTGC, que, sin equivaler, por supuesto, a una «acción popular», abría amplias posibilidades, como mostraría la breve experiencia de 1934-1936.

(73) Cfr. TOMÁS VILLARROYA, *cit.*, n. 15, pp. 48-52; LUBAC, *cit.*, n. 20, pp. 53-54.

(74) Artículo 42 LOTGC. Cabe recordar aquí el precedente del proyecto constitucional de 1929, en cuya Ley orgánica del Consejo del Reino se preveía que la inconstitucionalidad de la ley sólo tendría efectos *inter partes*, en tanto la de los reglamentos tendría efectos *erga omnes* (arts. 59 y 68, respectivamente).

(75) No así las leyes *estatales*, para las que la apreciación de inconstitucionalidad tiene unos efectos *sui generis*: *erga omnes*, pero sólo en el ámbito de la región «reclamante» (art. 59.1.a LOTGC).

(76) Vid. Decreto de 24 de enero de 1935, en relación con la ley «para la solución de los conflictos derivados de los contratos de cultivo», declarada material-

La segunda de las cuestiones, la de los «efectos temporales» de la apreciación de inconstitucionalidad, es, quizá, la mayor dificultad técnica de todo el derecho del control de constitucionalidad: la opción entre unos efectos *declarativos* de las sentencias (*ex tunc*) y unos efectos *constitutivos* de las mismas (*ex nunc*), es siempre —por sí sola— más una opción dogmática que no una solución real (77). Se trata, pues, de una dificultad objetiva, presente en cualquier intento de racionalización del control de constitucionalidad. Con todo, la cuestión sería más debatida en Checoslovaquia que en España.

Para lo cual el ordenamiento checoslovaco daba, desde luego, pie. En efecto, recordemos el precepto con que se abre la Constitución: «Son *inválidas* las leyes contrarias a la Carta Constitucional...» (artículo I.1 de la LICCRCh). El término empleado en la traducción oficial alemana es *ungültig*, que bien hubiéramos podido haber traducido por «nulas», pero que, dada la polémica suscitada en torno al mismo, hemos preferido su correspondencia más literal. El hecho incuestionable es que el citado artículo I.1 tiene un marcado sabor «americano» y así lo entiende ADAMOVICH (*also nichtig*), quien ve ya una contradicción interna en el mismo texto de la Constitución cuando, tras la citada proclamación de «nulidad», aparece una prohibición dirigida al poder judicial de «constatar» la misma (78). Pero la contradicción más grave la descubrirían, tanto éste como otros autores, entre la norma constitucional y el párrafo 20 de la LTC, según el cual *la publicación de la sentencia... tiene como efecto el que a partir del día en que se produzca la misma, las asambleas legislativas, el Gobierno, así como todas las autoridades y tribunales quedan vinculados por la sentencia*. Siguiendo el planteamiento de la comisión que había dictaminado el proyecto de LTC, la mayoría de los autores se inclinaron por interpretar este párrafo en el sentido de que equivalía a dotar de efectos *constitutivos* (*ex nunc*) a la sentencia, en contradicción con el planteamiento de la Constitución, que se habría pronunciado desde su primer precepto en favor de unos efectos *declarativos* de nulidad (*ex tunc*, pues) (79). Sin embargo, un autor repeti-

mente inconstitucional por el TGC en sentencias de 27 de noviembre de 1934, así como el Decreto de 9 de mayo de 1936, en relación con la Ley de 2 de enero de 1935, ya citada (*vid. supra*, n. 44).

(77) Atinadamente, en este sentido. SANDER, F.: «Zur Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakischen Republik», en *Prager Juristischer Zeitschrift*, t. 10 (1930), col. 278-280.

(78) *Die Prüfung...*, cit., n. 35, p. 323 (*völlige Abkehr*); *Grundriss...*, cit., n. 18, página 242.

(79) Reproducción parcial del texto del dictamen en EPSTEIN, cit., n. 9, pp. 213-

damente citado, PAUL HARTMANN, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución, haría ver que la *Ungültigkeit* de la ley inconstitucional no tendría otro sentido que el de su «anulabilidad», por lo que era absolutamente correcto el parágrafo 20 de la LTC al no desvincular a los poderes públicos del acatamiento a dicha ley hasta el momento del reconocimiento de su inconstitucionalidad por el único órgano competente para ello; más allá de ello, la cuestión de los efectos retroactivos era una opción libre del legislador (80).

La cuestión de los efectos «temporales» de la apreciación de inconstitucionalidad fue bastante menos polémica en España, a pesar de haber sido resuelta de un modo algo más complejo. En efecto, en el ordenamiento español hay que distinguir, en primer lugar, de una parte, las diversas modalidades de recurso de inconstitucionalidad (más las consultas judiciales) y, de otra parte, los conflictos de competencia legislativa. Dentro de los primeros, a su vez, hay que distinguir según que la sentencia aprecie inconstitucionalidad *formal* o inconstitucionalidad *material*. Cuando la sentencia aprecie inconstitucionalidad *formal*, los efectos serán *constitutivos (ex nunc)*: *no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia*. Por el contrario, cuando aprecie inconstitucionalidad *material*, al tener únicamente efectos *inter partes*, éstos habrán de ser retroactivos (*ex tunc*) por definición, si bien únicamente respecto del caso controvertido: *el caso concreto del recurso o consulta* (art. 42 LOTGC).

Por su parte, cuando se trate de conflictos o cuestiones de competencia legislativa, será necesario distinguir según que la ley reconocida inconstitucional sea una ley *estatal* o una ley *regional*. En el primer supuesto la ley queda «sin efecto» —para la región reclamante— «desde el día de su promulgación»; en el segundo supuesto la LOTGC habla de «nulidad» de la misma «y de todos los actos de ejecución» (art. 59). En ambos casos parece que la sentencia tiene efectos retroactivos, pero sólo en el caso de inconstitucionalidad de las leyes *regionales* la nulidad es extendida expresamente a «los actos de ejecución» (81).

214. En el sentido del mismo, inicialmente, ADLER (*Grundgedanken*, cit., n. 8, página 110); en posteriores trabajos reconoce la razón de HARTMANN en este problema concreto.

(80) Cit., n. 5, pp. 39-46.

(81) Las soluciones eran, obviamente, distintas en el Anteproyecto, que atribuía cierta discrecionalidad al TGC en lo referente a los efectos retroactivos (art. 45). Una regulación bastante minuciosa de estos extremos en el voto particular de M. CUEVAS (*Anteproyectos*, cit., n. 42, p. 132).

IX. CONCLUSION

Como en cualquier labor de comparación, la efectuada entre los ordenamientos históricos analizados ha ido permitiendo poner en evidencia tanto una serie de convergencias como una serie de divergencias, de las cuales sólo nos correspondería ya destacar las más expresivas.

Por lo que hace a las primeras, éstas se localizan de forma destacada en torno a la organización o racionalización del que llamábamos «derecho del control de constitucionalidad». A este respecto, ambos ordenamientos muestran un proceso o cuadro formal paralelo, que cabe sintetizar en los siguientes puntos:

1. La norma constitucional no se plasma en un documento constitucional único, sino en una pluralidad —más o menos restringida, según cada caso— de leyes constitucionales, si bien, desde luego, una de ellas (CCRCh, CRE) responde al modelo del documento constitucional único convencional, respecto del cual las restantes leyes constitucionales asumen posiciones puntuales.

2. A pesar de lo anterior, el constituyente no opta, como quizá parecería lógico, por dotar de rango constitucional al derecho básico del control de constitucionalidad, no ya en el documento constitucional «principal», sino tampoco mediante el recurso a las leyes constitucionales «complementarias». En lugar de ello, opta por una regulación constitucional muy fragmentaria e incompleta de la materia, relegando al legislador ordinario el «desarrollo» de la misma, que habría de incluir aspectos absolutamente básicos, como sería, por citar un sólo ejemplo común a ambos ordenamientos, el de los efectos de la apreciación de inconstitucionalidad.

3. El «desarrollo» por el legislador de estos aspectos básicos del control de constitucionalidad dejados abiertos por el constituyente (efectos, modalidades de control, legitimación) tropieza en unos extremos con la «contestación» por parte de diversos sectores, que ven en el mismo una desvirtuación del espíritu de la Constitución. En otros extremos la legislación «orgánica» es acusada pura y simplemente de inconstitucional: el plazo de tres años en Checoslovaquia, la disposición final de la LOTGC en España, por señalar el punto más llamativo.

4. La obra del legislador, tanto cuando la acusación es de «desvirtuación» como cuando lo es de «inconstitucionalidad», tiene en ambos

ordenamientos una intencionalidad común bastante clara, la restricción de la función de control de constitucionalidad con respecto al esquema diseñado en la Constitución (ya sea a través de la restricción del *objeto* del control, de la regulación de la *legitimación* o de la de los *efectos* de las sentencias estimatorias) y ello con independencia de que esta legislación se promulgue nueve días más tarde o dieciocho meses más tarde que la Constitución.

5. Finalmente, como consecuencia de todo ello, el derecho del control de constitucionalidad queda en una posición debilitada, no sólo *materialmente* —en virtud de los recortes sufridos—, sino, lo que sobre todo nos interesa resaltar en este contexto, *formalmente*, en tanto que derecho más o menos ampliamente considerado inconstitucional y que, sin embargo, tropieza lógicamente con grandes dificultades en orden al sometimiento de sí mismo al control de constitucionalidad.

Por lo que hace a las *divergencias*, éstas son, evidentemente, múltiples y, sobre todo, bastante más difíciles de sintetizar. Pero no parece conveniente concluir sin señalar al menos las dos más elementales.

La primera de ellas se refiere al *modelo* de control incorporado a cada ordenamiento. En este punto ambos asumen posiciones extremas, dentro naturalmente del cuadro general de referencia, el sistema «europeo» del período histórico 1918-1939. Checoslovaquia, a pesar de mostrar un punto de partida retóricamente «americano» (art. I.1 de la LICCRCh), adopta los principios del sistema «europeo» en estado, podríamos decir, químicamente puro: control exclusivamente abstracto, órgano de exclusivo control de constitucionalidad, efectos *ex nunc* y *erga omnes*. España, por el contrario, con un punto de partida indudablemente «europeo» que no llega a abandonar sustancialmente, incorpora no obstante una serie de elementos «americanos» en unos casos en la misma norma constitucional y con evidente acierto (excepción y consulta judicial de constitucionalidad, por ejemplo: artículo 100 de la CRE), en otros casos a través de la legislación «orgánica» y con evidente mala fortuna (efectos de las sentencias estimatorias, por ejemplo: art. 42 de la LOTGC); el conjunto sería un híbrido que, consecuentemente, en unos extremos fue alabado en su tiempo e imitado con posterioridad, en tanto otros manifestaron su inoperancia desde el primer momento.

La segunda de estas divergencias básicas se referiría a la *operatividad* de ambos ordenamientos. También aquí la diferencia es grande.

En el caso de Checoslovaquia el TC no tuvo prácticamente posibilidad de funcionar, hasta el extremo de permanecer sin constituir entre los años 1931 y 1937; la razón de esta inoperancia hubo acuerdo en identificarla en la *oligarquía* de los legitimados, unido a la no realización de la única autonomía territorial prevista, la de Rusia Subcarpática. En España, por el contrario, el problema no fue precisamente de inactividad del TGC en sus dos años de funcionamiento, sino, como parece haber acuerdo, el de su *politización*, una politización, ante todo y sobre todo, *objetiva*, es decir, derivada tanto de la estructura impuesta al mismo como de la excesiva acumulación de funciones, pero que inevitablemente habría de tener repercusiones en la misma jurisprudencia del Tribunal.

JURISPRUDENCIA

Estudios y Comentarios

