

LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA DEL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD: DE LA SUPRESIÓN A LA AÑORANZA¹

por MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de León (España)

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Antecedentes: la experiencia española del control previo de constitucionalidad.- 3. El resurgimiento del debate.- 4.- La recurrente presencia de tópicos, temores y prejuicios en torno al control previo.- 5.- Valoraciones y propuestas.- 6.- A modo de conclusión.

1. Introducción

En el contexto del necesario y enriquecedor intercambio académico, resulta grato, y a veces sorprendente, comprobar que determinadas figuras o institutos jurídicos son objeto de interés común por parte de la comunidad científica de distintos países. Concretamente en el ámbito iberoamericano, el intercambio de información y experiencias resulta especialmente fructífero cuando hablamos de *Justicia constitucional* o *Derecho procesal constitucional*: el interés por determinados aspectos de esta disciplina, o bien es compartido en toda Iberoamérica, o bien viaja cíclicamente a uno y otro lado del Atlántico. Así sucede, por ejemplo, con el *control previo de constitucionalidad*, el cual, como hemos podido constatar, y en seguida veremos, ha venido acaparando creciente atención dentro de los estudios comparativos dedicados a los procesos constitucionales, por más que en el caso concreto de España esa atención ha decaído durante años y sólo en los últimos tiempos ha vuelto a intensificarse. En el concreto supuesto de Costa Rica, la tendencia que actualmente viene cobrando fuerza en el sentido de restringir o eliminar el control previo de constitucionalidad, pretende tomar como ejemplo la experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad. Lo que ocurre es que, precisamente en España, esta figura fue tan denostada en su momento (hasta que se logró su supresión en 1985) como añorada lo es actualmente, cuando se echa de menos el que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la adecuación o no a la Constitución –especialmente- de las recientes reformas de Estatutos de Autonomía; por lo que tal vez merezca la pena una sosegada reflexión antes de prescindir de una figura que ahora se echa en falta allí donde fue suprimida.

Así las cosas, si hace algún tiempo fue amablemente acogida una contribución mía al mencionado debate científico sobre el control previo, centrada en el modelo italiano², agradezco esta nueva y especialmente grata oportunidad que ahora me ofrece la *Revista de Derecho Público* de compartir con los muy apreciados colegas costarricenses la

¹ Inicialmente publicado en *Revista de Derecho Público* (Asociación costarricense de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica), n° 9-10, Enero-Diciembre 2009, págs. 39-57.

² Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, “La desaparición del control previo de constitucionalidad en el nuevo artículo 127 de la Constitución italiana”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 4, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional/Editorial Porrúa, 2005, págs. 3-15.

experiencia (ojalá interesante e ilustrativa) del control previo de constitucionalidad en España: su regulación por la Constitución española de 1978 y el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional respecto de los tratados internacionales, la inclusión del mismo en el artículo 79 de la misma Ley Orgánica para controlar con carácter preventivo los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas, la supresión de dicho precepto en 1985, y el renovado interés que esta modalidad de control ha despertado en la doctrina española en el actual contexto de reformas de los Estatutos de Autonomía³.

Pues bien: hace ahora doce años veía la luz un libro titulado *Justicia constitucional y control preventivo*⁴. La oportunidad de este trabajo se justificaba sobre todo en la necesidad que en aquel entonces percibí de revisar las conclusiones con las que la generalidad de la doctrina española se daba por satisfecha en torno al control previo de constitucionalidad: a saber, su identificación con un *control político* (o necesariamente politizado), y su consideración peyorativa en contraposición al *control jurisdiccional*, dando por sentada la imposibilidad de un control previo de naturaleza jurisdiccional y llevado a cabo mediante criterios estrictamente jurídicos.

En el mencionado trabajo pretendía demostrar: *a*) que es posible (y de hecho no faltan experiencias al respecto) un control preventivo de carácter jurisdiccional; *b*) que tanto el control previo como el ejercido *a posteriori*, presentan ventajas e inconvenientes, por lo que no se entiende la razón que lleva a descartar aquél sin más, y a cargar sobre él las tintas a la hora de subrayar los inconvenientes; *c*) que control previo y control sucesivo no son dos realidades distintas, ni siquiera dos competencias diferentes asignadas a los órganos de justicia constitucional, sino dos formas, modos o mecanismos de llevar a cabo una misma función: el control de constitucionalidad; *d*) que el hecho de que la experiencia española de control previo de estatutos de autonomía y leyes orgánicas (posible hasta 1985 en virtud del hoy derogado artículo 79 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC) no arrojara un balance positivo, no tiene por qué conllevar el rechazo hacia cualquier modalidad de control previo, habida cuenta además de que éste y el control *a posteriori* bien pueden resultar complementarios, supliendo cada uno las carencias e inconvenientes que presenta el otro.

El estudio de ambas modalidades de control, a través de los distintos planteamientos doctrinales, las tendencias observables y la práctica jurisprudencial en los Ordenamientos estudiados (fundamental, aunque no exclusivamente, Francia, Italia, Portugal y España) permitió la verificación de estas premisas y a la vez dar a conocer de manera monográfica una figura tan denostada en España como el control previo de constitucionalidad.

³ También en esta línea, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, “El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencia y perspectivas”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, n° 8, 2007, págs. 3-29; “Sobre la conveniencia de recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad”, en Pablo PÉREZ TREMPES (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 243-270.

⁴ Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, León, Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1995. El libro es, a su vez, fruto de la reelaboración de mi tesis doctoral, dirigida por mi maestro, el profesor Manuel B. García Álvarez, y defendida en la Universidad de León en mayo de 1993. El lector podrá acudir a este trabajo, así como al anteriormente citado, para obtener mayor información bibliográfica y jurisprudencial y encontrar un desarrollo más profundo de los planteamientos que aquí se presentan meramente esbozados.

Pues bien: las circunstancias que han rodeado en los últimos tiempos a la compleja dinámica de reformas estatutarias emprendidas en España durante la presente legislatura, en cuyas profundas implicaciones jurídicas y políticas no es posible ahora detenerse⁵, han traído consigo, entre otras muchas consecuencias, el hecho de que el control previo de constitucionalidad haya vuelto a entrar en escena y a convertirse en objeto de atención. La realidad ha venido así a mostrarnos que aún quedaba algo por decir a propósito del control previo, y que el debate en torno al mismo no estaba definitivamente cerrado. Así las cosas, y habida cuenta del tiempo transcurrido, no estará de más ponernos en antecedentes recordando, siquiera de forma esquemática, algunos aspectos esenciales que habrán de servir como elementos de análisis en las páginas siguientes.

2. Antecedentes: la experiencia española del control previo de constitucionalidad

A. El contexto en el que se inserta el resurgimiento del debate sobre la conveniencia de recuperar el control previo de constitucionalidad en España, nos lleva a establecer la inevitable conexión con el desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad (en adelante RPI), que el **artículo 79 LOTC** establecía “contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas”. Dicho precepto, derogado en virtud de la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio, establecía lo siguiente:

- “1. Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes orgánicas. El recurso tendrá por objeto la impugnación de:
 - a) El texto definitivo del proyecto de Estatuto que haya de ser sometido a referéndum en el territorio de la respectiva Comunidad autónoma en el supuesto previsto por el artículo 151,2,3º de la Constitución. En los demás casos se entenderá que es texto definitivo del Estatuto de Autonomía el que, con arreglo al apartado siguiente, se establece para los demás proyectos de Leyes orgánicas.
 - b) El texto definitivo del proyecto de Ley orgánica tras su tramitación en ambas Cámaras y una vez que el Congreso se haya pronunciado, en su caso, sobre las enmiendas propuestas por el Senado.
2. Están legitimados para entablar el recurso previo de inconstitucionalidad quienes, de acuerdo con esta Ley, están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y Leyes orgánicas del Estado. El plazo para la interposición del recurso será el de tres días desde que el texto definitivo del proyecto recurrible estuviere concluido. La interposición del recurso suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos.
3. El recurso se sustanciará en la forma prevista en el capítulo II del título II de esta Ley.
4. a) Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirá su curso el correspondiente procedimiento.
 - b) Si, por el contrario, declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, deberá concretar ésta y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente.
5. El pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa”.

B. El estudio de la **supresión del RPI**, centrado en los debates conducentes a la elaboración de la Ley orgánica 4/1985 de 7 de julio y en la STC 66/1985 de 23 de mayo, permite afirmar, por una parte, el *carácter jurisdiccional* del RPI (fundamento jurídico 2

⁵ Puede verse, como ejemplo de aportación doctrinal, situando la actual problemática en sus coordenadas históricas, Santiago MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Madrid, Iustel, 2006.

de la citada sentencia); y por otra, que, si bien el Tribunal se pronunció a favor de la constitucionalidad de la supresión del recurso previo, no afirma la inconstitucionalidad del mismo. Por el contrario, afirma, si bien de forma marginal, su carácter *praeterconstitucional*, pero *no inconstitucional* (FJ 2). Igualmente, el Tribunal declara que el contenido de la LOTC es disponible para el legislador, de tal manera que el RPI, introducido por una Ley orgánica, *podía ser suprimido por otra*; a lo que puede añadirse que, dado que no se declara la inconstitucionalidad de esta figura, no existirían, al menos desde este punto de vista, obstáculos para su *recuperación*.

Resulta revelador al respecto el testimonio del entonces presidente del Tribunal Constitucional, Manuel GARCÍA PELAYO⁶ que, a punto de cesar en su cargo, y entrevistado por un medio de comunicación, declaraba: “Cuando el Tribunal abordó el recurso contra la ley que suprimía el recurso previo, sólo podía tratar el tema en términos jurídicos. *Lo que no está en la Constitución, sino en una ley orgánica, puede ser modificado por otra ley orgánica*. Por consiguiente, el tribunal, por unanimidad, declaró dicha reforma como constitucional. *Otra cosa es si hubiera sido prudente mantener el recurso previo. No le niego que yo así lo creía y lo creo, pero por la razón antedicha no puse, ni puedo poner, ninguna objeción a la constitucionalidad de su supresión*”.

C. Como es sabido, el control previo de constitucionalidad sí permanece en el Ordenamiento español respecto de los **tratados internacionales**, merced al mecanismo previsto en el artículo 95 de la Constitución y desarrollado en el artículo 78 LOTC. Esta modalidad sí ha generado cierto consenso doctrinal en cuanto a su justificación, a la vista del carácter internacional de las normas controladas y los especiales inconvenientes que acarrearía su declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*.⁷

Baste aquí con recordar que, a través de esta vía, el Tribunal ha dictado, en primer lugar, la *Declaración de 1 de julio de 1992*, respondiendo al requerimiento formulado por el Gobierno de la Nación sobre la necesidad o no de modificar la Constitución española como paso previo a la ratificación del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. El Tribunal apreció la existencia de contradicción respecto del artículo 13.2 CE, estableciendo que para obtener la adecuación al Tratado, era necesario proceder a la reforma de dicho precepto constitucional por la vía del artículo 167. Pero además, y por lo que aquí interesa, dicha Declaración permite afirmar, con el propio Tribunal, el carácter jurisdiccional de esta modalidad de control, así como la plena equiparabilidad de esta resolución a las sentencias. El control previo de tratados queda, además, configurado como un procedimiento encaminado a garantizar la supremacía

⁶ Entrevistado por Bonifacio DE LA CUADRA, en *El País*, 19 de febrero de 1986. La cursiva es nuestra.

⁷ Incluso algún autor va más allá, al demostrar que el control *a posteriori* de los tratados internacionales es una “opción excluida por el constituyente español”. Así, Luis JIMENA QUESADA, “La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional español)”, en Pablo PÉREZ TREMP (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 419-439. El mismo autor desarrolla esta línea argumental en su trabajo “El lugar de la Constitución en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Tomo V, Brasil, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, págs. 195-256, especialmente en págs. 237-238.

constitucional, garantizando al mismo tiempo la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales.⁸

El mecanismo del control previo de tratados se ha utilizado, en segundo lugar, en relación con el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. La ratificación del *Tratado Constitucional* por parte de España no pasaba únicamente por la respuesta ciudadana en el referéndum de 20 de febrero de 2005 (76,73% de votos afirmativos, con una participación del 43,32%). Como se encargó de recordar el Consejo de Estado en su dictamen de 21 de octubre de 2004, se requería también la autorización de las Cortes mediante ley orgánica en virtud del artículo 93 CE (lo cual se materializó en la LO 1/2005 de 20 de mayo). Además, el Consejo de Estado dictaminó “que, con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción” entre el *Tratado Constitucional* y la Constitución española. De acuerdo con ello, y pese a sus reticencias iniciales, el Gobierno, tras el Consejo de Ministros de 5 de noviembre de 2004, elevó al Tribunal Constitucional el requerimiento al que hace referencia dicho precepto constitucional. De esta manera se dio (aunque parcialmente) satisfacción a la necesidad, generalmente sentida, de que los ciudadanos pudieran acudir al referéndum de 20 de febrero de 2005 conociendo la resolución dictada por el Alto Tribunal en respuesta a dicho requerimiento, esto es, la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre. De todas formas, como acabamos de adelantar, esta Declaración no sirvió para despejar totalmente las dudas sobre la adecuación entre Constitución y Tratado. Y ello, no sólo por la existencia de tres votos particulares discrepantes respecto de la conclusión a la que llegan la mayoría de Magistrados constitucionales (la cual puede resumirse en la no existencia de contradicción entre la Constitución y los preceptos del Tratado *que fueron objeto de requerimiento*, así como en la suficiencia del artículo 93 para la prestación del consentimiento del Estado sin necesidad de reforma constitucional); sino, sobre todo, por el hecho que, tanto del requerimiento del Gobierno como de los términos del fallo de la Declaración, y merced al principio de congruencia, se infiere que la ausencia de contradicción sólo queda afirmada respecto de los preceptos concretos de éste que fueron mencionados en las dos primeras preguntas formuladas por el Gobierno. La adecuación no es, por tanto, incontestable respecto de los demás contenidos del Tratado, respecto de los cuales, por una u otra razón, no fue preguntado el Tribunal, ni por el Gobierno, no por “cualquiera de las Cámaras” (también legitimadas para emprender este procedimiento según el artículo 95.2 de la Constitución. El alcance del control queda, pues, a merced del contenido del requerimiento.⁹

⁸ Una visión comparativa del control de constitucionalidad de los tratados y de la problemática de su ejercicio *a priori* o *a posteriori*, con referencia específica al interés que el tema suscita en México, puede verse en Joaquín BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Serie “Doctrina Jurídica”, n° 248), 1ª ed., 2005, págs. 243 y ss.

Por su parte, Noemí GARCÍA GESTOSO ha considerado que “pudiera ser adecuada [...] la flexibilización de los requisitos exigidos para suscitar un control preventivo de la constitucionalidad de las futuras reformas de los Tratados constitutivos, o incluso su transformación en un control preceptivo de alcance general” (“Algunas consideraciones sobre las reformas de la Constitución española de 1978 derivadas de la integración europea”, en *Seminario de Profesores de Derecho Constitucional: La reforma constitucional*, Universidad de Castilla-La Mancha, 18 de junio 2004, www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/noemi.pdf, pág. 24.

⁹ Cfr. Luis JIMENA QUESADA y Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, págs. 252-258, así como la bibliografía allí citada.

D. La comparación entre los distintos modelos de control previo y sucesivo, así como el análisis de sus semejanzas y diferencias, conduce a la conclusión de que la diferencia esencial que justifica esta clasificación dicotómica *se halla en relación con el hecho de que el texto sometido a control haya entrado o no en vigor, con el consiguiente reflejo en la manera de producirse la depuración objetiva del Ordenamiento*. Así, el control previo logrará una depuración *a priori*, evitando que llegue a estar vigente, y por tanto a ser obligatoria y aplicable, una ley contraria a la Constitución. El control sucesivo, por su parte, cumplirá su función mediante la eliminación del Ordenamiento de una norma jurídica hasta entonces vigente.¹⁰

En consecuencia con ello, cabe precisar que el **concepto de control previo** que vengo proponiendo, y el que se toma como punto de partida y de referencia también en estas páginas, es el que lo define como *aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los órganos encargados del control de constitucionalidad cuando les es sometido (bien por los sujetos legitimados en cada caso, bien con carácter preceptivo) un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor*.

3. El resurgimiento del debate

Como se ha indicado al principio, la tendencia a rescatar del olvido el desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad, se halla directamente relacionada con los recelos y prevenciones generados por el controvertido proceso de reformas de Estatutos de Autonomía que se vive en España a partir de 2004. Resumiendo en una traducción muy libre todo lo leído, sondeado, manifestado y escuchado, no resulta difícil detectar un serio temor –fundado, por lo demás– a que, ante la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario para modificar la Constitución en un ambiente político tan crispado y enrarecido como el actual, se pretenda modificar el modelo territorial constitucionalmente previsto por

¹⁰ A la clasificación control previo – control sucesivo se refiere Lucio PEGORARO, poniéndola en relación con la que distingue entre control abstracto y control concreto: “En particular la [propuesta] que incide en la distinción entre control previo y control sucesivo evidencia el factor representado por la ‘fase’ del control, a diferencia de las que insisten en la mayor o menor conexión con un contencioso concreto. En particular, se observa que mientras el control preventivo es siempre abstracto, no es cierto lo contrario, que el control abstracto sea siempre preventivo” (“Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, en Javier PÉREZ ROYO, Joaquín Pablo URÍAS MARTÍNEZ y Manuel CARRASCO DURÁN –Eds.–, *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2006, Tomo II, págs. 4201-4225, en concreto págs. 4210-4211.

Véase también Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, “La obsolescencia de la bipolaridad ‘modelo americano/modelo europeo-kelseniano’ como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, nº 6, año 2002. Este autor (pág. 61) sitúa la dicotomía control previo / control sucesivo como una clasificación relativa al control de constitucionalidad de la ley, en la que el criterio determinante es “el momento de verificación del control”, diferenciándose concretamente “según que el control se lleve a cabo antes o después de la promulgación de la ley”.

Como ejemplo de reflexión sobre el *modelo europeo* de control de constitucionalidad, incidiendo de nuevo en el ámbito de las clasificaciones, “siempre opinables” (pág. 48), véase Tania GROPPi, “¿Existe un modelo europeo de Justicia Constitucional?”, *Revista de Derecho Político*, nº 62 Madrid, UNED, 2005, págs. 33-54.

el atajo o puerta falsa consistente en utilizar para ello la vía de la reforma estatutaria; lo cual equivale sencillamente a *comenzar la casa por el tejado*, habida cuenta de que, si realmente se quisiera y/o necesitara modificar el modelo territorial, lo lógico y deseable sería modificar primero la Constitución (una vez que el contenido de la reforma hubiera alcanzado un grado de maduración y de acuerdo hoy impensables), y adecuar después al nuevo marco constitucional los Estatutos de Autonomía.

Estos son, pues, el clima y el caldo de cultivo idóneos para que el desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad, haya vuelto a cobrar cierto protagonismo, en los términos que a continuación trataré de sintetizar, a fin de contemplar desde una perspectiva monográfica una preocupación que varios autores vienen manifestando últimamente, al menos de manera tangencial, y que incluso ha sido objeto de referencia a nivel institucional.

A. Podemos convenir en que los síntomas de este renovado interés por el control previo comenzaron en 2003, es decir, dieciocho años después de su supresión. En ese momento, el Gobierno del Partido Popular trabajó con la posibilidad de establecer alguna modalidad de control previo, entre otras posibles iniciativas jurídicas encaminadas a impedir que prosperara la reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco conocida como *Plan Ibarretxe*.¹¹ El mismo partido retomó la pretensión de reinstaurar el recurso previo en enero de 2006, en el marco de un conjunto de propuestas realizadas por su presidente nacional, Mariano Rajoy, durante la tramitación parlamentaria de la reforma del Estatuto catalán.¹² En todo caso, reclamaba Rajoy que el referéndum sobre el mencionado texto no se llevara a cabo sin que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre su adecuación a la Carta Magna. Las propuestas del Partido Popular en torno al tema que nos ocupa se materializaron en la presentación de una Proposición de Ley Orgánica “por la que se establece el control previo de inconstitucionalidad de los Estatutos de Autonomía”, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 21 de abril de 2006.¹³

¹¹ Cfr. el artículo de Fernando GAREA, en *El Mundo*, 1 de noviembre de 2003. Concretamente, el Gobierno, del Partido Popular en aquel momento, con base en los artículos 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, impugnó ante el Tribunal Constitucional el acuerdo del Gobierno Vasco por el que se aprobaba la “Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi”, y el de la Mesa del Parlamento Vasco de 4 de noviembre de 2003, por el que se admitía a trámite la propuesta de reforma. El recurso fue inadmitido por el Tribunal Constitucional mediante el Auto 135/2004 de 20 de abril, al que más adelante aludiremos. Se estudia con mayor detalle en la comunicación presentada por Octavio SALAZAR BENÍTEZ al V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, bajo el título “Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria”, citada en nota 12.

¹² Entre ellas, tal y como en su momento recogió la prensa, la polémica y cuando menos novedosa medida consistente en promover, mediante iniciativa legislativa popular, la convocatoria de un referéndum a nivel nacional en torno al nuevo Estatuto catalán, al entender que éste suponía una alteración del modelo territorial de Estado constitucionalmente previsto. Al respecto, Natalia JUNQUERA y Nuria TESÓN, en *El País*, 25 de enero de 2006, pág. 15, y Cristina DE LA HOZ, *ABC*, 25 de enero de 2006, pág. 10. Un nuevo conjunto de catorce medidas encaminadas a la reforma constitucional del modelo territorial, fueron presentadas por el Presidente del Partido Popular, en la clausura de la Conferencia de dicho partido sobre el modelo de Estado, el 2 de diciembre de 2006. Entre ellas, elevar a dos tercios la mayoría necesaria para reformar Estatutos de Autonomía, tanto en los parlamentos regionales como en las Cortes Generales

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, 21 de abril de 2006. Dicha proposición, encaminada a la inclusión de un nuevo artículo 79 LOTC, dentro de un Título VI dedicado al “Control previo de constitucionalidad”, ha sido estudiada con mayor detalle en varias de las comunicaciones presentadas al V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, como las de Octavio SALAZAR BENÍTEZ (“Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria”, págs. 459-

B. Mayor relieve institucional cobró la reivindicación del recurso previo cuando fue el propio **Consejo de Estado** el que se refirió a su conveniencia, si bien de modo incidental, dentro del *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, aprobado el 16 de febrero de 2006, en el que el “supremo órgano consultivo del Gobierno” (artículo 107 CE) se pronuncia sobre las pretendidas reformas constitucionales anunciadas por el presidente del Gobierno español José Luis Rodríguez Zapatero al inicio de la presente legislatura. En lo que ahora nos ocupa, señalaba el Consejo de Estado:

“Para concluir este análisis de los aspectos procedimentales de la apertura del sistema de distribución de territorial del poder, parece razonable hacer una reflexión sobre el papel que en ese procedimiento debería jugar el Tribunal Constitucional. Como antes se indicó, es obvio que el ámbito competencial de muchas de nuestras Comunidades está cerca de agotar el campo que el artículo 149 les reserva, cuando no lo ha agotado ya, y que esta situación incrementa el riesgo de que una nueva ampliación traspase los límites que ese artículo establece. Aunque las eventuales transgresiones podrán siempre ser corregidas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad e incluso, aunque con más dificultad, a través de la cuestión de inconstitucionalidad o del recurso de amparo, este control *a posteriori* tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, *a fortiori*, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad. Un recurso que, como es obvio, a diferencia de la consulta antes sugerida en relación con las reformas estatutarias sin contenido competencial, sólo cabría presentar frente al texto aprobado por las Cortes Generales”.¹⁴

El control previo estuvo, incluso, en boca del **Tribunal Constitucional**, en este caso para recordar su actual inexistencia en el Ordenamiento español respecto de los Estatutos de Autonomía, como puede leerse en el *Auto 85/2006 de 15 de marzo*. En él se inadmite a trámite un *recurso de amparo* (con base en el artículo 42 LOTC por presunta vulneración del artículo 23.2 CE) interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra el Acuerdo de la Mesa de dicha Cámara de 18 de octubre de 2005, en el que se califica la propuesta de reforma del Estatuto catalán presentada por el Parlamento de Cataluña como propuesta de reforma de ese Estatuto de Autonomía, al entender los recurrentes que se trataba más bien de una reforma constitucional encubierta.

El Alto Tribunal resume en el Fundamento Jurídico 9 del citado auto, cuyo párrafo más significativo transcribimos a continuación, la postura defendida a lo largo del mismo (véanse en particular los FFJJ 2, 3) y apoyada a su vez en resoluciones anteriores (autos 135/2004 de 20 de abril y 515/2005 de 19 de diciembre):

485) e Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ (“Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de reforma de Estatutos de Autonomía: viabilidad jurídica de una necesidad política”, págs. 355-388), así como en un plano contextual por Javier TAJADURA TEJADA (“Reformas estatutarias y control previo de constitucionalidad”, págs. 487-503). Todas ellas publicadas en el citado libro colectivo Pablo PÉREZ TREMPES (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre modificaciones de la Constitución española*, Febrero 2006, págs. 217-218. El texto completo puede consultarse en www.consejo-estado.es. Véase también el comentario al mismo por Juan María BILBAO UBILLOS, “El informe del Consejo de Estado sobre la Reforma de la Constitución”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1: *Reforma de los Estatutos de Autonomía y Pluralismo Territorial*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 153-169.

“En definitiva, bajo la cobertura de un recurso de amparo (y bajo la alegación de vulneración del artículo 23.2 CE, que hemos visto que no se ha producido) lo que realmente se pretende, en el fondo, desvirtuándose claramente nuestro proceso de amparo, es que este Tribunal ejerza una competencia de control previo de constitucionalidad sobre proyectos de normas, que de ninguna manera tiene. El cumplimiento estricto de la Constitución y de nuestra Ley Orgánica nos obliga a velar porque no se desvirtúen la naturaleza y contenido de los procesos constitucionales que nos están atribuidos, conforme declaramos en el ATC 515/2005, de 19 de diciembre (FJ 3)”.

En suma, la postura mayoritaria de los magistrados del Tribunal Constitucional, contenida en los mencionados fundamentos jurídicos implica una negativa a entrar a analizar, en el seno de un recurso de amparo, si un texto que se somete a tramitación parlamentaria vulnera la Constitución (que era lo que alegaban los recurrentes al entender que se trataba de una reforma constitucional encubierta) A este respecto, téngase en cuenta que ni siquiera el RPI que preveía el artículo 79 LOTC permitía (a pesar de utilizar la palabra “proyecto” en diversas ocasiones) que el Tribunal pudiera entender de proyectos o proposiciones de ley, sino únicamente de textos definitivos, cuya tramitación parlamentaria hubiera finalizado, y listos para ser sometidos, en su caso, a referéndum. Por eso, en el FJ 2 del mismo auto 85/2006, puede leerse:

“En cuanto a la vulneración de la Constitución por proyectos de Estatutos de Autonomía, en nuestro ATC 135/2004, de 20 de abril, negamos terminantemente la idoneidad objetiva para que un proyecto de norma pudiera de por sí vulnerar la Constitución y la posibilidad de que este Tribunal interfiriese en el debate parlamentario en una especie de recurso previo. Quiebra así esta primera base conceptual del planteamiento del recurrente”.¹⁵

C. De la misma manera, y como también se anticipó, el control previo ha vuelto a ser objeto de atención en el **plano doctrinal**. Valgan como ejemplo las reflexiones del profesor Aragón sobre la construcción del Estado autonómico; el cual, presentaría, entre otras características, “una decisiva y permanente intervención del Tribunal Constitucional para reducir la complejidad y equilibrar el sistema”.

“En relación con esto último –continúa Aragón- la posibilidad de recuperar el control previo de constitucionalidad para la reforma de los Estatutos de Autonomía (sugerida también en el

¹⁵ Recordemos, sin embargo, que el auto 85/2006 fue objeto de cinco votos particulares. Cabe destacar aquí el formulado por el magistrado Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, que alude en varias ocasiones al concreto aspecto problemático que ahora nos ocupa. Así, en el punto 3 indica: “El Auto de la mayoría insiste, no obstante, en demostrar reiterativamente que no se debe confundir el recurso de inconstitucionalidad con el recurso de amparo. Se repiten por ello, en un extenso fundamento jurídico 3, los razonamientos que llevaron a rechazar la admisión a trámite de la impugnación de la propuesta de reforma del Estatuto del País Vasco, conocida como *plan Ibarretxe*, en el ATC 135/2004, de 20 de abril. En el fundamento final (FJ 9) se vuelve a enseñar, todavía, que bajo la cobertura de un recurso de amparo lo que realmente se pretende en el fondo [...] es que este Tribunal ejerza una competencia de control previo de inconstitucionalidad sobre proyectos de normas que de ninguna manera tiene [...]. Este planteamiento no se corresponde con lo que se pide en la demanda y dificulta la comprensión real del problema suscitado en este proceso de amparo”. Y más adelante (punto 10) este mismo magistrado recordará: “He escrito –no para este caso sino hace ya años, y en sede científica- que la abolición de este control constitucional previo (aunque luego fuera confirmada por la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3) ha sido un factor negativo para las garantías de nuestra Constitución de 1978”.

Por su parte, el magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS, alude en su voto particular (punto 7) al riesgo que conlleva (habida cuenta de que ya no existe en el Ordenamiento español el recurso previo de inconstitucionalidad) el hecho de que el Tribunal Constitucional, para pronunciarse sobre una iniciativa legislativa que afecte a principios esenciales de la Constitución [y por tanto, añadimos, venga a ser una reforma constitucional encubierta], deba esperar no sólo a que el procedimiento legislativo haya concluido, sino además a que sea interpuesto un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad sobre el texto ya vigente, cuando dicho texto haya podido ya desplegar efectos.

Informe del Consejo de Estado) debería ser objeto de una ponderada reflexión (y no sólo porque en algunos Estatutos intervenga el referéndum de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, sino también, y sobre todo, por la especial posición y el relevante significado que tienen los Estatutos en nuestro modelo constitucional)”.¹⁶

Asimismo, y en referencia específica al tema, el profesor Cruz Villalón, que ya se había ocupado en su momento de esta figura¹⁷, retoma ahora la cuestión y, junto con “algunas buenas razones para recuperar el control previo”, apunta también sus “dificultades objetivas” en el sentido de que para dar por bueno el control previo no basta con poner de manifiesto sus ventajas, sino también valorar los inconvenientes que puede plantear en determinadas circunstancias. Asimismo, contempla “una posible alternativa al modelo vigente desde 1985”.¹⁸

Tampoco han faltado destacados colegas que, al calor de animadas conversaciones se han mostrado partidarios de rescatar del olvido al recurso previo, y no sólo para los Estatutos de Autonomía, aunque sólo sea porque la tardanza con que se verifica el sucesivo (en ocasiones años después de la interposición del correspondiente recurso) le hace perder su sentido (incluso podría ocurrir que la ley recurrida hubiera sido ya derogada). En este sentido, una eventual tardanza en la resolución de un recurso previo, sin perjuicio de las disfuncionalidades que pudiera comportar, o de la finalidad obstaculizadora con que pudiera ser utilizado, no tendría, al menos el inconveniente de los posibles efectos desplegados por el texto vigente declarado inconstitucional.¹⁹

Más recientemente, la añoranza del recurso previo ha cobrado nueva intensidad. En concreto, el profesor Jorge de Esteban señala el doble objetivo que cumplía el recurso previo regulado en el artículo 79 de la LOTC: “Por un lado, que [los Estatutos de Autonomía] no fuesen declarados inconstitucionales cuando ya estuviesen surtiendo efectos jurídicos. Y por otro, que en el caso de los proyectos de Estatuto del artículo 151, el control debería hacerse, para no defraudar al cuerpo electoral respectivo, antes de que se celebrara el referéndum exigido”. Critica, por ello, que “al suprimirse torpemente este

¹⁶ Manuel ARAGÓN, “La construcción del Estado autonómico”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1: *Reforma de los Estatutos de Autonomía y Pluralismo Territorial*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 15-38, en concreto pág. 38. A pie de página añade el propio autor: “Esa razón también valdría para plantearse la conveniencia de ampliar ese hipotético control previo a las reformas constitucionales e incluso a las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.

¹⁷ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público* (2ª época), nº 82, enero-marzo 1981, págs. 5-21.

¹⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El control previo, a los veinte años de su supresión”, en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (Coord.): *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional, Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 4/2006, Junta General del Principado de Asturias, págs. 277-290. El texto es, además, la contribución del autor al Libro Homenaje a Louis FAVOREU.

¹⁹ Al respecto, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, cit., págs. 282 y ss. En una reciente intervención pública, concretamente la que sirvió para clausurar el ya mencionado V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, el 1 de diciembre de 2006, la Presidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia CASAS, señaló que el hecho de que una ley haya estado vigente durante largo tiempo, o incluso que haya quedado derogada, no condiciona la decisión del Tribunal Constitucional a la hora de decidir *a posteriori* sobre la constitucionalidad o no de la misma, aunque puede hacer perder parte de su sentido a la eventual declaración de inconstitucionalidad. Podemos añadir por nuestra parte que el control previo evitaría también este posible inconveniente.

artículo, se estaban sembrando las futuras discordias que hoy ya han germinado. Las consecuencias son que en estos tres años se han aprobado muchas disposiciones de desarrollo del Estatuto, y no resultará fácil, en su caso, dar marcha atrás”²⁰.

Por su parte, el profesor García Roca se expresa en los siguientes términos: “Con seguridad no se debió suprimir del artículo 79 de la LOTC el recurso previo contra propuestas de reforma de los Estatutos al tiempo de suprimir acertadamente el mismo recurso contra leyes orgánicas que había desatado prácticas de obstruccionismo parlamentario. Que el Tribunal Constitucional se vea obligado a revisar la constitucionalidad de una ley refrendada es procesalmente posible, pero constituye un regalo envenenado que podría perfectamente evitarse incorporando un *control previo* de los Estatutos antes de su entrada en vigor”²¹.

Por su parte, el profesor Solozábal Echavarría considera que “la propuesta de reintroducción del recurso previo no debería encontrar la oposición de argumentos sistemáticos o lógicos frente a la misma, fuera de los supuestos de utilización de las instituciones *contra natura*”²².

²⁰ Jorge DE ESTEBAN, “El pronunciamiento catalán”, Diario *El Mundo*, 26 de noviembre de 2009. www.elmundo.es.

²¹ Javier GARCÍA ROCA, en la “Encuesta sobre el Estado autonómico” publicada en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 24, UNED, 2009, págs. 11-105, en concreto pág. 94.

Por nuestra parte, compartiendo la opinión de este autor sobre la conveniencia de recuperar el control previo para los Estatutos de Autonomía, no podemos dejar de reclamarlo también para las Leyes Orgánicas, que plantean la misma problemática, en caso de ser declaradas inconstitucionales *a posteriori*, de la difícil o imposible reparación de los efectos producidos. Baste pensar en el ejemplo más gráfico posible actualmente planteado en España: el de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (BOE de 4 de marzo), considerablemente más permisiva en materia de aborto que la legislación a la que viene a sustituir (ya de por sí manifiestamente inconstitucional en mi opinión, como he tratado de demostrar en diversos trabajos al respecto). Pues bien: si esta nueva legislación es recurrida (como previsiblemente sucederá) y el Tribunal Constitucional declara su inconstitucionalidad, no habrá posibilidad de recuperar las vidas humanas eliminadas al amparo de la misma.

Los trabajos mencionados, en los que intento fundamentar mi postura favorable al derecho a la vida del no nacido: Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, “El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona”, *Revista General de Derecho*, nº 604-605, Valencia, 1995, págs. 189-222; *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1996; “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad”, *Revista de Derecho Político*, nº 53, Madrid, UNED, 2002, págs. 337-358; Recensión al libro *La Constitución día a día* de Joan Oliver Araujo [Valencia, Tirant lo Blanch, “Alternativa”, 2003], *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 47, Universidad de Valencia, 2004, págs. 165-174; “El reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance”, en José Peña González (Coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Universidad San Pablo-CEU, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 55-70; “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad” (con Óscar Mago Bendahán), *Revista de Derecho Político*, nº 66, Madrid, UNED, 2006, págs. 183-234; *Derechos de la personalidad y derecho de los daños morales* (con Óscar Mago Bendahán), Caracas, Constitución Activa (“Breviarios del nuevo Derecho”), 2007; “El aborto es incompatible con la Constitución”, en el Foro de *CiViCa, Asociación de Investigadores y Profesionales por la Vida*, (<http://www.investigadoresyprofesionales.org/>): <http://cienciayculturaaporlavida.blogspot.com/2009/11/el-aborto-es-incompatible-con-la.html> ,(21 de noviembre de 2009).

²² Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “El Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 24, UNED, 2009, págs. 173-190, en concreto pág. 179. Reflexiona el autor sobre el momento en que debería ejercerse ese control en caso de ser reintroducido: “si se hace después del voto de los ciudadanos y antes de la sanción, la consecuencia será, en efecto, en que no pasará al ordenamiento una norma inconstitucional, cortándose el paso también al desarrollo de aspectos que

Ocurre, sin embargo, que, por más que actualmente se vuelva la mirada hacia el control previo como posible instrumento de control de constitucionalidad de las reformas estatutarias, el análisis que al respecto pudiera llevarse a cabo acabaría tarde o temprano encontrándose frente a frente con los prejuicios que siempre han lastrado al control previo. No estará de más, por tanto, que la aportación que estas páginas pudieran suponer a dicho análisis, incluya –de nuevo– un intento de revisar, y en su caso desmontar, los viejos mitos que se ciernen sobre esta figura.

4. La recurrente presencia de tópicos, temores y prejuicios en torno al control previo

Es, en efecto, habitual, que las referencias al control previo hagan especial hincapié en sus inconvenientes, e incluso cuestionen su legitimidad como instrumento de fiscalización de la constitucionalidad.²³

resulta que se basan en una norma inconstitucional. Pero el problema político de oponer el Tribunal a la decisión de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, aunque jurídicamente sea una cuestión sencilla, no se habrá evitado. Más cuestionable es si la impugnación del Estatuto se hace eludiendo el voto de los ciudadanos, porque se ha eliminado esa fase de la tramitación estatutaria, o dicha impugnación se lleva a cabo en relación con la decisión de las Cortes Generales verificada antes de la consulta ciudadana. En tales casos, sobre todo si se impide que la consulta culmine la tramitación de la reforma estatutaria, nos encontramos ante una modificación sustancial, y a mi juicio inconveniente, de la ordenación autonómica en un aspecto capital de la misma como es la reforma estatutaria”.

Como bien señala este autor, conviene evitar que el Tribunal Constitucional tenga que pronunciarse sobre el texto ratificado por el cuerpo electoral en referéndum. Y la única manera de lograrlo es que el texto sometido a control previo del Tribunal Constitucional sea el definitivamente aprobado por el Parlamento. No parece que ello acarree los inconvenientes que el autor citado plantea (y en todo caso, serían un mal menor en comparación con el que se trata de evitar): si el texto aprobado por el Parlamento resulta ser contrario a la Constitución, no tiene sentido ya someterlo a referéndum: no tendría sentido que los ciudadanos dieran por bueno un texto contrario al texto constitucional (la única manera en la que ello sería posible sería en un referéndum *de reforma constitucional*, pero no con ocasión de una reforma estatutaria).

Sobre la posición concreta que aquí mantengo sobre el momento de ejercicio del control preventivo, véase el apartado *valoraciones y propuestas* en las últimas páginas de este trabajo.

²³ Encontramos un ejemplo de ello en el trabajo de Gabriel BOUZAT, “La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad (A propósito de la Sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso *Iachemet, M^a L. vs. Armada Argentina*), *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, págs. 273-285: “El control preventivo y abstracto de constitucionalidad, en manos de un Tribunal Constitucional, que analiza las normas sin tener en cuenta la incidencia de la aplicación de las mismas en un caso particular, se maneja en un grado de abstracción similar al que tuvo en cuenta el legislador al sancionar la ley [sic]. Dicho tipo de control implica una suerte de elitismo que presupone que un reducido grupo de expertos están mejor capacitados que el Parlamento para solucionar los conflictos valorativos que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley. A mi entender, se le debe otorgar prioridad a la decisión legislativo [sic] porque cuenta con mayor legitimidad democrática. A pesar de que en ciertos casos pueda surgir una clara contradicción entre una ley y la Constitución, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos, especialmente en los casos difíciles, siguiendo la terminología de Dworkin” (pág. 281).

También Lucio PEGORARO se ha referido al mayor grado de abstracción del control previo (el Tribunal constitucional tendrá que juzgar sobre “casos meramente abstractos relativos a hechos que no se dan en la vida cotidiana”), así como al hecho de que la ley no haya sido aún aplicada, lo que conlleva la “exigencia de someter las disposiciones legislativas a la prueba de interpretación”. Además, se refiere este autor a la imposibilidad de posterior juicio de una ley que haya sido declarada conforme a la Constitución en la vía previa, para concluir que “el control preventivo pretende insistir en el significado unívoco de una ley o de una parte de ella, pero no tiene en cuenta los restantes, presentes y futuros” (“La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de Justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia*

En concreta referencia al actual escenario español, resultan sumamente ilustrativas respecto de lo que aquí interesa destacar, las declaraciones de dos personajes que desempeñan actualmente responsabilidades públicas del máximo nivel, y que en sendas entrevistas han sido requeridos para que se pronuncien sobre una eventual recuperación del recurso previo de inconstitucionalidad.

A. Nos fijaremos en primer lugar, por orden cronológico, en la amplia entrevista concedida al Diario *El Mundo* por el **presidente del Gobierno español**, José Luis Rodríguez Zapatero.²⁴

En ella, y con relación a la polémica suscitada en torno al Estatuto catalán, se le pregunta si “no sería conveniente que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el fondo del Estatuto [...] antes de que se someta a referéndum para evitar el riesgo de que algo aprobado [*sic*] por el pueblo pueda luego ser decretado [*sic*] como inconstitucional”. La respuesta del presidente consistió en afirmar que

“El Tribunal Constitucional tiene el momento de su intervención bien definido. Creo que fue un acierto suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad”.

Con ello se nos viene a confirmar algo por lo demás sobradamente sabido: el control previo, en cuanto mecanismo que la oposición puede utilizar para promover el control de constitucionalidad de las leyes, molesta a quien gobierna y a la mayoría que le apoya, y satisface a las minorías, como se demostró a lo largo del episodio que culminó con su supresión en 1985. Por otra parte, ¿excluye la Constitución española la posibilidad de que el control de constitucionalidad se ejerza con carácter preventivo? Recordemos que en el artículo 95 CE, y en su desarrollo *ex* artículo 78 LOTC se contempla el control con carácter preventivo respecto de los tratados internacionales (*supra*, apartado 2.C); y que, como recordábamos en el apartado 2.B, la inconstitucionalidad del RPI no quedó afirmada en la STC 66/1985.

A continuación, en la mencionada entrevista, se le recuerda al presidente que el Consejo de Estado propuso restablecer el recurso previo (véase *supra*, apartado 3.B). Esta fue la respuesta:

“No, no lo comparto. Tenemos que tener una presunción en favor de los representantes de los ciudadanos. Este es un elemento esencial de la democracia. El control de la actuación del legislador ha de ser siempre a posteriori. Si el Tribunal Constitucional, después incluso de celebrarse un referéndum, decretara [*sic*] inconstitucional o anulara [*sic*] algún artículo de cualquier estatuto, no pasaría absolutamente nada”.

Constitucional, nº 6, 2002, págs. 393-416, en concreto págs. 404-405. Traducción de Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, a partir de un texto inicial de Rafael RUBIO NÚÑEZ, revisado y modificado.

Exponer con detenimiento la respuesta a estas objeciones no resulta posible en este lugar, por lo que resulta de nuevo necesaria la referencia al trabajo *Justicia constitucional y control preventivo* citado en nota 1, especialmente en págs. 177 ss. y 261 ss. En todo caso, quede en el aire la pregunta sobre si estas mismas objeciones no podrían plantearse igualmente respecto del control sucesivo ¿En qué medida influye realmente en la solidez o no de las mismas el hecho de que la norma no haya entrado en vigor?

²⁴ La entrevista fue llevada a cabo por el director del periódico, Pedro J. Ramírez. Los fragmentos aquí extraídos fueron publicados el 17 de abril de 2006.

Puesto que en este párrafo se encuentran condensados varios de los prejuicios más frecuentemente alegados en contra del control previo (no solamente en España), junto con algunas afirmaciones discutibles sobre cuestiones delicadas, queda justificado el hecho de que procedamos aquí a realizar un comentario del mismo, por breve que sea, necesitándose para ello desglosar su contenido:

a) *“Tenemos que tener una presunción a favor de los representantes de los ciudadanos. Este es un elemento esencial de la democracia”*.

La propia existencia del control de constitucionalidad (independientemente de que se ejerza *a priori* o *a posteriori*) significa que esa presunción se puede romper. La actuación del legislador, como la de cualquier otro poder público, es susceptible potencialmente de vulnerar o contradecir la Constitución. El control de constitucionalidad pretende evitar esa posibilidad y evitar la coexistencia de la Constitución con leyes contrarias a ella. Ciertamente es que existe una presunción a favor de la adecuación de las leyes a la Constitución; pero, ¿por qué es mejor romper esa presunción cuando la ley ya está vigente que cuando todavía no lo está? La tradicional crítica al control previo en cuanto que supone en cierto modo una *presunción de inconstitucionalidad de la ley*, llevada a su último extremo, nos conduciría a la pregunta sobre la legitimidad de la propia Justicia constitucional ejercida sobre normas elaboradas por los representantes de la voluntad popular. De hecho, la existencia de la *cuestión de inconstitucionalidad* o control en vía incidental (artículo 163 CE), ¿no supone también en cierto modo la posibilidad de que la presunción de constitucionalidad de las leyes pueda destruirse en cualquier momento, incluso cuando lleven años en vigor? Recordemos, pues, que lo que hay que presumir adecuado a la voluntad popular es la Constitución: lo que va contra ella, se opone a la voluntad popular aunque proceda del Parlamento. Si se acepta la necesidad y legitimidad del control de constitucionalidad como medio de defensa de la Constitución, ello conlleva, lógicamente, aceptar que puede ocurrir que el legislador apruebe leyes inconstitucionales. No parece exacto, por tanto, asociar en exclusiva al control previo algo que va unido a cualquier modalidad de control de constitucionalidad. En suma, el control previo no tiene por qué romper la constitucionalidad de los actos del legislador en mayor medida que el sucesivo. Variará el momento en que la rompa, y en el caso del control previo la presunción se romperá antes de que la ley entre en vigor. Pero eso, lejos de suponer un inconveniente, representa, como hemos visto, una ventaja.

b) *“El control de la actuación del legislador ha de ser siempre a posteriori”*.

Ciertamente, esta afirmación resulta compatible, y a ello nos hemos referido ya en el apartado 3.B al comentar el ATC 85/2006 de 15 de marzo. Lo que ocurre es que *el control previo, también actúa a posteriori respecto de la acción del legislador*. Ciertamente, resultaría precipitado y en buena medida carente de sentido un control de constitucionalidad sobre una norma antes de su redacción definitiva. Pero, en el caso del control previo de constitucionalidad tal y como aquí lo venimos entendiendo (véase *supra*, apartado 2.D) y, lo que es más importante, tal y como lo preveía el artículo 79 LOTC, *el legislador ya ha terminado su labor*: se trata del *texto definitivo* (lo cual se desprende inequívocamente de la lectura del mismo, por mucho que utilizara frecuentemente la palabra “proyecto”), restando sólo los pasos subsiguientes que posibilitaran la entrada en vigor de la disposición impugnada. La diferencia está en que el control previo logra una depuración *a priori*, evitando que la ley (o Estatuto de Autonomía, si se prefiere), en caso de comprobarse su inconstitucionalidad, llegue a estar vigente y por tanto llegue a ser

obligatoria, aplicable y aplicada. El control sucesivo cumplirá su función mediante la eliminación del Ordenamiento de una norma jurídica hasta entonces vigente.

c) “Si el Tribunal Constitucional, después incluso de celebrarse un referéndum, decretara inconstitucional o anulara algún artículo de cualquier estatuto, no pasaría absolutamente nada”.

Se trata de una afirmación, cuando menos, arriesgada. ¿Seguro que en ese caso no se generaría un importante conflicto político, del que quizá nadie saldrá excesivamente airoso? También la presidenta del Tribunal Constitucional, en una entrevista a la que en seguida nos referiremos²⁵, declaró en relación con la reforma del Estatuto catalán que “el TC se pronunciará cuando le llegue y no le temblará el pulso y, desde luego, tendrá coraje institucional para resolver tras el referéndum. No me cabe ninguna duda. Lo contrario sería aceptar que el pueblo nunca se confunde, y eso tampoco es así”. Ciertamente, una cosa es que el Tribunal se pronuncie cuando constitucional y legalmente le corresponda, y otra que *no pase absolutamente nada* si declara la inconstitucionalidad de un texto ratificado en referéndum. Recordemos (*supra*, apartado 2.C) que la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 de 13 de diciembre, en relación con la llamada *Constitución europea*, se produjo antes del referéndum de 20 de febrero de 2005; y ciertamente no faltó quien utilizó el hecho de que el Tribunal no hallara contradicciones entre el Tratado y la Constitución respecto de las preguntas formuladas, como argumento a favor del *sí* en dicho referéndum. En todo caso, la doctrina se encargó en aquel momento de recordar la conveniencia de que los ciudadanos acudieran a votar una vez conocida la resolución del Tribunal.²⁶ Si la resolución del Tribunal hubiera afirmado la existencia de contradicción entre la Constitución y el Tratado (al menos en alguno de los puntos objeto de requerimiento), no habría procedido la celebración del referéndum, y el camino a seguir habría sido el indicado por el artículo 95.1 CE. Si, como fue el caso, el Tribunal no apreciaba inconstitucionalidad y el referéndum se celebraba, ello no tendría por qué condicionar necesariamente a los electores a la hora de votar a favor o en contra del tratado.

B. En el mencionado encuentro con periodistas, y a propósito del control previo, la **presidenta del Tribunal Constitucional**, María Emilia Casas Baamonde, señalaba:

“Me parece correcto que el Tribunal se pronuncie cuando la ley orgánica lo prevea. Cuestión distinta es que en la comunidad jurídica se defienda la conveniencia de recuperar un recurso previo a determinados efectos”.

Y a la pregunta de si “no habría que precisar con mucho detalle en qué supuestos tendría sentido ese recurso previo”, respondía:

²⁵ “Foro de debate” con los periodistas Casimiro García-Abadillo, Pedro J. Ramírez, Justino Sinova, María Peral, Carmen Remírez de Ganuza, Ángeles Escrivá, Manuel Barranco, Carlos Segovia, Eduardo Suárez, Victoria Prego, Enrique Gimbernat y Pedro García Cuartango, Diario *El Mundo*, 8 de mayo de 2006.

²⁶ *Cfr.*, por ejemplo, Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, “Colisión entre *constituciones*”, *ABC*, 6 de noviembre de 2004, para quien el requerimiento al Tribunal “debería ser, aunque no es preceptivo, previo al reseñado referéndum. Conoceríamos con antelación la constitucionalidad de lo que votamos, evitaríamos el peligro de una posterior declaración de inconstitucionalidad, con su correlativo efecto de ineficacia interna, y escaparíamos a posibles responsabilidades internacionales. Al Tribunal Constitucional compete pues su resolución (artículo 78 LOTC), y al Gobierno (artículo 95.2 CE) –también a las Cámaras (artículos 157 y 147 de los Reglamentos del Congreso y del Senado)- obrar según los mandatos constitucionales”.

“Sin duda. Existió un recurso previo que no dio excesivo buen resultado porque estaba concebido con una enorme generalidad frente a estatutos de autonomía y frente a cualquier ley orgánica, y eso impide que una mayoría gobierne, ya que puede verse obstaculizada por una minoría. Estaba concebido con una extensión indebida”.

Parece, entonces, que la presidenta no rechaza la figura como tal, sino la amplitud con que estaba prevista y el uso que se hizo de ella. Ello está en la línea de lo que vengo manteniendo en el sentido de que la defectuosa regulación del artículo 79 LOTC en algunos aspectos, o la utilización que de él pudo hacerse en la breve experiencia española, *puede dar pie a criticar esa experiencia concreta*, diciendo que, hasta su supresión (en la que, como es obvio, no dejaron de influir factores políticos) fue un control *politizado*. Pero ello no debe llevar a negar las ventajas que el control previo puede presentar, ni tampoco su naturaleza jurisdiccional. Cabría preguntarse también a este respecto, por qué, al menos en un plano teórico, en el control previo existe un mayor riesgo de *politización* que en el sucesivo como ha venido afirmando tradicionalmente la generalidad de la doctrina española. En todo caso, cabe reiterar la opinión de que la introducción en la LOTC del recurso previo no supuso una quiebra con el modelo de Justicia constitucional previsto por el constituyente. Ni por ser un control *político* (puesto que reunía todos los caracteres del control jurisdiccional) ni por ser *previo* (pues la propia Constitución lo estableció para los tratados internacionales en el artículo 95).²⁷

C. Más recientemente, el profesor Solozábal se hace eco de esas connotaciones negativas del recurso previo de inconstitucionalidad, dando a entender que ellas fueron los motivos que provocaron su supresión: “En primer lugar, tal recurso presentaba una difícil inserción en nuestro sistema de justicia constitucional pues se trataba de una intervención no exactamente jurisdiccional ya que no consistía en el control de una norma sino de un proyecto de tal y tal trámite se convertía en una fase más del procedimiento legislativo. De hecho, en segundo lugar, esto es lo que ocurría, privando al ordenamiento de la disposición del instrumento normativo de las leyes orgánicas, sistemáticamente recurridas y así suspendidas en la práctica a pesar de haber sido aprobadas con la mayoría constitucional requerida en las Cortes”²⁸.

5. Valoraciones y propuestas

Descrito y analizado así el contexto y el actual estado del debate en torno al control previo en España, ¿Qué consideraciones puede merecernos o qué impresiones puede producirnos la reflexión sobre su hipotético regreso al Ordenamiento jurídico español?

²⁷ Cfr. Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, cit. págs. 378-379.

²⁸ Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “El Estatuto de Cataluña ante el Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 24, UNED, 2009, pág. 179. Creemos que estas objeciones al recurso previo quedan ya suficientemente contestadas a lo largo de este trabajo, por lo que evitaremos la reiteración. Únicamente, incidir en un aspecto: si esas leyes orgánicas habían “sido aprobadas con la mayoría constitucional requerida en las Cortes”, ¿por qué se insiste en que el recurso previo “no consistía en el control de una norma sino de un proyecto de tal”? ¿Y qué tiene ello que ver con el carácter jurisdiccional o no de la actuación del Tribunal Constitucional?

Tal como he mantenido en otro lugar, como contrapunto a los tradicionales inconvenientes que tradicionalmente se achacan al control previo, creo que es posible seguir afirmando la existencia de las *ventajas* que el mismo ofrece. Muy resumidamente, podrían concretarse en la mayor seguridad jurídica que aporta (cuando la ley entra en vigor ha sido ya objeto de control), y además, sin que ésta haya sido aún aplicada (evitándose así el problema a veces irresoluble de reparar los efectos producidos por la norma que después es declarada inconstitucional). A ello habría que añadir la mayor sencillez y eficacia: el ordenamiento no sufre ninguna repercusión por causa de la declaración de inconstitucionalidad, y no se crea ninguna laguna en el tejido normativo, eliminándose así todas las dificultades y la problemática relativa a los efectos temporales de la sentencia.²⁹

Como se ha podido comprobar, en el fondo de todas las críticas y objeciones al control previo de constitucionalidad, laten dos temores de fondo: el supuesto *mayor riesgo de politización*, y el no menor *peligro de que sea utilizado con una finalidad obstruccionista*.

A. En cuanto al primero de ellos, únicamente cabe responder que la supresión en 1985 del RPI no ha evitado que al Tribunal Constitucional hayan seguido yendo a parar los asuntos más espinosos y problemáticos de la contienda política. Si los riesgos de *politización* y de *judicialización* de la vida política existen, y de ello no parece haber duda, existirán con control previo o sin él. ¿No es utilización o instrumentalización política de un Tribunal Constitucional el que un gobierno, pongamos por caso, con tal de llevarse bien con tal o cual fuerza política o Comunidad Autónoma, retire recursos o conflictos interpuestos por gobiernos anteriores? No en vano se ha escrito con acierto que “asistimos los españoles a la contemplación de un fenómeno de dimensión universal”, consistente en “las traslaciones improcedentes de problemas estructurales de la democracia al ámbito de las garantías, las cuales adquieren su manifestación más significativa y notoria en ese singular proceso de judicialización de la vida política que estamos viviendo, y que convierte a los jueces en unos de sus más auténticos y relevantes protagonistas”. Ahora bien, si “el juez resuelve lo patológico de la vida social”, es claro que “su presencia [...] en la vida política resulta, más que una expresión palpable de un correcto funcionamiento de las estructuras del sistema democrático, una prueba delatora de sus disfuncionalidades”.³⁰ Así las cosas, o se prescinde del Tribunal Constitucional, o ¿por qué no aprovechar, con una regulación técnicamente bien elaborada y articulada con el control *a posteriori*, las ventajas del control preventivo?

B. En cuanto a la posible *utilización obstruccionista*, el riesgo era expresado gráficamente, como se vio en el apartado 4.B, por la presidenta del Tribunal Constitucional: el recurso previo puede traer consigo que una minoría obstaculice la acción

²⁹ Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, cit., págs. 259 ss. y 373 ss.; “La desaparición del control previo de constitucionalidad en el nuevo artículo 127 de la Constitución italiana”, cit., pág. 14. En estos trabajos llego a la conclusión de que, puesto que ni el control preventivo ni el sucesivo, aisladamente considerados, están exentos de inconvenientes y carencias, es preciso afirmar su *carácter complementario*, en el sentido de que cada uno suple las lagunas que el otro presenta. En este sentido, y salvados los problemas que en cada caso pudiera plantear la articulación de ambas modalidades, parece que la coexistencia del control *a priori* y *a posteriori* sería necesaria para lograr un óptimo sistema de control de constitucionalidad.

³⁰ Pedro DE VEGA GARCÍA, “Prólogo” a *Constitución española* (edición, notas e índice de Antonio DE CABO DE LA VEGA), Madrid, Biblioteca Nueva, 1996, págs. XIII-XXVIII, concretamente págs. XXVI-XXVII.

de gobierno apoyada por la mayoría. Ahora bien: más bien podríamos decir que *lo que se pretende con el control previo, al igual que con el sucesivo, es que la mayoría utilice su fuerza numérica para vulnerar la Constitución*, o que tales vulneraciones, conscientes o inconscientes se perpetúen por no llegar al Tribunal la norma contraria a la Constitución. Aceptar la Justicia constitucional implica asumir que una ley o un Estatuto de Autonomía pueden vulnerar la Constitución, y la posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional implica una garantía de cara a la depuración del Ordenamiento jurídico. Por lo demás, y en relación con este punto, pueden resultar oportunas las siguientes consideraciones:

a) Ni que decir tiene que la oposición se vería (y en el caso español se habría visto) en buena medida disuadida de la utilización obstruccionista del recurso previo, si el Tribunal Constitucional hubiera dictado sus resoluciones con la *celeridad legalmente prevista*. El control de constitucionalidad (sea previo o sucesivo) es garantía y no obstáculo, siempre que el Tribunal resuelva en un plazo razonable (lo cual, por otra parte, dependerá de multitud de factores en los que ahora no resulta posible entrar).

b) Tomemos como referencia la *reforma del Estatuto catalán*, que de alguna manera ha desempeñado el papel de catalizador del debate en torno al control previo: el Tribunal Constitucional va a tener que pronunciarse sobre la misma en vía sucesiva, una vez admitidos a trámite los diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley orgánica 6/2006 de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. ¿No proporcionaría mayor sensación de seguridad jurídica que el Tribunal Constitucional hubiera podido pronunciarse antes de su entrada en vigor, y por supuesto –como ya se comentó en anteriores apartados- antes del referéndum de que fue objeto?³¹

C. En otro orden de cosas, resta preguntarse si una hipotética recuperación del control previo *debería ceñirse únicamente a los Estatutos de Autonomía, o por el contrario extenderse a la generalidad de las leyes orgánicas* (como preveía el artículo 79 LOTC) e incluso a las *reformas constitucionales* como, según hemos visto (*supra*, apartado 3.C) se ha llegado a proponer. Habrá que dilucidar también si esa eventual recuperación estaría *más correctamente ubicada en la Constitución o en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

a) Respecto de la primera cuestión, creemos que el principal argumento a favor de la extensión del control previo a las *leyes orgánicas* (y que neutralizaría por sí mismo los

³¹ La ley orgánica 6/2006 se publicó en el BOE el día 20 de julio de 2006 y entró en vigor el 9 de agosto, tras la *vacatio legis* de veinte días. El referéndum sobre su ratificación se había celebrado en Cataluña el 18 de junio, con una participación del 49,42% y un 73,9 de votos afirmativos. Frente al mismo, a fecha 15 de noviembre, se han admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 31 de julio (el primero cronológicamente) por más de cincuenta diputados del Grupo Popular, así como los planteados por el Defensor del Pueblo, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el órgano homónimo de La Rioja; el *Estatut* también ha sido recurrido por la Generalitat Valenciana, Aragón y las Islas Baleares. El BOE de 20 de noviembre de 2006 publica los acuerdos de admisión a trámite también de estos recursos.

Cabe plantearse qué hubiera ocurrido si en el BOE se hubiera previsto una *vacatio legis* de, por ejemplo seis meses (con lo cual no habría entrado en vigor hasta enero de 2007), y, frente a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, el Tribunal hubiera cumplido el plazo máximo de treinta días que el artículo 34.2 LOTC le da para resolver. Habríamos estado ante un control de constitucionalidad *ejercido* con carácter previo a la entrada en vigor, y por tanto, control previo tal como aquí lo venimos entendiendo. ¿Cabe, entonces, considerar como obstruccionistas los recursos interpuestos?

ya conocidos argumentos en contra) es el de la difícil o imposible reparación de los efectos desplegados por una ley declarada inconstitucional, lo cual puede ser especialmente delicado en relación con materias tan relevantes y sensibles como las que la Constitución reserva a ley orgánica en el artículo 81. Por mucho que se pueda objetar que el mejor “banco de pruebas” para detectar la posible inconstitucionalidad de una ley es su aplicación, lo más habitual es que la inconstitucionalidad se manifieste sin necesidad de esperar a los efectos prácticos de su aplicación, y el precio que supondría la espera podría ser demasiado alto. Además, la interposición del recurso de inconstitucionalidad *a posteriori* obedece a un plazo marcado en la ley, independientemente de que ésta se haya aplicado o no.

En esta línea, dicho sea de paso, resulta increíble, por ejemplo, que la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE de 27 de mayo), al igual que sus predecesoras (Ley 35/1988 de 22 de noviembre y Ley 45/2003 de 21 de noviembre), no se haya tramitado como ley orgánica, habida cuenta de que los problemas éticos y jurídicos que plantea (en lo que puede implicar de selección genética, destrucción de individuos humanos en estado embrionario, y *cosificación* e instrumentalización del ser humano contrarias a su dignidad) entroncan directamente, sin ir más lejos, con los derechos fundamentales constitucionalizados en el artículo 15.

b) Por lo que se refiere al control de las *reformas constitucionales*, no resulta posible entrar aquí en el complejo problema de si únicamente cabría, en su caso, un control previo de su adecuación *formal* al procedimiento constitucionalmente previsto (por ejemplo, si se siguiera el procedimiento del artículo 167 para reformar un precepto sujeto al más agravado procedimiento del artículo 168), o si cabría también un control material que tratara de determinar si una reforma constitucional ha traspasado los límites implícitos al poder de revisión.³²

Independientemente de que se las denomine *leyes de reforma constitucional* o, como considero más correcto, *reformas constitucionales*, comparto el criterio según el cual “una vez aprobadas no son leyes, sino Constitución y, por tanto, insusceptibles de control de constitucionalidad. Estamos, pues, ante una laguna importante, que debería ser colmada mediante el establecimiento de un control previo de los proyectos de reforma constitucional”.³³

³² Sobre los límites implícitos a la reforma constitucional véase Pedro DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos (“Temas clave de la Constitución española”), págs. 283 y ss. Relacionando este tema con la dignidad de la persona, Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996, págs. 124 y ss., y la bibliografía que allí se cita.

Dos aportaciones recientes y específicas sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son las de Roberto RODRÍGUEZ GAONA, *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006, y Domingo GARCÍA BELAÚNDE, “Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)”, *Revista de Derecho Político*, Nº 66, Madrid, UNED, 2006, págs. 477-500. Véase también el magnífico estudio comparativo que sobre el tema lleva a cabo Joaquín BRAGE CAMAZANO, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., págs. 256-274 (y de manera específica las págs. 267-268), donde plantea la posibilidad de control (formal) de las reformas constitucionales “para evitar un Caballo de Troya (in)constitucional”.

³³ Antonio TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo II: Instituciones Políticas*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 5ª ed., 2004, pág. 387. En la línea que aquí vengo manteniendo, pienso que el hipotético control debería ejercerse sobre el texto ya concluido, con anterioridad a su presentación para sanción y promulgación regia y, en su caso, con anterioridad a la celebración de referéndum.

c) Por último, en lo tocante a la ubicación de un recurso previo hipotéticamente recuperado, pienso que lo más correcto sería situarla en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y no en la propia Constitución. Por una parte, ahí es donde se encontraba hasta su supresión en 1985. Por otra, ya sabemos que el recurso previo no era inconstitucional y, por tanto, el texto constitucional no lo excluye: no sólo por el ya comentado mecanismo del artículo 95 y por la cláusula abierta del artículo 161.1.d), sino también porque del propio párrafo 1.a) del mismo precepto no se desprende de manera necesaria que el control de constitucionalidad haya de ejercerse *a posteriori*. El que este párrafo aluda a “leyes” no implica que éstas deban estar vigentes; y, como también se recordará, el artículo 79 LOTC contemplaba el RPI respecto de textos definitivos, respecto de los cuales ya había concluido la tramitación parlamentaria.

De hecho, el control previo no era, en mi opinión, una nueva competencia del Tribunal Constitucional, sino una modalidad de ejercicio de la función de control de constitucionalidad. Por eso no era contrario ni al párrafo 1.a) ni al 1.d) del artículo 161. Como es sabido, éste atribuye al Tribunal el conocimiento de “las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”. Las materias sometidas a control no variaron con el RPI. De hecho, la inclusión de éste en la LOTC supuso una *novedad menor* de lo que permite el 161.1.d): si éste permite *lo más* (atribuir el conocimiento de nuevas materias –lo que supone, en definitiva, nuevas competencias–), permite también *lo menos* (introducir una nueva técnica para llevar a cabo una misma competencia).³⁴ La previsión del RPI y, de la misma manera, su eventual recuperación, no sería sino un desarrollo posible, por parte de la LOTC, del artículo 161.1 CE, como prueba el hecho de que su constitucionalidad quedara avalada por la STC 66/1985 de 23 de mayo (*supra*, 2.B).

D. En vista de todo lo anterior, habrá que apresurarse a señalar que cualquier propuesta *de lege ferenda* relativa a la recuperación del control previo debe realizarse exclusivamente *desde una perspectiva técnico-jurídica*, y a la luz de los problemas planteados por la anterior regulación, y teniendo también en cuenta la regulación y la experiencia aportada por los Ordenamientos extranjeros que lo contemplan. Es posible que en la práctica el control previo volviera a arrojar un balance negativo (si bien tal vez ello no ocurriría si la regulación fuera más adecuada que la de entonces, el Tribunal se viera compelido a decidir en plazos breves y preclusivos, y efectivamente los respetara). Pero lo que sí podemos aquí poner de manifiesto es que, desde una perspectiva técnico-jurídica, el control previo aplicado a determinadas categorías normativas, supondría una mejora en la regulación del sistema español del control de constitucionalidad.

E. Como hemos visto en el puntos anteriores, la recuperación del control previo debería estar referida, al menos, a los *Estatutos de Autonomía* y a las *demás leyes orgánicas*, así como a las *reformas constitucionales*, y bien podría extenderse a los *reglamentos parlamentarios* (por la especial trascendencia de su regulación en vista de que su inconstitucionalidad podría determinar a su vez la inconstitucionalidad formal de las normas que se elaboren en aplicación de los mismos) y otras cuya declaración de inconstitucionalidad *a posteriori* pudiera producir efectos especialmente traumáticos

³⁴ Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, cit., págs. 324-327 y 378-379.

(como podrían ser las *leyes tributarias*, “leyes tributarias sustantivas”, como las llama el artículo 134.7 CE).

Si esto cabe decir en cuanto al *objeto* del control previo, también cabría apuntar aquí algún apunte de propuesta en cuanto al *momento* del control (como establecía el artículo 79 de la LOTC, una vez que el texto que se pretende controlar estuviera definitivamente concluido, y antes de su presentación al Rey para sanción y promulgación), o su *carácter preceptivo u obligatorio* (como sucede por ejemplo en Francia con las leyes orgánicas, evitándose así maniobras políticas con relación a la impugnación o no de la norma así como problemas atinentes a la legitimación). A esto último podría objetarse que entonces no estaríamos propiamente ante un “recurso”; pero ello no supondría la negación de su carácter jurisdiccional. Y en todo caso, el control previo con carácter preceptivo supondría indudables ventajas: por una parte se evitaría que un amplio consenso político permitiera la entrada en vigor de normas inconstitucionales cuya declaración de inconstitucionalidad *a posteriori* sería especialmente traumática (consenso no equivale a conformidad con la Constitución). Por otra, dado que el control previo supone la suspensión de la entrada en vigor de la norma controlada, es preferible que dicho control se lleve a cabo *cuanto antes*, sin tener que esperar a que transcurra un plazo para la impugnación. Se eliminaría igualmente el problema de determinar si la suspensión de la entrada en vigor debe afectar a toda la disposición normativa o sólo a los preceptos impugnados, pues el Tribunal Constitucional controlaría obligatoriamente la constitucionalidad de toda ella.

En este contexto de esquemáticas propuestas de regulación de un hipotético control previo de constitucionalidad, cabría hacer también alguna referencia a los *efectos de la decisión del Tribunal*. Si la sentencia *no aprecia inconstitucionalidad*, la norma controlada debe ser presentada al Rey para sanción y promulgación, y ser publicada y entrar en vigor (nótese que no hablamos aquí de “sentencia desestimatoria”, ya que no se trataría de la desestimación de las pretensiones de un recurrente, al ser el control obligatorio). Una norma declarada conforme a la Constitución en la vía previa, no debería ser susceptible de control sucesivo, dado el mencionado carácter obligatorio del control previo, y que éste afectaría a toda la norma; por lo que el hipotético control sucesivo versaría sobre el mismo objeto³⁵ y, como tal, vulneraría el principio del valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional recogido en el artículo 164 CE. Frente al posible riesgo de que una hipotética inconstitucionalidad no pudiera ser apreciada sin estar la norma en vigor, estaría la ventaja de que sería el legislador quien realmente corregiría la *inconstitucionalidad declarada en la vía previa*, y no el Tribunal Constitucional por vía interpretativa. En relación con ello, y si el Tribunal aprecia *inconstitucionalidad* en la vía previa, el legislador podría optar por que la norma sea presentada para sanción regia *sin los preceptos declarados inconstitucionales*, y los preceptos puestos en vigor, por las razones expuestas, no podrían ser objeto de control sucesivo. Sin embargo, si el legislador opta por la *reelaboración de los preceptos* declarados inconstitucionales, los preceptos modificados,

³⁵ Como bien señala Octavio SALAZAR BENÍTEZ en su comentario a la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular para reintroducir el control previo de constitucionalidad en el artículo 79 LOTC (dentro de su comunicación ya citada), en dicha proposición se establece que el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzgaría la decisión del Tribunal en los recursos *a posteriori* que pudieran interponerse. “Esta previsión –recuerda SALAZAR-, que ya se contenía en la regulación que la LOTC hizo del recurso previo de inconstitucionalidad, no tiene mucho sentido ya que supone abrir la posibilidad de establecer un doble proceso sobre un mismo objeto. Es decir, no tendría mucho sentido que volviera a ‘reabrirse’ el debate sobre un texto que ya se habría depurado de sus posibles infracciones constitucionales”.

así como los conexos, deberían ser objeto de *nuevo control preventivo obligatorio*, que garantice que la norma que finalmente entra en vigor sea conforme con la Constitución. El control *sucesivo* quedaría, entonces, para las normas no susceptibles de control previo.

F. Ha quedado expuesto que la ubicación adecuada para el control previo sería la LOTC. No puede ignorarse, sin embargo, que, aunque a nivel conceptual, y por las razones expuestas, no sería en puridad necesario reformar la Constitución para reintroducir el control previo, la plena adecuación técnica a la Constitución de una reforma de la LOTC en este sentido, así como la correcta articulación entre los controles *a priori* y *a posteriori*, conllevaría la necesidad de modificar no sólo varios preceptos de ésta, sino también del propio Texto constitucional.³⁶

Debo reconocer, al respecto, que quizá no estemos en el momento político más adecuado para emprender esta reforma constitucional, habida cuenta de lo difícil que sería alcanzar el necesario nivel de consenso “entre el mayor número posible de fuerzas políticas democráticas”, para que las reformas constitucionales supusieran “un paso adelante en nuestro Estado democrático de Derecho”.³⁷

³⁶ En mi Tesis doctoral, a la que hacía referencia al comienzo de esta comunicación, incluí (Vol. II, págs. 733 y ss.) un análisis detallado de posibles modificaciones de la LOTC y de la propia Constitución, proponiendo incluso la redacción de los preceptos afectados, atendiendo a los diversos aspectos implicados (objeto del control, legitimación, momento, procedimiento, efectos de la sentencia, articulación con el control sucesivo, etc.). No resulta posible aquí por razones de extensión reproducir las mencionadas propuestas, que a día de hoy sigo manteniendo en lo esencial. Aparte de los propios ejemplares de la tesis, existe una publicación en CD-Rom, *Tesis Doctorales 1994*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones. ISBN: 84-7719-531-5. Depósito legal: S.1021-1995.

Por señalar aquí algún ejemplo, la LOTC debería incluir el objeto del control previo (que podría estar referido al control formal de las reformas constitucionales, los Estatutos de Autonomía y sus reformas, las demás leyes orgánicas previstas en la Constitución, y, en su caso, los Reglamentos de las Cámaras y las leyes tributarias. Debería aclararse que el texto sometido a control no podrá ser presentado al Rey para sanción y promulgación mientras el Tribunal no haya dictado sentencia, y especificarse los efectos de ésta, distinguiendo en función de que apreciara o no inconstitucionalidad en los términos indicados. Igualmente, convendría retocar la regulación del control previo de tratados en la LOTC, estableciéndolo como obligatorio al menos para los previstos en los artículos 93 y 94.1 CE (en el caso de los del 94.2, la declaración obligatoria por parte del Tribunal podría producirse únicamente a requerimiento del Gobierno o cualquiera de las Cámaras. Convendría insistir en el carácter vinculante de la resolución del Tribunal, y podría añadirse que respecto del Tratado declarado conforme a la Constitución, una vez que el consentimiento del Estado se haya prestado, sólo sería posible el control de constitucionalidad en el caso de que la Constitución sea reformada y pudieran surgir dudas de adecuación entre el Tratado y el nuevo tenor constitucional.

Por lo que se refiere a reformas constitucionales, el artículo 161.1.a) podría quedar redactado en los siguientes términos: “Del *control de constitucionalidad*, con carácter previo o sucesivo según los casos, contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, así como del control previo de constitucionalidad formal de las reformas constitucionales, con anterioridad, en su caso, a la celebración de referéndum”. El artículo 91 pasaría a quedar redactado: “El Rey sancionará, en el plazo de quince días *a partir del día en que le sean presentadas*, las leyes...”. El artículo 167.3 pasaría a decir: “...dentro de los quince días siguientes a la decisión favorable del Tribunal Constitucional...”. Por último, el artículo 168.3 quedaría redactado: “Aprobada la reforma por las Cortes Generales, y una vez que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado favorablemente sobre la misma, será sometida a referéndum para su ratificación”. En cuanto al control previo de Tratados, coherentemente con lo recién indicado, el artículo 95.2 quedaría: “El Tribunal Constitucional declarará si existe o no esa contradicción. Respecto de los tratados mencionados en el artículo 94.2, esta declaración sólo se producirá si el Tribunal Constitucional es requerido por el Gobierno o por cualquiera de las Cámaras”.

³⁷ Me remito al respecto al manifiesto promovido por los profesores Antonio TORRES DEL MORAL y Carlos VIDAL PRADO, y a cuya firma nos unimos alrededor de una cincuentena de constitucionalistas, y del que en su momento se hicieron eco los medios de comunicación (así, por ejemplo, *El País*, 26 de febrero de 2006, pág. 16; *La Razón*, 21 de febrero de 2006, pág. 10).

6. A modo de conclusión

En 1993, cuando el debate en torno al recurso previo de inconstitucionalidad se consideraba cerrado, escribí que no resulta posible saber si el control previo habría funcionado –o funcionaría- mejor de lo que funcionó si hubiera sido –o fuera- regulado de un modo más satisfactorio o técnicamente más elaborado. Cualquier reflexión de este tipo se encuentra con el problema de que la aplicación práctica puede producir, por motivos de diversa índole, efectos distintos a los previsibles desde una perspectiva teórica. En efecto, no jugamos sólo con instituciones o categorías teóricas, sino con instituciones concretas, órganos concretos, compuestos por personas concretas, que juzgan la constitucionalidad de normas concretas en un momento determinado. Ahora bien, partiendo de ello, parece científicamente defendible el planteamiento, *de lege ferenda*, sobre la posibilidad de una regulación que ofrezca el máximo de ventajas a la hora de dar respuesta jurídica a la necesidad de ejercicio de la función de defensa constitucional

Claro está –seguía diciendo entonces- que cualquier solución que se adopte para controlar la constitucionalidad de las leyes, tendrá sus propias ventajas e inconvenientes. Ahora bien, siendo ello cierto, no lo es menos que cualquier modelo de control es mejorable. También el español lo es, y una de las vías para mejorarlo (sin perjuicio de otras no menos urgentes encaminadas a evitar la sobrecarga de asuntos)³⁸ sería la recuperación del recurso previo de constitucionalidad en los términos indicados.

Transcurridos ya algunos años, en el momento presente, y en el actual clima de renovado interés hacia el control previo, sigo pensando lo mismo. La diferencia estriba en que entonces lo escribía con los lógicos temores (pero al mismo tiempo con la escasa prudencia) de un doctorando que se sabe en posición minoritaria. A día de hoy, después de todo lo visto, oído y leído, lo escribo ya sin esas cautelas y prevenciones, con la sensación de que mi postura es tan defendible como cualquier otra: que el papel en blanco lo admite todo, y que uno no debe tener reparo en decir o escribir lo que piensa. Sobre todo, si se trata de cosas mediana o razonablemente sensatas o, al menos, no menos razonables y

³⁸ Además de las aportaciones ya mencionadas al V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, véase, como ejemplo de contribución doctrinal reciente, la encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional publicada por el nº 18 de *Teoría y Realidad Constitucional* (2006, págs. 11-73, con las respuestas de Marc CARRILLO, Luis María Díez PICAZO, Francisco Javier GARCÍA ROCA, Ángel GARRORENA MORALES, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Consúltese también la obra colectiva de Pablo PÉREZ TREMPES (Coord.), Enoch ALBERTÍ ROVIRA, Manuel ARAGÓN REYES, Marc CARRILLO, Carlos VIVER I PISUNYER, con comunicaciones de Encarnación CARMONA CUENCA, Luis JIMENA QUESADA, Javier GARCÍA ROCA y María FRAILE ORTIZ, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch (“Derecho Comparado”), Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III, 2004.

Asimismo, sobre el Proyecto de Ley de modificación de la LOTC, aprobado como tal por el Consejo de Ministros el 11 de noviembre de 2005 (después de que el Consejo General del Poder Judicial emitiera su informe el 13 de octubre del mismo año), y enviado a las Cortes y publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de noviembre de 2005, véase Enric FOSSAS ESPADALER, “El Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 1: *Reforma de los Estatutos de Autonomía y Pluralismo Territorial*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 171-192.

Si bien el debate parlamentario en torno a este Proyecto de Ley ha estado centrado en esas otras reformas más urgentes, atinentes sobre todo al recurso de amparo, no es menos cierto que el control previo también ha tenido alguna presencia en el mismo.

sensatas que otras vistas, oídas o leídas, que gozan de predicamento y aceptación mayoritarios.
