

# EL EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA

Por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

## 1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Para encuadrar sistemáticamente el examen de constitucionalidad de las leyes es conveniente hacer unas referencias previas al contexto jurídico-político en el que se inserta.

A pesar de que pueden encontrarse antecedentes históricos de esta institución (1) no cabe duda de que únicamente cobra su sentido completo en el seno del Estado de Derecho. En efecto, este último, en su afán por realizar la seguridad jurídica y eliminar todo vestigio de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado, defiende su sometimiento al Derecho, la afirmación de los derechos de la persona y la predisposición de un sistema organizativo de las funciones estatales que elimine la posibilidad de un ejercicio ilimitado del poder (2). No se trata, en definitiva, de otra cosa que de la racionalización jurídica de la vida política (3) de la que el Estado de Derecho es la máxima expresión.

Pues bien, tales postulados encuentran su concreción en la Constitución que los expresa en su preámbulo y en las partes dogmática y orgánica. Ahora bien, coherentemente con la filosofía inspiradora del constitucionalismo occidental, centrada en la salvaguardia de los derechos y libertades funda-

---

(1) Cfr. MARIO BATTAGLINI: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1957.

(2) Cfr. ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1972, págs. 29 y sigs, y PABLO LUCAS VERDÚ: *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 20 y sigs.

(3) BORIS MIRKINE-GUETZEVICH: *Las nuevas constituciones del mundo*, Estudio preliminar, Editorial España, Madrid, 1931, págs. 17 y 56-57.

mentales y en la limitación del poder político, y para evitar que sean conculcados, se afirma la Constitución como orden jurídico fundamental del Estado y, en consecuencia, se aprestan diversos instrumentos para asegurar su vigencia y perdurabilidad.

Dicho de otro modo, se establecen una serie de garantías constitucionales.

La noción de garantía es ambigua. En efecto, puede referirse «tanto a la especial protección proporcionada por la Constitución a ciertos principios, institutos o situaciones subjetivas... como a determinados mecanismos jurídicos de seguridad establecidos por el ordenamiento constitucional con la finalidad de salvaguardar su valor normativo y su existencia misma» (4). Es más, resulta evidente que el ordenamiento jurídico en su conjunto desempeña una función garantizadora en la medida que se propone dar un mínimo de firmeza a las relaciones sociales estableciendo unos criterios generales de referencia para la solución de conflictos de intereses que surgen en la vida colectiva. Al hacerlo así, pretende realizar la seguridad jurídica y promover la armonía y la estabilidad de la convivencia.

Ahora bien, ciñéndonos a nuestro campo específico constitucional nos encontramos con que la función de garantía es esencial en el Estado de Derecho (5). Así, resulta que todo su ordenamiento jurídico y la distribución que realiza entre los órganos constitucionales de las funciones estatales están orientadas a ese fin, por ejemplo: la función moderadora del jefe del Estado, la estructura bicameral del Parlamento, la estructura compleja de la función de dirección política, la distribución del poder legislativo, etc. En definitiva, no se trata de otra cosa que de establecer una serie de institutos jurídicos idóneos para contener el poder de los órganos estatales —incluso de los supremos— en el ámbito que les asigna la Constitución y de asegurar que su actividad se dirige a la satisfacción de los intereses generales que se les han confiado (6).

Sin embargo, dado lo anterior es posible concretar más y distinguir entre garantías constitucionales en sentido amplio y garantías constitucionales en sentido técnico o restringido. En el primer grupo habrán de situarse, además de las garantías *stricto sensu*, aquellos principios organizativos y aquellos procedimientos que sin estar directamente encaminados a ello concurren de manera ocasional e indirecta a limitar el ejercicio del poder por parte de

(4) GUMERSINDO TRUJILLO: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*, Facultad de Derecho, La Laguna, 1970, págs. 11, nota 4.

(5) ALDO BOZZI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 1977, págs. 189 y sigs.

(6) COSTANTINO MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, Cedam, Padova, 1976, 9.ª ed., págs. 1223-1224.

los órganos constitucionales, asegurando la estabilidad del orden constitucional (principios organizativos como la separación de poderes, el bicameralismo, el procedimiento de formación de los actos administrativos, etc.). Por el contrario, en el segundo grupo únicamente se encontrarán aquellos mecanismos institucionales objetivamente predisuestos para asegurar el respeto de la Constitución (7).

Por lo tanto, la idea de garantía constitucional supone un interés constitucional tutelado, un potencial peligro de lesión de ese interés y una organización instrumental adecuada a la salvaguardia del interés que se quiere proteger (8).

Ciñéndonos al campo de las garantías constitucionales en sentido estricto es evidente que revisten una fundamental importancia las que conectan con la organización judicial. En efecto, las garantías jurisdiccionales suponen el tipo más perfeccionado y eficaz de estos medios de protección de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico (9).

## 2. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No nos interesa examinar en este lugar la función de garantía que realiza la jurisdicción ordinaria en sus diversas ramas. Nuestra intención se reduce a poner de manifiesto que entre las garantías constitucionales de naturaleza jurisdiccional que concurren a realizar aquella función aseguradora que hemos calificado como típica y esencial del constitucionalismo occidental, ocupa un lugar señero la denominada justicia constitucional (10). En efecto, supone

---

(7) Cfr. SERIO GALEOTTI: *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1963, págs. 123-127. Precizando más el concepto técnico de garantía constitucional apunta a su carácter objetivo o subjetivo según incida sobre el ejercicio de las funciones constitucionales o sobre los operadores de las mismas, distingue su carácter preventivo o sucesivo y su funcionamiento directo —cuando restablece el orden violado— o indirecto —cuando comporta sanciones constitucionales o de otro tipo para los responsables de la violación de la Constitución.

(8) SERIO GALEOTTI: *La garanzia costituzionale (presupposti e concetto)*, Giuffrè, Milán, 1950, págs. 26 y sigs.] distingue tales elementos en el concepto de garantía constitucional en sentido técnico. PABLO LUCAS VERDÚ (*Curso de Derecho político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 667-669) se hace eco de tal distinción.

(9) Cfr. MORTATI, *op. cit.*, pág. 1224.

(10) MANUEL ARAGÓN: *El control de constitucionalidad en el proyecto de Constitución (Comentarios)* —ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Ciencia política y Derecho constitucional, celebradas en Valencia del 3 al 7 de octubre de 1978— estima inexacta esta denominación. Nosotros la adoptamos por considerarla suficientemente expresiva de la naturaleza y funcionamiento jurisdiccional de

la culminación del edificio del Estado de Derecho (11) y su generalización en el presente siglo obedece, de un lado, al impacto que ha ejercido la fórmula del *judicial review* estadounidense, y de otro, a las transformaciones experimentadas por el Estado contemporáneo, que han puesto de relieve la necesidad de crear un órgano constitucional encargado de garantizar la observancia de la Constitución tanto por parte de los ciudadanos y sus grupos como por parte de los poderes públicos. Es decir, de asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico (12).

No cabe duda de que en un Estado en el que la complejidad es cada vez mayor, en el que los aparatos burocráticos adquieren constantemente más importancia, en el que el individuo se encuentra cada vez más a merced tanto de las estructuras jurídico-públicas como de las socioeconómicas (13) es necesaria una tutela más penetrante de sus derechos y libertades fundamentales. Además, las características modernas de la función legislativa, el importante poder normativo del Gobierno junto con la organización de la estructura del Estado conforme a los criterios de la descentralización política justifican la existencia de una instancia encargada de velar por la coherencia con la Constitución de las leyes y los actos con fuerza de ley, y por el respeto de la distribución de las funciones públicas entre el Estado y los

---

los Tribunales constitucionales, así como adecuada para englobar unitariamente las distintas competencias que las Constituciones que los establecen otorgan a tales órganos. Señalemos, por fin, que ésta, aparte de ser utilizada por autores que han contribuido de manera decisiva al estudio de esta temática (Cappelletti, Fix-Zamudio, Kelsen), es recogida en recientes publicaciones: VEZIO CRISAFULLI: *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, y LEOPOLDO ELIA: *Giustizia costituzionale e poteri legislativi decentrati*, ambos en los «Scritti in onore di Costantino Mortati», vol. IV, Giuffrè, Milán, págs. 129 y sigs. y 355 y sigs., respectivamente. Además, GUSTAVO ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1978. Ver también las consideraciones expuestas en la nota 22.

(11) JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO: *Consideraciones sobre el Estado de Derecho*, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 189-190, Madrid, 1973, pág. 88; también del mismo autor *La jurisdicción constitucional de la libertad*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 199, Madrid, 1975, págs. 155-157, y ELIA, *op. cit.*, págs. 368-370, recogen esta expresión generalizada en la doctrina alemana: «die Verfassungsgerichtsbarkeit als Krönung des Rechtsstaates», de la que ya se hizo eco entre nosotros CARLOS RUIZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho político*, Reus, Madrid, 1939, pág. 705.

(12) Sobre el concepto de regularidad jurídica, cfr. HANS KELSEN: *La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La Justice constitutionnelle)*, en «Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger», 1928, págs. 200 y sigs.

(13) Cfr. sobre los cambios experimentados por el Estado: MANUEL GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977. Sobre las causas del desarrollo de la justicia constitucional, cfr. CASCAJO CASTRO, *op. cit.* últimamente, págs. 151-154, y TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 7 y sigs.

entes territoriales expresión de la descentralización política operada en el texto fundamental. En definitiva, es necesario un órgano constitucional encargado de velar por la efectiva supremacía de la Constitución, de asegurar su actuación y desarrollo regulares y de integrarla paulatinamente con la interpretación dinámica de la misma. En la medida que realiza estos cometidos, que consigue la observancia del texto fundamental por todos los órganos constitucionales e instituciones del Estado-aparato y por las expresiones del pluralismo que actúan en el seno del Estado-Comunidad, puede decirse que «la justicia constitucional significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo» (14).

Antes de proseguir conviene precisar un punto. Hasta ahora hemos puesto de manifiesto la estrecha relación que existe entre el Estado de Derecho y la función de garantía y, en concreto, hemos hablado de la justicia constitucional como «culminación del Estado de Derecho», en la medida que constituye la máxima expresión del proceso de juridificación y racionalización de la vida política. Evidentemente, el Estado de Derecho y los institutos jurídico-políticos que le son propios poseen un evidente prestigio (15). Se trata de una fórmula atractiva que condensa el legado cultural liberal-democrático y se abre en la actualidad a la aportación socialista (16). Por ello, su instauración es un objetivo que constituye la meta de todas las fuerzas políticas democráticas enfrentadas a sistemas totalitarios.

Ahora bien, no hay que engañarse. La idea del Estado de Derecho, con todas sus implicaciones valorativas y organizativas es una utopía hasta ahora jamás plasmada por entero en la realidad.

Del mismo modo, el sistema de garantías constitucionales más acabado técnicamente tampoco puede asegurar por sí solo la pervivencia de un ordenamiento democrático frente a los embates totalitarios. El caso de la Constitución austríaca de 1920, elaborada por Kelsen, así lo demuestra. Nuestra Constitución republicana de 1931 es también un buen ejemplo. No obstante, esto no debe conducirnos a considerar el texto constitucional como una

---

(14) LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, pág. 683. Para una exposición sistemática del contenido de la justicia constitucional, cfr. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA: *Diritto Costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1962, 6.ª ed., págs. 513-514 (hay ediciones posteriores), traducción castellana de esta edición de Pablo Lucas Verdú, Tecnos, Madrid, 1965; además, PEDRO JOVER: *Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *La izquierda y la Constitución*, Taula de Carvi, Barcelona, 1978, págs. 107-108.

(15) LUCAS VERDÚ: *La lucha...*, cit., págs. 14 y sigs.

(16) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *op. cit.*, págs. 139 y sigs.; id.: *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas*, en «Sistema», núms. 17-18, Madrid, abril, 1977, págs. 51 y sigs.; LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, págs. 147 y sigs.; id.: *Socialismo y Derecho constitucional*, en «Sistema», núms. 17-18, Madrid, abril 1977, págs. 25 y sigs.

simple «hoja de papel» subordinada en todo a los «fragmentos de Constitución» (17) o «poderes fácticos» en la terminología actual. Es cierto que en este punto es fundamental la correlación de las fuerzas político-sociales, pero no lo es menos que el texto constitucional, en la medida que refleja los intereses de las fuerzas políticas predominantes, contribuye a fijar y a reconducir dentro de los cauces que establece a la dinámica social (18), integrando de este modo a las fuerzas políticas y sociales en el sistema y en los valores constitucionales.

El Estado de Derecho constituye, pues, una meta a alcanzar por el camino de su gradual realización a través de transformaciones sucesivas a nivel de las estructuras políticas y de las socioeconómicas, pero su plena realización ha de situarse en el mismo plano que la eliminación de la opresión del hombre por el hombre. Claro está que esto no implica que se hayan de desechar sus principios e instituciones, sino todo lo contrario. La historia ha demostrado hasta dónde puede conducir su negación, por eso es, a nuestro entender, obvio que si bien se trata de un modelo siempre mejorable, representa el sistema «menos imperfecto de organización política que ha producido hasta ahora la convivencia humana» (19) y dentro de él la justicia constitucional desempeña un cometido de vital importancia.

Hecha esta salvedad, que se impone por realismo, se nos plantea el problema de la organización de la justicia constitucional. Los datos que nos ofrece el Derecho comparado ponen de relieve que los cometidos a que aludíamos anteriormente como integrantes del contenido de la justicia constitucional, han sido y son desempeñados por órganos diversos según el sistema constitucional de que se trate. No obstante, esta variedad es reconducible a esta alternativa: o bien se identifican con las asambleas legislativas o bien se concretan en órganos específicos de naturaleza político-judicial. La primera solución, típica del Derecho constitucional clásico, no tiene ya virtualidad en nuestros días en los que la orientación de la doctrina y de la legislación converge en la segunda solución y dentro de las diversas variantes que ésta ofrece en la constituida por los Tribunales Constitucionales (20)

---

(17) FERDINAND LASSALLE: *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1976, y TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 7-10.

(18) Cfr. ELISEO AJA: Introducción a *¿Qué es una Constitución?*, cit., págs. 23-24. También LUCAS VERDÚ: *Socialismo...*, cit., págs. 30-36.

(19) CARLOS OLLERO: *El contexto político de unas elecciones en España*, en *Ley Electoral y consecuencias políticas*, Citep, Madrid, 1977, pág. 3; además, del mismo autor, *El Derecho constitucional de la postguerra*, Bosch, Barcelona, 1949, páginas 12 y 13.

(20) Cfr. BISCARETTI, *op. cit.*, págs. 512-519.

que experimentan una gran difusión tras la primera guerra mundial en gran parte por influencia de la Constitución austríaca de 1920 (21).

En efecto, este sistema presenta importantes ventajas que podemos sintetizar de la siguiente manera: por una parte, en cuanto los Tribunales Constitucionales son órganos de naturaleza y funcionamiento judicial gozan de la idoneidad que para la función de garantía poseen los jueces y tribunales; pero, además, el hecho de no estar incluidos en la estructura del poder judicial y de gozar, por consiguiente, de una posición autónoma en el contexto del Estado-aparato le otorga una situación privilegiada para poder fiscalizar, dentro del ámbito, de sus competencias tanto la actuación de los órganos constitucionales estatales como la de las instituciones regionales. Por otra parte, su composición, el modo de elección de sus miembros, es coherente con el carácter político que posee la actuación del Tribunal (22).

Pues bien, a continuación iniciamos el estudio de una de las competencias fundamentales del Tribunal Constitucional, contenido clásico de la justicia constitucional (23).

---

(21) Kelsen, artífice de esta Constitución, se pronuncia por la creación de un Tribunal Constitucional por estimar que un órgano de este tipo es el más adecuado para garantizar la regularidad del ordenamiento jurídico. Cfr. KELSEN, *op. cit.*, página 223; MORTATI, *op. cit.*, págs. 1365-1367. También OSCAR ALZAGA: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones El Foro, Madrid, 1978, págs. 911-913.

(22) Sobre la politicidad de la función del Tribunal Constitucional volveremos con extensión más adelante al abordar el problema de la fiscalización de la discrecionalidad política del legislador. En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional, cfr. KELSEN, *op. cit.*, págs. 223 y sigs; además, el título mismo de su artículo es suficientemente expresivo: *La garantie «juridictionnelle» de la Constitution. (La «Justice» constitutionnelle)* —el entrecomillado es nuestro—. No obstante, no hay acuerdo sobre este punto. Nosotros, al optar por la denominación «Justicia constitucional», entendemos que su contenido es homogéneo en cuanto al fin que persigue —garantía de la Constitución— y en cuanto a la forma de realizarlo —jurisdiccional—. En efecto, el Tribunal Constitucional que la encarna goza de una posición *super partes*, desde la que ejerce su actividad dirigida a dirimir conflictos entre sujetos diversos, en un procedimiento contencioso, en el curso del cual aplica el Derecho constitucional de modo imperativo al caso que se le plantea. Cfr. al respecto: BISCARETTI, *op. cit.*, págs. 524-525; BOZZI, *op. cit.*, págs. 209-211, y MORTATI, *op. cit.*, págs. 1470-1473.

(23) MAURO CAPPELLETTI: *Il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1973, págs. 1-4.

## 3. EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES (24)

Adestrándonos ya en el núcleo de nuestro trabajo, es el momento de precisar la noción del examen de constitucionalidad de las leyes. Sin perjuicio de lo que más adelante expondremos sobre sus aspectos políticos, subrayemos que se trata de un instrumento de control eminentemente jurídico. Por eso, desde el concepto de control jurídico podemos llegar al del examen de constitucionalidad.

Conforme a lo que señala Galeotti (25), por control jurídico se ha de entender aquel poder que ordenado a la salvaguardia de ciertos valores cuya tutela confiere —implícita o explícitamente— el ordenamiento jurídico a la autoridad controlante, se realiza a través del juicio sobre el modo de actuar o de organizarse los operadores jurídicos en relación a aquellos valores, concretándose en una medida que impida comportamientos lesivos de los mismos si éstos llegan a producirse.

Esto supuesto, nos trasladamos a la esfera constitucional, y así resulta que el control se calificará como constitucional cuando el objeto sobre el que recaiga sea de esta naturaleza. Y esto ocurrirá siempre que se trate de situaciones jurídicas creadas por normas formal y/o materialmente constitucionales (26).

Por tanto, podemos decir que la institución del examen de constitucionalidad atribuye al órgano competente para realizarlo *la facultad de comprobar la necesaria adecuación a la Constitución de las leyes y de los actos con fuerza de ley, así como la de impedir su eficacia jurídica en el caso de que aprecie su falta de conformidad con la norma fundamental*. Obviamente, en cuanto a esto último habrá diversas modalidades según se trate de un control preventivo o sucesivo, y en este último supuesto, según se declare la nulidad de la norma contraria a la Constitución con carácter *erga omnes*, o se haga caso por caso.

(24) Evidentemente, el examen no afecta únicamente a las leyes ordinarias, sino que recae también sobre los actos del ejecutivo con fuerza de ley y sobre las leyes regionales, aparte el hecho de propugnarse —como veremos después— su extensión a diversos actos normativos que escapan a la ley formal.

(25) GALEOTTI: *Introduzione...*, cit., pág. 72; también, del mismo autor, cfr. *Controlli costituzionali*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. X, Giuffrè, Milán, 1964, páginas 319 y sigs. ALBERTO PÉREZ CALVO: *Sobre la noción de control y su aplicación al anteproyecto constitucional*, en *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, edición de Manuel Ramírez, Labor, Barcelona, 1978, págs. 231 y sigs.), recoge y aplica a nuestro proyecto de Constitución esta doctrina.

(26) GALEOTTI: *Introduzione...*, cit., págs. 117-123.

De cualquier manera, su cometido básico es asegurar la supremacía de la Constitución y, a través de ella, la regularidad del ordenamiento jurídico, es decir, la correspondencia de cada uno de los niveles subordinados en la jerarquía normativa con su inmediato superior. Así se mantiene la distinción y armonía entre las instituciones constituyentes y las constituidas por medio de la afirmación de la primacía de las primeras (27).

La justicia constitucional, dentro de su carácter unitario, ofrece un doble aspecto: por un lado, se trata de una garantía del Derecho objetivo, pero por otro supone también una garantía de los derechos y libertades fundamentales. Son, claro está, dos facetas distintas de un mismo problema, pues no cabe duda que en un ordenamiento democrático —donde cobra pleno sentido la justicia constitucional— la tutela del Derecho objetivo revierte en la protección de los derechos humanos y a la vez el respeto y resguardo de éstos realiza el Derecho objetivo. Por eso, ambos cometidos informan todos los instrumentos de la justicia constitucional.

Ahora bien, es posible advertir la especialización de éstos; así resulta que unos se dirigen, de un modo preferente, a la realización del Derecho objetivo, mientras que otros se encaminan principalmente a la garantía de los derechos fundamentales. El examen de constitucionalidad, en principio, se sitúa entre los primeros. Ahora bien, eso no impide que en aquellos ordenamientos en los que no existe un remedio específico para la tutela constitucional de las situaciones jurídicas subjetivas —como el recurso de amparo— desempeñe ambos cometidos (Italia, Estados Unidos).

Dado que la problemática que plantea la protección constitucional de la libertad ofrece una gran densidad nos ceñiremos únicamente al primer aspecto señalado que, por otra parte, es el que revestirá preferentemente este instituto en nuestro país (28).

En primer lugar, hay que precisar que el examen de constitucionalidad se conecta íntimamente con el principio de la supremacía de la Constitución. Es más, puede decirse que se trata de una síntesis entre el principio de la soberanía popular y el de legalidad, considerado en su máximo rango formal, es decir, entendido como primacía de la ley fundamental. En efecto, uno y

---

(27) MARCEL PRELOT: *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Précis Dalloz, Tours, 1972, pág. 229.

(28) Sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales, cfr. MAURO CAPPELLETTI: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1974; CASCAJO CASTRO, *op. cit.* últimamente, págs. 155 y sigs.; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: *El derecho de amparo en México y en España*, ponencia presentada en el Simposio sobre garantías constitucionales organizado en Madrid, los días 16 a 18 de noviembre de 1978, por el Centro de Estudios Constitucionales.

otro se hallaban profundamente enraizados en la conciencia del pueblo americano, expresándose en su Constitución y en la interpretación que de la misma realizaron los tribunales, origen, como se sabe, de la institución que nos ocupa (29).

El examen de constitucionalidad tiende, pues, a consagrar de un modo efectivo la Constitución como orden fundamental del Estado. Es conveniente aclarar esto, pues se halla muy extendida la idea de que el control de constitucionalidad está inexcusablemente ligado a las Constituciones rígidas (30), cosa que es inexacta.

En efecto, toda Constitución, por su propia naturaleza, tiene un carácter fundamental en la medida que contiene las respuestas principales a los problemas de la convivencia políticosocial en un determinado Estado: regula y organiza los mecanismos esenciales del poder político y reconoce y protege los derechos de los individuos y sus grupos. Por eso es lógico que tal ordenamiento se ponga por encima de las demás expresiones normativas y que tienda a perpetuarse con independencia de sus caracteres formales (31).

Esta preeminencia y perdurabilidad se hace más patente aún en las Constituciones escritas, pues pretenden dotarse de este modo de una mayor estabilidad y continuidad (32). Por eso el carácter flexible de una Constitución no niega su supremacía jurídica ni excluye la dificultad de su reforma, ni la existencia de mecanismos de control de la constitucionalidad, pues aunque no sea posible oponer argumentos de carácter formal siempre será posible alegar la inconstitucionalidad material (33). En el sentido de lo que acaba-

(29) Sobre el examen de constitucionalidad como síntesis de la soberanía popular y del carácter fundamental de la Constitución, cfr. ROBERT McCLOSKEY: *La Cour Suprême des Etats Unis*, Seghers, París, 1965, págs. 24-40. En cuanto a los precedentes y al origen de Estados Unidos, cfr. JAMES M. BECK: *La Constitution des Etats Unis*, Librairie Armand Colin, París, 1923, págs. 151-154; CHARLES EVANS HUGHES: *La Suprema Corte de Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946; NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *La noble obra política de un gran juez (Juan Marshall)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1955; LUIS SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del juez*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1967; recuérdese, además, la obra de Battaglini citada en la nota 1.

(30) Para la distinción entre Constituciones flexibles y rígidas, cfr. JAMES BRYCE: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 19 y sigs., en especial la pág. 26. Ver también LUCAS VERDÚ: *Curso...*, citado, capítulos VII y VIII de la parte III: «Poder constituyente y rigidez constitucional» y «Naturaleza, elementos y consecuencias de la rigidez constitucional», págs. 572-612.

(31) Ver al respecto LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, pág. 586.

(32) *Ibidem*, págs. 586-587.

(33) TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 17-18. También BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 529 en la nota 68.

mos de exponer nos parece de gran valor la precisión que hace Miceli de que más que distinguir entre Constituciones flexibles y rígidas se ha de atender a la mayor o menor dificultad que implica el procedimiento de revisión de la Constitución (34). Por lo demás, tampoco se encuentra el examen de constitucionalidad en todas las Constituciones rígidas (35).

Esto supuesto, resulta evidente que el cometido básico de la institución que estudiamos es la garantía de la supremacía de la Constitución (36), tanto formal como material, y que su lugar más adecuado es la Constitución rígida, hechas las salvedades antes manifestadas. Realiza, pues, la máxima eficacia jurídica de la Constitución, la hace plenamente obligatoria (37). De este modo, limitando el poder de las asambleas legislativas para ajustarlo a la norma constitucional, armoniza el respeto de ésta con el principio de la soberanía popular y asegura la regularidad y seguridad jurídicas (38).

No entra en el objeto de este artículo el estudio de los distintos sistemas posibles de examen de constitucionalidad (39). Por otra parte, las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior, con relación a la justicia constitucional y al Tribunal Constitucional, suponen ya una delimitación de la materia. En efecto, reduce el ámbito del trabajo al llamado sistema concentrado o de jurisdicción concentrada. Claro está que aún dentro de este modelo caben variedades según las regulaciones concretas que se le dediquen en cada

---

(34) VINCENZO MICELI: *Principi di Diritto costituzionale*, Società Editrice Libraia, Milán, 1913, 2.ª ed., pág. 163, citado por LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, páginas 587-588.

(35) Cfr. MORTATI, *op. cit.*, págs. 1225, en nota 2, y 1336; del mismo autor: *Le forme di Governo*, Cedam, Padova, 1972, pág. 243; PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, página 46, en nota 57; TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 11-13; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 18-22. Por otra parte, sobre las limitaciones de la rigidez constitucional, cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO: *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1976, págs. 108-110.

(36) Sobre la supremacía de la Constitución, cfr. GEORGES BURDEAU: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L. G. D. J., París, 1976, 11.ª ed., págs. 76-80.

(37) KELSEN, *op. cit.*, págs. 250-252.

(38) No compartimos, pues, la tesis de VITTORIO EMANUELE ORLANDO (*Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, en «Biblioteca di Scienze Politiche», vol. V, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1890, págs. 944-951) que rechaza el examen de constitucionalidad por considerarlo lesivo de la seguridad jurídica. La Constitución es la máxima expresión de la seguridad jurídica; en consecuencia, no puede atentar contra ésta ningún instituto dirigido a garantizar a aquélla.

(39) Para una exposición de los distintos sistemas de examen de constitucionalidad, cfr. CAPPELLETTI: *Il controllo...*, cit.; GIUSEPPE DE VERGOTTINI: *Corso di Diritto costituzionale comparato*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1978, págs. 36-41; también BISCARETTI, *op. cit.*, págs. 530-534; ANDRÉ HAURIOU: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 1971, págs. 326-329; MORTATI: *Istituzioni...*, cit., págs. 1378-1379, y TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 37-39 y 58.

ordenamiento, pudiéndose llegar a supuestos en los que se produce un modelo híbrido por cuanto se introduce junto al Tribunal Constitucional la intervención de la jurisdicción ordinaria en el procedimiento del examen de constitucionalidad. Tal es el caso de Italia y de España.

Se ha dicho (40) que el sistema de la jurisdicción concentrada de origen kelseniano no es sino una racionalización del instituto del *judicial review* construido por el *Chief Justice* John Marshall en la célebre sentencia *Marbury versus Madison* (1803) (41). Una adecuación del mismo al sistema jurídico continental para conseguir, con la decisión eficaz *erga omnes* de un único Tribunal Constitucional, el efecto que las sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos producen en virtud del principio *stare decisis*. Pues bien, pensamos que esto mismo puede afirmarse de aquellos sistemas que a través del juicio incidental de la constitucionalidad dan cabida en este tema a los jueces y tribunales ordinarios en la medida que de este modo se consigue una mayor penetración e incisividad del examen y, por consiguiente, de la garantía de la Constitución.

#### 4. EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y EL PARLAMENTO

El examen de constitucionalidad incide de modo preferente sobre la competencia normativa de las asambleas legislativas (42). Sin embargo, es necesario precisar, pues en la actual democracia pluralista nos encontramos con una descentralización del poder legislativo (43) que hace extensible el control de su correcto ejercicio a los actos de los titulares de esos poderes descentralizados, en aras siempre de la supremacía de la Constitución.

Así, nos encontramos con que aparte de la fiscalización de los actos del poder ejecutivo con fuerza de ley entran dentro del objeto del examen de constitucionalidad las leyes regionales y los actos normativos con fuerza de ley de los órganos ejecutivos de las comunidades autónomas, si se admite su existencia (44). Por otra parte, si se tiene en cuenta aquella dirección

---

(40) Cfr. ANTONIO LA PÉRGOLA: *Le garanzie giurisdizionali della Costituzione*, en *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1978, págs. 37-39.

(41) Cfr. CHARLES FAIRMAN: *American Constitutional Decisions*, Henry Holt and Company, Nueva York, 1950 (ed. revisada), págs. 18-32.

(42) HAURIUO, *op. cit.*, pág. 470.

(43) ELIA, *op. cit.*, págs. 355 y sigs.

(44) Cfr. al respecto, y con referencia al ordenamiento italiano: TEMISTOCLE

doctrinal que atiende al contenido material de la disposición, a los efectos de determinar si es o no susceptible de ser sometida al examen de constitucionalidad, se abrirían las puertas a la fiscalización de todos aquellos actos que a pesar de no revestir la forma legal contienen una norma jurídica de carácter primario. Es decir, de normas que pese a su rango reglamentario se refieren a cuestiones reservadas a la ley (45). En estos casos anteriormente señalados, en los del control de los tratados internacionales, así como en aquellos de examen de una ley aprobada por el Parlamento —pero fruto de la iniciativa popular, o bien sometida a referéndum consultivo—, nos encontramos que no se ejerce un control únicamente sobre la potestad legislativa parlamentaria, sino que incide también sobre otros sujetos. Adviértase con relación a este problema que el examen de constitucionalidad no se detiene ni siquiera ante el poder judicial, como se puede comprobar en la Constitución española de 1978, donde afecta también a la jurisprudencia de los tribunales: artículo 161.1, a) (46).

En conclusión, vemos que no sólo el Parlamento, sino también el Gobierno, la Administración, las Comunidades Autónomas, los tribunales e incluso el mismo pueblo se ven afectados por este instituto de la justicia constitucional.

Dicho esto, veamos los problemas que plantea en relación con el Parlamento.

En primer lugar, es necesario examinar dos objeciones que se han formulado tradicionalmente al examen judicial de la constitucionalidad: una de ellas se conecta con el principio de la separación de poderes y la otra con el de la soberanía parlamentaria. Vayamos por partes.

El principio de la separación de poderes está ligado, de modo indisoluble, al Estado de Derecho, habiendo perdurado hasta nuestros días desde las formulaciones de Locke y Montesquieu. En efecto, repasando las diferentes Constituciones democráticas de nuestros días se observa cómo en su parte orgánica regulan, en títulos diferentes, los tres poderes del Estado y sus respectivas funciones. Ahora bien, frente a tan importante tema no caben explicaciones simplistas. Por eso no puede ignorarse que junto a su separación institucional los poderes del Estado actúan en relación los unos con los otros.

---

MARTINES: *Diritto costituzionale*, Editrice La Sicilia, Messina, 1977, págs. 422-425, en sentido negativo, y MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1393-1406, en sentido positivo. Véase también ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 74-76.

(45) Cfr. ELIA, *op. cit.*, págs. 361-363; KELSEN, *op. cit.*, pág. 228; MARTINES, *op. cit.*, págs. 422 y sigs.; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1402-1404; TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 32-33, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 68-74,

(46) Cfr. ALZAGA, *op. cit.*, págs. 929-930. Además, ARAGÓN, *op. cit.*

Las diferentes interpretaciones de este principio (47) configuran diversos sistemas de gobierno, caracterizados bien por la rigidez de la división de poderes —sistema presidencialista—, bien por su flexibilidad —sistema parlamentario—. Ahora bien, en cualquiera de los casos hay que advertir la interrelación que en el seno de los mismos se da entre unos y otros poderes, más aún en la actualidad con el importante poder normativo del Gobierno y la comunicación que realizan los partidos entre Gobierno y Parlamento. La separación de poderes no puede, pues, afirmarse en sentido absoluto, pues así no existe. Es mejor hablar de la misma como un *principio tendencial* (48).

Esto supuesto no parece que sean decisivos aquellos argumentos contrarios al examen de constitucionalidad de las leyes fundados en la consideración de que supone una inadmisibile intromisión de un órgano judicial en la esfera privativa del poder legislativo (49). Por lo demás, aparte del hecho de las recíprocas interferencias entre poderes y funciones estatales conaturales al modo de ser del Estado contemporáneo, siempre puede aducirse, para justificar la compatibilidad del examen de constitucionalidad con el principio tendencial de la separación de poderes, el hecho de que en los supuestos de jurisdicción concentrada —y en sus variantes— el examen se

(47) LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, págs. 129-144.

(48) RENATO ALESSI: *Principi di Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1973, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 16; GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, págs. 51 y sigs., y LUCAS VERDÚ, *op. cit.* últimamente, págs. 132 y sigs.

(49) Téngase presente que no se niega al juez la posibilidad de no aplicar al caso concreto una ley contraria a la Constitución. Esto se admite, pues no hay interferencia judicial, ya que el juez o tribunal se limita sin más a aplicar la norma superior. El problema viene con la anulación *erga omnes* de la ley viciada de inconstitucionalidad. Cfr. sobre la compatibilidad entre la separación de poderes y la desaplificación por el juez de la ley inconstitucional CARL FRIEDRICH VON GERBER: *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milán, 1971, págs. 168-171, y ORLANDO, *op. cit.*, págs. 947-949. En cambio, SANTI ROMANO: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel Diritto italiano*, en *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milán 1969, págs. 132-134, excluye toda fiscalización judicial de los actos del Poder legislativo por considerarla lesiva de su funcionamiento libre e independiente y se pronuncia por un control político —es decir, por las mismas Cámaras— de la observancia por las leyes de los límites constitucionales. Véanse también los argumentos con que rechaza la objeción GERHARD LEIBHOLZ: *El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política*, en *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 169-171; KELSEN (*op. cit.*, págs. 224-225) supera el problema entendiendo que al realizar el examen de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional, pese a su organización, no ejerce una verdadera función jurisdiccional, sino que en realidad participa de la función legislativa de un modo negativo.

ejerce por un órgano que a pesar de su carácter jurisdiccional no se encuadra en las estructuras del poder judicial. Se trata, pues, de un órgano constitucional que se sitúa por encima de la separación de poderes incidiendo —si bien en diferente medida— tanto sobre el legislativo como sobre el ejecutivo y el judicial (50) para asegurar frente a todos ellos la supremacía de la Constitución.

Por lo que se refiere al principio de la soberanía parlamentaria, erigido en obstáculo a la técnica del examen de la regularidad constitucional de las leyes, hay que decir que se trata de un argumento que, basado en la separación de poderes, predica la preeminencia del poder legislativo en la medida que el Parlamento está constituido por los representantes del pueblo, fuente de todo poder en el Estado democrático. En consecuencia, no es admisible una intervención de otro órgano constitucional dirigida a limitar la autonomía del supremo órgano del Estado (51).

Es sabido que el concepto de soberanía expresa el modo de ser característico del poder estatal en un doble sentido: independencia frente al exterior y supremacía frente a los individuos y comunidades existentes en el seno del territorio en el que se ejerce tal poder soberano (52). Evidentemente, la expresión soberanía parlamentaria se refiere al segundo aspecto señalado. En efecto, la soberanía, vista en su vertiente interna, se articula y manifiesta en las estructuras del Estado-aparato: así se quiere ver al Parlamento como órgano que domina toda esa organización al afirmarse que el pueblo representado en él es el soberano.

Se ha de rechazar esta argumentación por varios motivos. El principio de la soberanía popular, recogido en las modernas Constituciones (Constitución italiana de 1947, art. 1.2; Ley Fundamental de Bonn de 1949, art. 20.2; Constitución francesa de 1958, art. 3.1; Constitución portuguesa de 1976, art. 3.1; Constitución española de 1978, art. 1.2), es un dogma básico del Estado democrático. Pero al igual que la doctrina de la soberanía nacional (53), se trata de un principio político que se toma como fundamento

(50) Recordemos la facultad que la Constitución española concede al Tribunal Constitucional de examinar la jurisprudencia elaborada en base a una norma declarada inconstitucional: artículo 161.1., a).

(51) Cfr. HAURIOU, *op. cit.*, págs. 344 y sigs., en especial págs. 352-355. Véase también JORGE DE ESTEBAN: *La situación del Parlamento en las sociedades industriales*, en «Revista de Estudios Políticos», núms. 159-160, Madrid, 1968, págs. 79-83.

(52) COSTANTINO MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1975, págs. 98-100, y ORLANDO, *op. cit.*, págs. 943-945.

(53) Cfr. HAURIOU, *op. cit.*, págs. 346-348; MORTATI, *op. cit.* últimamente, pág. 106; del mismo autor, cfr. el comentario al artículo 1.º de la Constitución italiana de

del poder estatal para indicar su carácter instrumental. No obstante, pese a informar todo el ordenamiento jurídico y estar recogido expresamente en su norma fundamental, no encuentra una manifestación orgánica si salvamos el caso de la Asamblea constituyente.

No puede hablarse de relaciones entre los órganos constitucionales en términos de soberanía. Como dice Leibholz, «dentro del ámbito jurídico constitucional no existe entre los órganos una relación jerárquica, sino más bien una relación de coordinación» (54). Por eso, no tiene sentido predicar la primacía del Parlamento, y menos aún hacerla valer, para rechazar un mecanismo de garantía de la Constitución a la que el Parlamento está también sometido. Por otra parte, a este resultado se puede llegar también en base al principio mismo de la soberanía popular. Desde el momento que la Constitución atribuye al pueblo la titularidad de la soberanía está claro que tal cualidad no puede afirmarse con respecto a nadie más y que todas las funciones estatales y los órganos que las desempeñan encuentran su legitimación en el pueblo. Por tanto, ningún órgano constitucional es soberano. Ni siquiera las Cámaras parlamentarias (55).

Por lo demás, si asistimos a unos momentos en los que las fuerzas político-sociales operan una relativización de las funciones constitucionales de los órganos del Estado-aparato, convirtiendo al Parlamento en una caja de resonancia de los partidos políticos y sometiendo al Gobierno a necesarias negociaciones con partidos, sindicatos, grupos de presión..., es de suma necesidad la adopción de medidas que sirvan para reconducir la actividad de tales órganos dentro de los cauces de la Constitución. Es obvio, como señala García Pelayo (56), que con el control de constitucionalidad no pueden resolverse todos los problemas que plantea la fiscalización de la acción estatal, pero no lo es menos que se trata de un instrumento de gran impor-

1947 en *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca. Principio fondamentali. (Artt. 1-12)*, Zanichelli, Bolonia, 1975, págs. 25-26.

(54) LEIBHOLZ (*op. cit.*, págs. 164-165) sigue así: «... por ello, el diputado Laforet dijo en su día con toda razón que el Tribunal Constitucional Federal 'es un órgano constitucional más... Este Tribunal tiene su propio *status* jurídico-constitucional que no es inferior en modo alguno al que tiene la Asamblea, el Consejo, el Presidente o el Gobierno federal»; véase también KELSEN, *op. cit.*, págs. 223-224.

(55) MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 26 y sigs. También NICOLA OCCHIOCUPO: *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, en *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, a cura di Nicola Occhiocupo*, Il Mulino, Bolonia, 1978, págs. 17 y sigs, y ROMANO, *op. cit.*, págs. 119 y sigs. Con relación al tema de la soberanía popular y el Parlamento, cfr. la interesante construcción de ANDREA MANZELLA: *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977, quien también niega la tesis de la soberanía parlamentaria; cfr. págs. 223-224.

(56) GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, págs. 65-66.

tancia dentro del entramado constitucional del Estado democrático contemporáneo. Por eso, no estamos de acuerdo con aquellas interpretaciones que lo reducen a un mecanismo de carácter reaccionario en la medida que está destinado a conservar una determinada estructura jurídico-constitucional que se reputa baluarte de intereses de clase (57). En efecto, estimamos que es menester conceder cierta autonomía a la Constitución con relación a la situación social de la que surge, sobre todo si a través de disposiciones genéricas ha conseguido expresar un compromiso entre los diversos intereses en juego que permita llevar a cabo una política alternativa si las fuerzas políticas representativas de la izquierda consiguen vencer en las elecciones y consolidarse en el poder por el apoyo mayoritario del pueblo (58). En este sentido, si la Constitución es susceptible de actuación desde una perspectiva socialista, parece evidente que desaparecen sus connotaciones reaccionarias. Además aunque se señale el ejemplo del Tribunal Supremo de Estados Unidos para justificar la naturaleza conservadora de este instrumento de la justicia constitucional (59), se puede presentar, en favor de la postura que mantenemos, la labor progresiva de integración de la Constitución y de defensa de los derechos y libertades fundamentales —tan ligada a la eliminación de la explotación— que han desarrollado los Tribunales Constitucionales, incluido el de los Estados Unidos, tras su conflicto con el presidente Roosevelt (60).

Por último, digamos que tampoco aceptamos el rechazo de esta institución de garantía de la constitucionalidad de las leyes en base a la consideración de que se trata de una limitación de un órgano democrático por otro que no lo es, ya que las instituciones titulares de la justicia constitucional

---

(57) BARBARA DIETRICH: *Función de las instituciones judiciales*, en WOLFGANG ABENDROTH y KURT LENK: *Introducción a la Ciencia Política*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1971, págs. 232-233. En el mismo sentido, JOVER, *op. cit.*, págs. 110-116.

(58) FRANCESCO GALGANO: *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Editori Riuniti, Roma, 1978; CARLO LAVAGNA: *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bolonia, 1977; con referencia concreta al Tribunal Constitucional: OCCHIOCUPO, *op. cit.*, páginas 64-65. En relación con la Constitución española de 1978, PABLO LUCAS VERDÚ: *Constitución, modelo económico y alternativa socialista*, en «Informaciones Políticas», núm. 176, Madrid, 9-XII-1978, págs. 8-10.

(59) Tema tratado ampliamente por Roger Pinto, cuyas tesis sintetiza PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 44-46.

(60) Esto es especialmente evidente en Italia donde la *Corte costituzionale* no sólo ha eliminado las normas jurídicas provenientes del ordenamiento fascista, sino que, además, ha procedido a suplir las omisiones del legislador en el desarrollo de la Constitución, actuando los valores constitucionales más destacados. Cfr. OCCHIOCUPO, *op. cit.*, págs. 24 y sigs. Véanse también las diversas ponencias presentadas en el Congreso de Parma, celebrado del 27 al 30 de mayo de 1976, recogidas en este volumen.

—con independencia de que también posean una representatividad indirecta (61)— se insertan en un ordenamiento democrático por la voluntad del constituyente para asegurar precisamente el respeto a la democracia constitucional. Que la actual configuración del Estado y las condiciones en que se sitúa su funcionamiento hagan necesario un examen judicial de la constitucionalidad y que éste se lleve a cabo por un órgano de carácter judicial —y, por tanto, no representativo por naturaleza— no son sino consecuencias de la racionalización de los instrumentos constitucionales perfectamente justificadas por su eficacia garantizadora (62).

##### 5. DOBLE SENTIDO DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Como ya hemos señalado, también el Parlamento está sometido a la Constitución. El legislador realiza su función a través de la doble dialéctica mayoría-minoría y Gobierno-Parlamento, pero siempre dentro de las pautas constitucionales (63). Puestos, por tanto, a examinar si las leyes se adecúan o no a la norma fundamental, observamos que son dos las vías a seguir.

###### A) *El examen de la constitucionalidad formal*

En primer lugar, el examen de la regularidad formal de la ley. Es decir, la comprobación del cumplimiento de todos los trámites previstos en el procedimiento de su elaboración.

Pudiera parecer, a primera vista, que este tipo de control carece de razón de ser, pues si solamente pueden llamarse leyes aquellas decisiones del Par-

(61) Piénsese en el Tribunal Constitucional español, de cuyos doce miembros ocho son elegidos por las dos Cámaras y dos por el Gobierno, que evidentemente refleja la mayoría parlamentaria. Ahora bien, sobre las características de los jueces constitucionales es preciso matizar. Cfr. al respecto ALZAGA, *op. cit.*, págs. 915-925, y JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA: *El Tribunal Constitucional en el anteproyecto de Constitución*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, págs. 202-206. También, KELSEN, *op. cit.*, págs. 226-227, y LEIBHOLZ, *op. cit.*, págs. 160-161. Al tratar más adelante del examen de la constitucionalidad material de las leyes, volveremos sobre este punto.

(62) Véanse sobre este tema: CRISAFULLI, *op. cit.*, pág. 132, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 18-19. KELSEN (*op. cit.*, págs. 252-253) expresa con tajante claridad la relación Justicia constitucional-democracia.

(63) TEMISTOCLE MARTINES: *Indirizzo politico*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXI, Giuffrè, Milán, 1971, págs. 134 y sigs. Cfr. también GERBER, *op. cit.*, págs. 118-123; ROMANO, *op. cit.*, págs. 132-134, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 20-22.

lamento que revisten las formalidades constitucionalmente exigidas, está claro que no existirá cuando éstas no se cumplan. No habrá, por consiguiente, ninguna ley cuya constitucionalidad se deba comprobar. No obstante, aunque según un razonamiento lógico se zanjaría aquí la cuestión, el problema, en la práctica, no puede resolverse de este modo por la dificultad de precisar un concepto de inexistencia. Por tanto, todo acto del Parlamento que revista la apariencia de ley —y, en principio, ha de reconocérsele a aquéllos que sean sancionados y promulgados por el jefe del Estado y sean publicadas en el periódico oficial— se debe considerar jurídicamente existente y por ello vinculante, correspondiendo únicamente al Tribunal Constitucional su anulación en el caso de que se hayan omitido trámites previstos por la Constitución (64).

Ciertamente, el hecho de que toda ley esté sometida, como condición de su existencia, previa a su publicación a la sanción y promulgación del jefe del Estado, hace difícil pensar que sea un texto irregularmente aprobado. En este sentido, la sanción supone una garantía de la constitucionalidad formal de la ley (65).

Ahora bien, a veces surgen problemas en este terreno que escapan a la apreciación del jefe del Estado antes de sancionar una ley. En efecto, la sanción procederá siempre que se trate de un proyecto aprobado por las Cámaras, conforme a lo que señala la Constitución. En el caso español tal aprobación revestirá un carácter diferente según se trate de leyes ordinarias, orgánicas o de revisión constitucional, aparte lo dispuesto en el artículo 74.2 y las características propias de las leyes de delegación y de convalidación o derogación de decretos-leyes (arts. 82, 85 y 86).

Sin embargo, lo que en ningún caso será apreciable por el jefe del Estado es todo aquello que se refiere a la actividad interna de las Cámaras. En definitiva, el problema que se plantea es si la inconstitucionalidad de una ley puede derivarse, desde el punto de vista formal, no sólo de la inobservancia de los preceptos constitucionales, sino también de la inobservancia de los reglamentos parlamentarios a los que la Constitución remite expresamente. Es decir, se trata de saber si son o no fiscalizables por el Tribunal

---

(64) MORTATI: *Istituzioni...*, cit., vol. II, págs. 1406-1408, donde precisa que si bien la solución que señalamos en el texto siguiendo su enseñanza se ha de observar como norma general, deben exceptuarse, sin embargo, aquellas leyes que atenten contra la existencia misma o contra el funcionamiento de las supremas instituciones constitucionales. En este caso no cabe otra alternativa que no aplicarla en ningún momento.

(65) Sobre la sanción del Jefe del Estado como garantía de la constitucionalidad, cfr. ORLANDO, *op. cit.*, pág. 958.

Constitucional lo que se ha venido en llamar *interna corporis acta* (66).

He aquí un tema clásico del Derecho constitucional sobre el cual tradicionalmente se ha mantenido un criterio negativo frente a la fiscalización por un órgano externo al Parlamento de sus reglamentos y de sus actos internos. Se quiere subrayar la autonomía de las Cámaras respecto a los demás sujetos constitucionales. Sin embargo, y a pesar de que aún se han defendido estas posturas en tiempos recientes (67) se pueden encontrar decisiones jurisprudenciales y tendencias doctrinales que abogan por una extensión del examen de constitucionalidad a estos extremos.

Así, en 1957 el Tribunal Constitucional de Karlsruhe declaró la inconstitucionalidad de los apartados 3 y 4 del párrafo 96 del reglamento del *Bundestag* por violación del artículo 76.1 de la Ley Fundamental (68). La *Corte Costituzionale* italiana no llegó tan lejos, pero, sin embargo, dejó establecido, en su sentencia núm. 9 de 1959, que la autonomía de las Cámaras no implica la exención de toda fiscalización sobre el procedimiento de formación de su voluntad y que por ello entra dentro de la competencia de la *Corte* comprobar la observancia de las normas que sobre el funcionamiento de las Cámaras dicta la Constitución, excluyendo, en cambio, de tal examen el respeto de las normas reglamentarias (69).

La decisión del Tribunal italiano se encamina a impedir la anulación de leyes por motivos procedimentales de escasa relevancia. En efecto, en la medida que las normas sobre el funcionamiento de las Cámaras se encaminan a garantizar su carácter democrático y el respeto a las minorías, cuando los posibles vicios de forma no impliquen una lesión grave a estos principios o sean consentidos por las fuerzas políticas parlamentarias, parece excesivo invalidar la ley a que se refieran. Por eso, la *Corte* distingue entre violaciones graves las que afectan a las normas constitucionales, y leves las relativas a las normas reglamentarias (70) que, en definitiva, son un desarrollo e inte-

(66) Cfr. SANTI ROMANO: *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, en *Scritti minori*, vol. I, Diritto costituzionale, Giuffrè, Milán, 1950, págs. 249-250. Además, ALZAGA, *op. cit.*, págs. 499-509; MANZELLA, *op. cit.*, págs. 224-243; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1409-1412, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 33-38.

(67) CARLO ESPOSITO: *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, en *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, págs. 273-274.

(68) Cfr. ELIA, *op. cit.*, pág. 363. Ya KELSEN (*op. cit.*, pág. 228) proponía la fiscalización de los reglamentos parlamentarios.

(69) Cfr. CRISAFULLI, *op. cit.*, págs. 135-137; ELIA, *op. cit.*, págs. 363-364; MANZELLA, *op. cit.*, págs. 230 y sigs.; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1409-1410, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 36-37.

(70) ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 37-38. En este sentido se ha de señalar también la interpretación de MANZELLA, *op. cit.*, págs. 236 y sigs., que distingue entre normas

gración de los preceptos constitucionales. Contra las primeras está la garantía del examen de constitucionalidad, contra las segundas la posible autolimitación parlamentaria.

No obstante, pese a la necesidad de garantizar la autonomía de las Cámaras en el contexto del sistema de gobierno, es preciso tener en cuenta que no pueden esconderse tras ese principio aquellos actos del legislador cuya trascendencia supere el ámbito interno del Parlamento en la medida que afecten a los derechos y deberes de los ciudadanos, y tal es el caso de sus reglamentos que la Constitución prevé y a los que se remite expresamente. Por eso, podemos encontrar en la doctrina italiana una elaboración preferentemente crítica sobre la sentencia núm. 9 de 1959 (71), así como propuestas que reclaman una precisión de este tema a través de una ley constitucional (72).

Con todo, no es este el frente donde se encuentra el principal problema que hoy en día plantea el binomio Parlamento-Tribunal Constitucional. En efecto, el punto más delicado de esta relación se refiere al alcance del examen de la constitucionalidad material de las leyes. ¿Hasta dónde puede llegar la fiscalización del Tribunal? ¿Puede afectar a los motivos políticos, a la discrecionalidad de las mayorías parlamentarias?

---

que organizan el procedimiento parlamentario —respecto de las cuales admite el examen de constitucionalidad— y que se corresponden con los preceptos constitucionales y reglamentarios que los desarrollan y normas que disciplinan la fase de decisión parlamentaria —respecto de las cuales excluye toda fiscalización extraparlamentaria—. Estas últimas normas, aunque tienen su presupuesto en la Constitución se encuentran únicamente en el ordenamiento reglamentario.

(71) ELIA, *op. cit.*, pág. 364.

(72) MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1412. La problemática del examen de constitucionalidad de las leyes, desde el punto de vista formal, no se agota aquí. Está el tema de las normas interpuestas: es decir, normas de inferior rango formal a las que la Constitución hace referencia expresa para imponérselas al legislador ordinario; de este modo si las viola se puede hablar de una violación indirecta de la Constitución. Aparte de los reglamentos parlamentarios, a los que ya hemos hecho referencia, deben traerse a este lugar los Tratados que se establezcan sobre derechos políticos de los extranjeros (art. 13.2 de la Constitución española), las limitaciones que la ley de delegación impone al Gobierno (arts. 82-85 de la Constitución española) cuya violación puede considerarse inconstitucional —aunque en este caso salimos ya de la relación Parlamento-examen de constitucionalidad— y los problemas que puedan suscitar los reglamentos comunitarios en caso de que España se integre en la CEE. Sobre el problema de las normas interpuestas, *cfr.* ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 39-42.

B) *El examen de la constitucionalidad material*

Kelsen reconducía los vicios materiales de la constitucionalidad de las leyes dentro de la categoría de los vicios formales, pues estimaba que no suponían otra cosa que la elección de un procedimiento inadecuado al contenido que se quería expresar. Tal vicio se habría evitado si en vez de utilizar la ley ordinaria se hubiesen seguido los trámites de la ley constitucional (73). Esta explicación, coherente con los presupuestos de su autor, nos parece inexacta.

No es menester extendernos ahora en justificar la conveniencia de esta distinción, pues se halla generalizada en la doctrina y, por otra parte, la solución kelseniana no elimina las diferencias entre uno y otro tipo de violación constitucional (74). En cambio, sí es interesante poner de manifiesto la distinta concepción de la Constitución que subyace a cada una de las dos posiciones. En efecto, la tesis de Kelsen guarda estrecha relación con su concepción gradualista del ordenamiento jurídico que ve en cada escalón de la pirámide normativa un conjunto de normas procedimentales para la normación ulterior. En este sistema, las normas de contenido dogmático solamente operan en sentido negativo, es decir, como límites de otras de rango inferior. Se trata, pues, de una concepción relativista que atiende exclusivamente a los procedimientos desinteresándose de los contenidos (75). En cambio, al admitir la existencia de vicios materiales de la constitucionalidad de las leyes se presupone un concepto de Constitución no formalista o positivista, sino sustancial, que integra el tenor literal de sus normas con los principios que expresan los fines y metas que ha de perseguir el Estado según el cuadro de valores que asume explícita o implícitamente la Constitución (76).

El examen de la regularidad-constitucionalidad de la ley desde el punto de vista material confiere al Tribunal Constitucional facultades de control respecto al Parlamento mucho más amplias que el examen de la regularidad formal. En efecto, para poder apreciar si una norma legal, por su contenido, es contraria a la Constitución, el juez constitucional debe realizar una va-

(73) KELSEN, *op. cit.*, pág. 206.

(74) ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 34. En cuanto a la generalización de la distinción, la recogen entre otros muchos: ALZAGA, *op. cit.*, pág. 929; BISCARETTI, *op. cit.*, págs. 529-530; BOZZI, *op. cit.*, págs. 202-204; CRISAFULLI, *op. cit.*, págs. 137-143; ESPOSITO, *op. cit.*, pág. 275; HAURIUO, *op. cit.*, pág. 326; LUCAS: *Curso...*, cit., vol. II, páginas 692 y sigs.; MARTINES: *Diritto...*, cit., pág. 420; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1412 y sigs.; RUIZ DEL CASTILLO, *op. cit.*, pág. 712; TRUJILLO, *op. cit.*, páginas 17-18, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 22 y sigs.

(75) ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 34-35.

(76) TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 19-23; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pág. 35.

loración de la ley examinada desde el punto de vista de la Constitución entendida en sentido amplio. Es decir, no sólo el texto escrito, sino todo el conjunto de valores, principios organizativos y relaciones sociales que integran lo que se ha llamado *fórmula política* de la Constitución (77). En cambio, la apreciación de la observancia de los requisitos formales se reduce a la simple constatación de su concurrencia o ausencia.

Y esta valoración que efectúa el juez constitucional cuando se plantea el control material cobra una importancia aún mayor en el contexto de una Constitución *elástica*, es decir, que sea susceptible de adaptarse, por la naturaleza intrínseca de sus disposiciones, a la evolución de las relaciones sociales. En efecto, en este supuesto la justicia constitucional tiene un importante cometido de cara a la integración y adecuación de la norma constitucional a los cambios socioeconómicos. Precisamente por eso, cuando la Constitución, cuya supremacía se quiere asegurar, es fruto del compromiso efectivo de las fuerzas sociopolíticas predominantes, el aspecto que ahora contemplamos del examen de constitucionalidad cobra una relevancia especial por cuanto abundan, en el texto fundamental, disposiciones de carácter general y conceptos jurídicos indeterminados que hay que concretar (78). Justamente por ello, el juez constitucional llega, en ocasiones, a ejercer un control de gran intensidad sobre las opciones políticas realizadas por el legislador.

La comprobación de la adecuación material a la Constitución afecta no solamente a las leyes ordinarias, sino a todas las manifestaciones parlamentarias de carácter legislativo, sean de rango constitucional —revisión— (79), orgánicas u ordinarias, del mismo modo que a los actos del ejecutivo con fuerza de ley y a las leyes regionales. En definitiva, todo acto de producción normativa con fuerza o rango de ley queda sometido a este examen de contenido.

Este, aunque en teoría parece sencillo, plantea graves problemas en la

(77) Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 368-370. Con referencia a la Constitución española de 1978, cfr. del mismo autor: *El título I del anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, cit., págs. 11-27. El concepto de fórmula política guarda estrechas relaciones con el de régimen político (cfr. PABLO LUCAS VERDÚ: *Principios de Ciencia Política*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1973, 2.ª ed., págs. 99-106) y el de Constitución en sentido material (cfr. MORTATI: *Istituzioni...*, cit., vol. I, págs. 30-38 y la interesante crítica que realiza SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, págs. 30-33 y 110-113).

(78) Cfr. SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, págs. 109 y 112-113.

(79) Sobre la fiscalización por el Tribunal Constitucional de las leyes de revisión, cfr. PEDRO DE VEGA: *La reforma constitucional*, en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, cit., págs. 226-231; además, LUCAS VERDÚ: *Curso...*, cit., vol. II, páginas 695-698, y MORTATI: *Istituzioni...*, cit., vol. II, págs. 1225-1226 y 1237-1238.

práctica, puesto que raras veces se dará el caso de que una ley aborde un tema cuyo tratamiento precluye la Constitución: por ejemplo, una ley que en tiempo de paz pretenda imponer la pena de muerte a los autores de determinados delitos, siendo así que el artículo 15 de nuestra Constitución la abole, salvo en período de guerra. Lo más normal, por el contrario, será que a la hora de decidir sobre la concordancia material de una ley con la Constitución el juez constitucional deba realizar un razonamiento deductivo para aplicar al caso concreto los principios recogidos en el texto fundamental, o bien extraer de la regulación de un tema determinado los principios que informan esa materia. También puede suceder que existan normas constitucionales que sin contener una concreta disciplina ni un principio general, señalen el fin a perseguir por los poderes públicos —entre ellos el Parlamento— al desarrollar su actividad concreta. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 9.2 de nuestra Constitución y todas las posibilidades que ofrece de cara al control de la constitucionalidad. Obviamente operará en sentido negativo, es decir, estarán viciadas, desde el punto de vista material, aquellas leyes que contengan disposiciones contrarias a la consecución de los fines a que apunta este artículo y, en su virtud, todo el texto constitucional (80).

Se podrá objetar, para rechazar estas consecuencias, que el artículo 9.2 es norma programática y que, por tanto, carece, como las demás de su naturaleza, de valor jurídico. Sin embargo, a nuestro entender, esta es una cuestión que se puede considerar resuelta en favor de la eficacia jurídica de estas normas, por lo que son susceptibles de fundar el recurso de inconstitucionalidad (81).

En cualquier caso, es principio esencial que el Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad de una ley, no realiza un juicio político, sino jurídico. La justicia constitucional tiene un carácter predominantemente técnico-jurídico. Por eso, vemos que se ha construido una teoría de los vicios materiales de la constitucionalidad de la ley siguiendo los pasos de la doctrina sobre los vicios del acto administrativo elaborada por los especialistas de esta rama del Derecho público. De este modo, el análisis del juez constitucional se mueve en el sentido de averiguar si en el acto examinado se dan los requisitos necesarios de competencia de las Cámaras por razón del contenido (materias excluidas de la revisión constitucional) o del territorio (su-

---

(80) Hemos seguido en este punto la exposición de ZAGREBELSKY, *op. cit.*, páginas 23-26.

(81) Sobre el valor jurídico de las normas programáticas, cfr. VEZIO CRISAFULLI: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milán, 1952. En conexión con el examen de constitucionalidad, además de las referencias de CRISAFULLI en la obra que acabamos de citar, págs. 79 y sigs., ver TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 34-36.

puestos de competencia exclusiva regional); comprobar si el contenido contradice disposiciones expresas de la Constitución o principios que la informan y, por fin, determinar si ha habido o no desviación del poder legislativo del Parlamento (82).

En definitiva, se trata únicamente de un conflicto jurídico que surge entre dos normas de rango diferente (consideramos que las leyes de revisión tienen un valor formal inferior al de la Constitución) y se resuelve con arreglo a las normas y principios constitucionales por el Tribunal. Ello es así, tanto en el caso de que la causa de la inconstitucionalidad sea la contravención de una expresa disposición constitucional, como en el supuesto de que radique en una desviación de poder. Claro está que el margen de apreciación varía de un caso a otro. Es mucho más amplio en el segundo (83), pues se encamina a facilitar la fiscalización de la esfera discrecional del legislador para comprobar si el ejercicio del poder legislativo se dirige o no a la satisfacción de los fines de interés público, cuya consecución atribuye la Constitución a las Cámaras.

Esto supuesto, es necesario precisar dos cuestiones. En primer lugar, el carácter jurídico del Tribunal Constitucional y de las funciones que realiza. En segundo lugar, su posible incidencia en la determinación de las opciones políticas parlamentarias.

En cuanto al primer tema, hay que tener presente que las controversias que conoce el Tribunal si bien son de carácter jurídico se refieren a normas constitucionales. Al afirmar esto no pretendemos descubrir una obviedad, sino sólo subrayar que precisamente por afectar las normas constitucionales a la organización, ejercicio y limitación del poder estatal presentan una indudable vertiente política que lógicamente repercute en el conflicto jurídico a que nos hemos referido y en el mismo Tribunal.

Esto no significa que el examen de constitucionalidad se reduzca a un juicio político. El problema jurídico planteado no es indiferente a su repercusión política. En este sentido, cuando es resuelto se toma una decisión

---

(82) Este es el camino seguido por la doctrina italiana más autorizada. Cfr. BISCARETTI, *op. cit.*, pág. 540; MARTINES, *op. cit.* últimamente, págs. 419-421; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1412-1413, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 22-23. En cuanto a la teoría de los vicios del acto administrativo elaborada por la doctrina italiana, cfr. ALESSI, *op. cit.*, págs. 394 y sigs.

(83) Sobre la desviación de poder referida a una ley inconstitucional, cfr. MARTINES, *op. cit.* últimamente, págs. 420-421; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1413-1414. Por su parte, ZAGREBELSKY (*op. cit.*, págs. 30-33) prefiere hablar de control del poder discrecional. En sustancia el vicio de la regularidad constitucional que nos ocupa se produce cuando un acto legislativo es emanado para un fin diferente de aquel que es propio del esquema normativo o no es idóneo para realizarlo (Martines).

que tendrá repercusiones políticas claras. Ahora bien, pese a todo no puede hablarse de una acción política del Tribunal. Se trata de consecuencias de la naturaleza de las normas constitucionales y de los conflictos que plantean (84).

Justamente por esto, no parece inconveniente el hecho de que la forma de selección de los miembros del Tribunal se dirija a buscar jueces constitucionales que reúnan no sólo una cuidada formación jurídica, sino también una amplia visión política del cometido garantizador e integrador de la justicia constitucional (85). Asimismo, tampoco debe considerarse irregular que en su actuar el Tribunal tenga presentes aquellas corrientes de opinión que gozan de una implantación mayoritaria o que tenga en cuenta consideraciones de oportunidad política a la hora de emitir sus fallos (86).

Este último es un argumento que se tiene muy presente a la hora de anular o no una ley por inconstitucionalidad, puesto que si bien se pretende asegurar la supremacía de la Constitución, no parece que el precio que se deba pagar por ello sea la creación de lagunas y vacíos constitucionales. Por eso, encontramos que a veces se han arbitrado por el legislador mecanismos para hacer compatible el funcionamiento del examen de constitucionalidad con la integridad del ordenamiento fundamental. Cuando no existen, es la misma jurisprudencia constitucional quien los crea, interpretando los textos sometidos a su examen de manera tal que sean compatibles con los preceptos fundamentales (87).

(84) LEIBHOLZ, *op. cit.*, págs. 149-151 y 154-159; MARTINES, *op. cit.* últimamente, págs. 456-457; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1460-1461, y SÁNCHEZ AGESTA, *op. cit.*, pág. 46-47.

(85) ALZAGA, *op. cit.*, págs. 915-923; KELSEN, *op. cit.*, pág. 227, y LEIBHOLZ, *op. cit.*, págs. 160-161. Ver también la nota 61.

(86) En cuanto a la influencia de valores ampliamente compartidos por la sociedad, cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 32-33; por lo que se refiere a la oportunidad política, cfr. OCCHIOCUPO, *op. cit.*, págs. 37-51.

(87) Véase al respecto CRISAFULLI: *Giustizia costituzionale...*, cit., págs. 137-143, donde compara las soluciones dadas a este problema en Austria, Yugoslavia, Alemania Federal e Italia. Señala cómo las de los dos primeros países están previstas por el Derecho positivo y consisten bien en retrasar la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, bien en precisar qué normas abrogadas por la ley inconstitucional recobran vigor (Austria) o, por fin, abrir un plazo tras la comprobación de la inconstitucionalidad, transcurrido el cual —aunque el legislador no haya proveído— se produce una nueva intervención del Tribunal anulando la norma (Yugoslavia). Por lo que se refiere a Alemania e Italia las soluciones son jurisprudenciales y se dirigen a obviar el peligro de vacíos normativos que supone el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de una norma con eficacia inmediata y alcance retroactivo —excluidas las relaciones ya extinguidas—. En el caso alemán, alguna de las elaboraciones jurisprudenciales han encontrado eco legislativo: así, el artículo 31 del *Bundesver-*

Ahora bien, esto último, unido a las apreciaciones de carácter metajurídico que hace el Tribunal Constitucional, nos lleva a la segunda cuestión a que hacemos referencia anteriormente. Es evidentemente una materia muy delicada: saber hasta dónde puede llegar la apreciación del juez constitucional a la hora de determinar la adecuación o no de una ley a la Constitución. Pensemos, por ejemplo, en los supuestos que pueden darse a la luz del principio de igualdad. ¿Hasta qué punto puede considerarse discriminatoria una norma legal? La doctrina y la jurisprudencia italianas utilizan a tal efecto el criterio de la razonabilidad, es decir, la prohibición de discriminaciones arbitrarias, no razonables (88). Pero está claro que se trata de una regla muy ambigua y amplia que puede dar lugar a extralimitaciones de los jueces cuando el juicio sobre la justicia de las leyes se haga en base a criterios subjetivos del Tribunal (89). Del mismo modo, el vicio de la desviación de poder abre unas perspectivas amplísimas a la fiscalización de la tarea legislativa y plantea el mismo problema. En efecto, aunque se diga que el juicio se debe hacer a la vista de los límites internos que implica toda norma que concede un poder discrecional y que tales límites son determinables en base a normas de experiencia o técnicas (90), no hay ninguna duda que es una valoración que queda —precisamente— a la discrecionalidad del Tribunal. Además, el peligro de extralimitación del órgano titular de la jus-

---

*fassungsgesetz*, en base al cual se puede declarar la incompatibilidad de una disposición con la Ley fundamental (*Unvereinbarkeit*) o su *Verfassungswidrigkeit* sin que por ello sea eliminada del sistema. Otro instrumento que utiliza el Tribunal de Karlsruhe es el que Crisafulli llama *decisioni di appello*, que son sentencias que desestiman el recurso de inconstitucionalidad, pero imponen al legislador la obligación de proceder a abrogar o modificar la ley examinada. Por lo que se refiere a Italia, existe una variada gama de mecanismos jurisprudenciales: sentencias interpretativas, que pueden ser estimatorias del recurso (es decir, consideran inconstitucional una ley siempre que sea interpretada de una manera determinada) o desestimatorias (o sea, estiman conforme a la Constitución la ley examinada con tal de que se le dé la interpretación señalada en la sentencia); además, están las sentencias de estimación parcial —*decisioni manipolative*— que tienen por efecto el hacer decir a la disposición a la que se refieren algo distinto y, a menudo, algo más de aquello que en realidad dice (*sentenze additive*). Sobre este punto, además del trabajo de Crisafulli, que acabamos de sintetizar, cfr. MARTINES, *op. cit.* últimamente, págs. 441-445; MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1415-1434, y ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 145-190. Como trabajos específicos, cfr. GIOVANNI DUNI: *L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Giuffrè, Milán, 1977, págs. 315-354, y NICOLA PICARDI: *Le sentenze «integrative» della Corte Costituzionale*, en *Ibidem*, págs. 599-634.

(88) Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 26-30.

(89) CRISAFULLI, *op. cit.* últimamente, pág. 138.

(90) MORTATI, *op. cit.* últimamente, págs. 1413-1414

ticia constitucional está presente en aquellos mecanismos jurisprudenciales dirigidos a salvar la constitucionalidad de una norma a toda costa, al objeto de evitar lagunas, en la medida que imponen interpretaciones distintas a las textuales y, en definitiva, implican directrices e invitaciones al legislador para alterar la normativa en cuestión. Esto mismo se produce también frente a la labor de suplencia del legislativo que lleva a cabo el Tribunal en el desarrollo de los aspectos constitucionales que no han recibido actuación a través de la ley (91).

La complejidad que informa toda esta materia y lo delicado de la misma se subrayan aún más cuando se tiene presente otra variable. En efecto, hasta aquí hemos visto las formas en que a través del examen de constitucionalidad el Tribunal Constitucional puede incidir en la esfera constitucional del Parlamento; en algunos casos de manera tan intensa que puede poner en peligro todo el entramado institucional previsto por el constituyente. Pero esto no es todo. Ocurre que el Parlamento, a su vez, puede influir sobre el *status* y el funcionamiento del Tribunal Constitucional (92), cosa que es evidente en España ante lo dispuesto por los artículos 161.1, *d*) y 165 de la Constitución.

Obviamente, esa ley orgánica a que hacen referencia ambos preceptos no puede alterar las líneas maestras que traza el texto constitucional, pues en tal caso sería anulada por el mismo Tribunal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que como el poder de revisión reside en el Parlamento, solamente sujeto a procedimiento y mayorías especiales podría intentar obviar, a través de este camino, el obstáculo del examen de la constitucionalidad. A nuestro juicio, tampoco así cabría alterar los rasgos fundamentales del Tribunal, pues consideramos que se trata de un elemento esencial al sistema de gobierno trazado por la Constitución cuya eliminación por medio de la reforma constitucional no es, por tanto, posible. No obstante, es cierto que esta es una opinión no compartida por la totalidad de la doctrina y que de la misma manera que las sentencias del Tribunal, en la práctica, pueden llegar a invadir terrenos que no le son estrictamente propios, no se ha de desechar *a priori* esta posibilidad.

En cualquier caso, no es aquí donde se plantean los únicos problemas desde la perspectiva que aquí nos ocupa. Cabe, ciertamente, la posibilidad de que una vez declarada la inconstitucionalidad material de una ley el Parlamento vuelva a aprobar un proyecto con el mismo contenido. No se trata de que lo haga conforme a los procedimientos de la revisión, sino mediante

(91) CRISAFULLI, *op. cit.* últimamente, págs. 143-144; OCCHIOCUPO, *op. cit.*, páginas 25 y sigs.

(92) Cfr. CRISAFULLI, *op. cit.* últimamente, cuya exposición seguimos en el texto.

una simple ley formal. Naturalmente, como dice Crisafulli, al actuar así se expone a una nueva declaración de inconstitucionalidad, pero este es un riesgo solamente eventual, pues nada obliga al Tribunal a fallar siempre en el mismo sentido, pues no está vinculado por el precedente y además entran aquí en juego los motivos de oportunidad política a que nos referíamos antes.

En conclusión, hemos de señalar que si, por un lado, existe el riesgo de que el Tribunal Constitucional, por medio del examen de constitucionalidad, imponga sus criterios por encima de los mantenidos por las fuerzas políticas mayoritarias en las Cámaras, también es posible, por otro lado, que éstas intenten reducir las competencias de aquel o contrarrestar su actividad. Ambos supuestos, posibles en la dialéctica Parlamento-Tribunal Constitucional, suponen una interpretación forzada de la Constitución y un riesgo para la estabilidad del sistema de gobierno que ésta configura, a la vez que corroboran la importancia decisiva que la justicia constitucional reviste en el seno del Estado democrático contemporáneo.

La superación de los dos peligros que hemos visto no puede hallarse en disposiciones constitucionales o legales. Es una materia en la que no se pueden formular normas concretas. Únicamente cabe señalar principios generalísimos que son de difícil aplicación a los supuestos concretos. Decir que la función de garantía que asume el Tribunal Constitucional, pese a sus implicaciones políticas, es eminentemente jurídico y que no puede justificar la preponderancia de los jueces —el gobierno de los jueces (93)— sobre el Parlamento, no basta. Del mismo modo que tampoco es suficiente afirmar que el juez constitucional no puede entrar en las valoraciones políticas que lleva a cabo el legislador, deteniéndose su examen en la comprobación de la utilización razonable y congruente con los fines constitucionales de la función legislativa.

La solución, a nuestro juicio, estriba en el recurso a la práctica del *self restraint*, entendido no como *judicial restraint* únicamente, sino también como autolimitación del Parlamento respecto a todo aquello que pueda menoscabar la esfera de autonomía constitucionalmente garantizada al Tribunal Constitucional (94). El recurso a las normas de *correttezza* constitucional puede evitar los posibles conflictos que han de surgir en las relaciones de estos órganos constitucionales.

(93) THEODOR MAUNZ: *Deutsches Staatsrechts*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich-Berlin, 1956, 5.ª ed., pág. 183.

(94) CRISAFULLI, *op. cit.* últimamente, pág. 146. ZAGREBELSKY (*op. cit.*, pág. 30) indica que en este tema debe predominar ante todo la prudencia de los jueces constitucionales.