

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS (*)

ANA CARMONA CONTRERAS

La constitucionalidad no es un atributo exclusivo de la ley. Todos los poderes públicos y todos sus productos normativos están sometidos a los mandatos constitucionales. Puede decirse que esta es la idea básica, el genérico hilo conductor que constituye el punto de partida y el trasfondo que de forma constante se despliega a lo largo de la obra objeto de este comentario. De entrada, descubrimos que en relación con tan extensa cuestión el autor va a dirigir su específica atención al análisis de la articulación de funciones entre la jurisdicción constitucional y el poder judicial, concretamente al control de constitucionalidad de las disposiciones con rango inferior a ley. Porque, precisamente, es en este ámbito donde aparece una *zona de fricción* entre ambas jurisdicciones, en la que el deslinde competencial entre las mismas se presenta especialmente conflictivo.

No obstante, ya desde el principio se va a subrayar convenientemente que la idea del control del derecho a través del derecho, en tanto que medio «natural» de hacer valer el principio de jerarquía internormativa, resulta ser una conquista a la que el poder judicial ha accedido sólo muy recientemente; cuando el Estado de derecho obtiene definitivamente carta de identidad como Estado democrático. Antes de dicho momento no había sido así, ni en relación con las leyes (basta con recordar el carácter sacrosanto y la inatacabilidad jurisdiccional que durante todo el siglo XIX y hasta al menos la Primera Guerra Mundial presentan las mismas) ni tampoco por lo que respecta a los reglamentos. En esta línea, en los orígenes del Estado constitucional encontramos dos modelos

(*) F. CAAMAÑO: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, 188 págs.

contrapuestos, dejando a un lado obviamente el caso de Estados Unidos, que nos muestran lo que el autor denomina en el Capítulo I «Las soluciones del ayer». Soluciones que van a permitir ubicar y explicar en clave histórica el preciso origen del problema y la inicial reluctancia constitucional a aceptar la viabilidad de un control jurisdiccional de los productos normativos del Gobierno.

La clave de bóveda de la cuestión es la constante tendencia detectada en el primer constitucionalismo, fundamentalmente el francés y por efecto mimético también el español, que viene a negar cualquier espacio de creación normativa en favor del Ejecutivo. Los reglamentos gubernamentales que, como el profesor Caamaño nos recuerda, inevitablemente van a surgir en la práctica, no se consideran fruto de una potestad normativa de dicho órgano sino, al contrario, una manifestación de la discrecionalidad administrativa. De ahí que el control de dichas normas ejecutivas escapase al control judicial, quedando circunscrito única y exclusivamente a una fiscalización parlamentaria o bien proveniente del propio ámbito administrativo (autocontrol). En este campo se sigue la «tradición» del Antiguo Régimen según la cual «juzgar a la administración es administrar» (Edicto de Saint Germain, 1641). Por tanto, el sometimiento del Ejecutivo al Derecho, naturalmente sustanciable en vía jurisdiccional, se reduce a una mera proclamación formal al no introducirse mecanismo alguno de control judicial frente a posibles abusos de dicho poder en la ejecución de la ley.

Como contrapunto, vamos a encontrar una situación netamente distinta, un modelo alternativo, en el Reino Unido. En efecto, en las antípodas de la rígida actitud francesa que niega cualquier manifestación de capacidad normativa al margen del Parlamento, en el caso británico resulta que el Gobierno obtendrá unas parcelas cada vez más amplias de creación jurídica. La circunstancia de que las mismas vengán a encauzarse a través del mecanismo de la delegación legislativa va a producir, sin embargo, importantes efectos en el tradicional esquema jurisdiccional británico. Un sistema en donde el control judicial de la actividad administrativa es inherente al concepto mismo de jurisdicción, y que sufrirá las consecuencias del paulatino e imparable aumento de las normas delegadas, disposiciones que gozan de fuerza de ley y que, por tanto, escapan al control ejercido por los Tribunales. A partir de dicha constatación, no sólo viene a quebrarse el tradicional principio de unidad jurisdiccional, sino que, a su vez, ello determinará que el control judicial de dicha normativa derivada se limite única y exclusivamente a una función revisora (determinación del *ultra vires*).

En relación con el caso español dominado por una situación lineal aunque jalonada por puntuales esfuerzos de introducir el principio de la justiciabilidad de los actos del Ejecutivo, se constata que, en línea de principio —siguiendo la

solución francesa—, «jueces y Administración se presentan como dos ramas del poder ejecutivo» y, asimismo, que «el control jurisdiccional de los reglamentos era algo absolutamente ajeno a la realidad de nuestro primer constitucionalismo». Asistimos, pues, a pesar de la inicial opción judicialista contenida en la Constitución del Doce, a una confusión funcional e indefinición orgánica que se verá refrendada por las Leyes de 1845 en las que se declara la exención judicial de la Administración pública (jurisdicción retenida). Habrá que esperar a la Constitución de 1869 para que, por primera vez en nuestra historia constitucional, se afirme expresamente el principio de jerarquía internormativa entre ley y reglamento y la subsiguiente competencia de los jueces para controlar la legalidad de aquéllos (art. 92). El fundamental aldabonazo que supondrá la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que, al desarrollar el mandato constitucional suprimiría la jurisdicción contencioso-administrativa y proclamaría el sometimiento de la Administración a la Ley se verá, sin embargo, neutralizado muy pronto por el regreso a la «línea tradicional» a partir de la Restauración de 1876 y de la posterior ley de lo contencioso-administrativo de 1888. De esta forma la garantía jurisdiccional del principio de legalidad tiende a desaparecer en una realidad práctica que por mor de dicha solución se presenta cada vez más caótica. Así continuarán las cosas en nuestro país hasta nada menos que 1956, fecha en la que, en el marco de un régimen dictatorial carente de Constitución, se publica una nueva ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa en la que se introduce la revisión judicial de la actuación administrativa.

La genérica conclusión con que se cierra el capítulo histórico, esto es, la insuficiencia de las tradicionales garantías políticas de los derechos sirve y se presenta como un puente de unión con la actualidad. En efecto, el profesor Camamaño considera que tal intrínseca insuficiencia se tornará palmaria en el marco de un Estado democrático donde la Constitución afirma plenamente su fuerza normativa y su carácter de norma fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico. Un marco en el que, sin duda alguna y de forma inexcusable, los jueces van a experimentar un cambio *cualitativo* en el desarrollo de su función, presentándose como los garantes imprescindibles de la libertad y el derecho. Y la vía primera y principal a través de la cual se llevará a cabo dicha función no será otra que la aplicación de las normas jurídicamente válidas. El principio de jerarquía internormativa establecido por la Constitución reaparece ahora con toda su fuerza.

Ahora bien, cuando se habla de control de reglamentos se piensa inmediatamente en términos de legalidad y de inconstitucionalidad mediata, en principio de legalidad y en jurisdicción ordinaria. La cuestión a dilucidar, pues, es si existe una separación tan radical entre el plano de la constitucionalidad y el de

la legalidad, tal y como los términos del planteamiento apuntado parecen sugerir. El Capítulo II se dedica al planteamiento de los elementos claves relativos a tal cuestión, empezando por determinar en qué sentido el juez ordinario es juez no sólo de la legalidad, sino también de la constitucionalidad. A este respecto la respuesta ofrecida por el profesor Caamaño pasa por diferenciar dos ámbitos fundamentales que, asimismo, ha individualizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC). En relación con la ley, la dimensión constitucional del juez ordinario, en tanto que *obediencia constitucional pensante*, se concreta no en la aplicación directa de la Constitución, puesto que ello escapa a su competencia, sino en la obligación de interpretar la ley desde y con una *perspectiva constitucional*. Tratándose de un reglamento las cosas cambian. En este ámbito normativo sí que se aplica directamente la Constitución, actuando el poder judicial tanto funcional como materialmente como una auténtica jurisdicción constitucional (art. 6 LOPJ) depuradora del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no puede ignorarse un problema que se plantea de modo inmediato como consecuencia precisamente de esa duplicidad de jurisdicciones que existe en nuestro ordenamiento. Nos referimos al tema de hasta qué punto el TC puede controlar la constitucionalidad de normas infralegales, la corrección constitucional de la aplicación del Derecho llevada a cabo por los Tribunales ordinarios. En este sentido, según propone el autor, el criterio o parámetro que ha de servir de referencia para determinar la competencia del Alto Tribunal es la del recurso al Derecho Constitucional específico (*spezifischen Verfassungsrecht*). Un concepto que, según aclara el mismo autor, ha de entenderse desvinculado de su originario y estricto significado procesal, utilizándose como criterio complementario y definidor con el que dar respuesta a los vacíos teóricos no cubiertos por el principio de legalidad en la explicación de la interacción entre jurisdicciones.

Una vez circunscritos los límites generales de estas cuestiones, los dos capítulos restantes del libro se dedicarán a su exhaustivo análisis, exposición y resolución. Empezando por el Poder Judicial, se nos recuerda que nuestra Constitución de 1978 ha optado por un sistema claramente judicialista en el que toda la actuación administrativa aparece subordinada a una posterior fiscalización en sede jurisdiccional. En este sentido, el artículo 6 LOPJ —«Los jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa»— se presenta como una norma que viene a dar cumplida expresión a la existencia de la Constitución como efectiva norma suprema de nuestro ordenamiento, y ello —y aquí se pone el acento principal— sin necesidad de una previa intermediación de la ley. Lo que se subraya una vez más es que la inconstitucionalidad no un vicio exclusivo de la ley; que dicho vicio es posible al mar-

gen de la ilegalidad. Para demostrar que ello es así, ahí están los derechos del Capítulo III del Título I de la Constitución, ámbito en donde las normas infra-legales encuentran su «natural» campo de acción en el marco de un Estado definido como Social de Derecho. Teniendo en cuenta que en relación a tales derechos no cabe el recurso de amparo, la acción depuradora de los Tribunales ordinarios, esto es, el control de constitucionalidad que ejercen los mismos, adquiere una relevancia que, como atinadamente señala el autor, puede calificarse de vital.

Consecuentemente, el siguiente paso a dar es la determinación de las técnicas a través de las que los jueces ordinarios llevan a cabo tal labor. Siempre acudiendo al artículo 6 LOPJ, la potestad depuradora, digamos genérica, de los jueces se concreta en la *inaplicación*, reservándose la competencia específica consistente en la declaración de nulidad, esto es, en la efectiva expulsión del reglamento viciado, a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 39.1 LJCA). Ahora bien, teniendo en cuenta esta modulación en el alcance de las competencias jurisdiccionales según los efectos que a las mismas se atribuyen, a continuación también se va a hacer referencia a la modulación que la primera de ellas presenta en relación con los distintos tipos de reglamentos. En el supuesto de los *reglamentos ejecutivos*, la propuesta avanzada por el profesor Caamaño pasa por entender que la relación que se entabla entre éstos y la Constitución debe tener en cuenta siempre la concreta ley que sirve de inmediato punto de referencia a la disposición controlada. Los Tribunales ordinarios antes de inaplicar una disposición ejecutiva han de investigar si dicho punto legal de referencia es o no constitucional. Y he aquí el *quid* de la cuestión, ya que si en efecto el juez duda sobre tal aspecto, está obligado a presentar la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. De esta forma queda claro que en el supuesto analizado el control de legalidad correspondiente a la jurisdicción ordinaria ha de ceder en favor del principio de sumisión a la ley que preside todas las acciones jurisdiccionales. Así, pues, la relación establecida entre normas ejecutivas y Constitución no se cifra solamente sobre el principio de *prevalencia*, como consecuencia de la técnica de la *inaplicación*, sino también en el de *jerarquía internormativa*, a partir de la exigencia del obligado respeto de la ley a la Constitución por parte de la jurisdicción ordinaria. Por cuanto respecta a los *reglamentos independientes*, al faltar la intermediación legal, los jueces van a ver considerablemente ampliadas sus posibilidades de actuación, dado que sitúan su parámetro de referencia directamente en la Constitución. Su labor principal consiste en precisar y determinar si en relación con las materias objeto de regulación infralegal existe —y con qué alcance— una reserva de ley en la Constitución, ya que, si ello es así, el reglamento en cuestión resultará inconstitucional. En tal supuesto, la vía procesal oportuna para proceder a tal de-

claración es la del recurso de casación por infracción de precepto constitucional, previsto en el artículo 5.4 LOPJ, a cuya competencia aparece reservada en exclusiva al Tribunal Supremo.

No obstante, no escapa al profesor Caamaño la eventualidad factible en la práctica de que un Tribunal aplique un reglamento ilegal, puesto que en tal supuesto es donde aparece la ya mencionada *delicada zona de fricción* en la que la competencia revisora y depuradora del TC se superpone —ha de superponerse si se quiere salir de la disfunción planteada— al control natural que en relación con la legalidad se reconoce en favor de la jurisdicción ordinaria. En tal hipótesis la respuesta ofrecida por la jurisprudencia constitucional, y a la que se adhiere plenamente el autor, es la de estimar que dicho órgano no puede censurar la interpretación llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria. La única excepción a esta regla general es que los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial *constituyan en sí mismos la violación de un derecho constitucionalmente amparable*. El argumento fundamental sobre el que se basa tal construcción doctrinal es el siguiente: la aplicación judicial de un reglamento ilegal puede vulnerar el artículo 24 de la Constitución. Dicha resolución no puede ser considerada fundada en derecho, en tanto que el respeto al sistema de fuentes constituye un presupuesto implícito e inexcusable del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, no olvida el autor que toda interpretación del recurso de amparo en la que, como en este caso, se potencie su dimensión objetiva plantea no sólo unos innegables problemas cuantitativos de saturación añadida y de acumulación de recursos para el TC. Junto a estos encontramos una dimensión cualitativa de innegable relevancia en relación con la comprensión de los límites en el ejercicio de la justicia constitucional. Nos referimos a la espinosa cuestión del margen de discrecionalidad, y a las cotas de inseguridad jurídica que ello implica, con que cuenta el TC a la hora de determinar, en el trámite de admisión del recurso de amparo, si la interpretación del juez *a quo* ha vulnerado el carácter objetivo del derecho a la tutela judicial y si dicha lesión presenta o no relevancia constitucional. En este sentido, lejos de posturas maximalistas, se reconoce que tal clase de riesgos son parte inexcusable de la *jurisprudencia de los derechos fundamentales*.

Como ya se ha indicado, es precisamente a través de dicha jurisdicción, esto es, vía recurso de amparo, por donde discurre el único y exclusivo cauce mediante el cual el TC puede entrar a valorar la constitucionalidad de concretas disposiciones reglamentarias. Sin embargo y pasando ya al Capítulo IV, se plantea el autor si se deduce alguna consecuencia jurídica sobre un reglamento ejecutivo cuando la ley que desarrolla se declara inconstitucional. En este sentido, propone una solución amplia y antiformalista, en virtud de la cual se de-

fiende que la declaración de inconstitucionalidad se refiere sustancialmente al contenido de la norma y no únicamente a su texto. De esta manera, se concluye que «si la inconstitucionalidad se predica de la norma, su declaración por el TC la expulsa del ordenamiento jurídico allí donde se encuentre, sea con forma de ley, sea con forma de reglamento». En cualquier caso, resulta claro que la sentencia de inconstitucionalidad no puede hacer referencia alguna a las normas infralegales, limitando su contenido expreso única y exclusivamente a las disposiciones con fuerza de ley.

Una vez aclarado este punto inicial, se aborda de lleno el tema del control de constitucionalidad de los reglamentos a través del recurso de amparo ante el TC. En dicha labor, ya desde el principio el profesor Caamaño, haciendo gala de un impecable espíritu pragmático, nos hace saber que «al margen de las alternativas doctrinales existentes», su interés y atención van a centrarse de modo específico en el análisis de la jurisprudencia elaborada por nuestro Alto Tribunal. A este respecto, antes de entrar en el núcleo de la cuestión apuntada, se procede a aclarar una cuestión preliminar de indudable relevancia: resulta una constante jurisprudencial la afirmación de la imposibilidad de plantear de forma autónoma la inconstitucionalidad de un reglamento, al margen de la protección de alguno de los derechos fundamentales cubiertos por el recurso de amparo. Una vez circunscrito dicho punto de partida, se trae a colación la fundamental cuestión acerca del contenido y los efectos de tales sentencias. A este respecto, la tendencia inicial mantenida por el TC es la de declarar, salvo los casos de reglamentos autoaplicativos, la nulidad del acto de ejecución de la norma inconstitucional, así como de las resoluciones judiciales que la aplican. No obstante, el Tribunal se abstiene de declarar formalmente tal vicio, manteniéndose así dentro de unos márgenes que vienen a encajar en las características del recurso de amparo. La perplejidad va a plantearse, pues, cuando dicha sólida y coherente línea jurisprudencial venga a quebrarse en concretos casos en los que el TC va a declarar directamente la inconstitucionalidad y, consecuentemente, la nulidad de determinados reglamentos.

Precisamente en relación con este pretendido cambio de jurisprudencia es donde la acertada labor analítica e interpretativa del profesor Caamaño consigue neutralizar esa inicial perplejidad, demostrando que, sustancialmente, el TC mantiene las señas de identidad de su ya referida jurisprudencia. En efecto, en todos aquellos supuestos que aparecen recogidos en el texto se comprueba que la solución pretendidamente novedosa adoptada por nuestro Alto Tribunal, esto es, la declaración de nulidad de disposiciones reglamentarias consideradas inconstitucionales, va a aparecer siempre y en todo caso vinculada al logro de una eficaz y efectiva tutela del derecho funda-

mental que con su aplicación resulta vulnerado. Por tanto, lejos de configurarse en favor de dicho órgano una nueva vía para la depuración autónoma de reglamentos inconstitucionales al socaire del recurso de amparo, resulta que lo que se produce es un indudable efecto depurador de carácter directo, pero siempre y en cualquier caso, y esto es lo que se viene a enfatizar cumplidamente, inescindiblemente relacionado con la necesidad perentoria de garantizar de forma eficaz un derecho fundamental que, de otra manera, quedaría desprotegido.

Una vez concluido el análisis de la temática de los derechos fundamentales, se pasa a continuación a abordar el control de los reglamentos en el ámbito de los *conflictos de competencias*. En este punto el autor no tiene duda alguna en defender la idea, por lo demás mantenida por nuestra jurisprudencia constitucional, de la competencia exclusiva y excluyente del TC frente a los tribunales contencioso-administrativos. Más allá de aceptar la existencia de una denominada por un cierto sector de nuestra doctrina *área de concurrencia competencial* entre jurisdicciones, se reafirma la idea de que en este tipo de conflictos, al «estar en juego el núcleo mismo de nuestra Constitución», no cabe más jurisdicción que la del TC. De este modo se excluye toda posibilidad de una interpretación contradictoria en relación con aspectos constitucionales fundamentales. No obstante, y así se indica, tal solución presenta el serio inconveniente de impedir a los particulares la impugnación de tales disposiciones cuando estimen que las mismas adolecen de un vicio de incompetencia. Ante la disyuntiva interés particular *versus* defensa del orden constitucional, el profesor Caamaño no tiene duda alguna; opta decididamente por la protección del segundo de los elementos referidos.

En esta línea, la última de las cuestiones planteadas es la relativa al concreto desarrollo legislativo (arts. 76 y 77 LOTC) experimentado por el recurso previsto por el artículo 161.2 CE. En este apartado, la cuestión que suscita un mayor interés es la interpretación sugerida de la expresión del artículo 77 LOTC «sea cual sea el motivo en que se base» (*sic.* la impugnación por el Gobierno de la Nación de una disposición autonómica sin rango de ley). Parece lógico pensar, y en tal sentido se expresa el autor trayendo a colación la jurisprudencia emanada a este respecto por el TC, que en el marco de este recurso no pueden alegarse motivos de carácter competencial, pues los mismos están reservados para la figura específica del conflicto de competencias. Por tanto, habrá de ser un motivo de naturaleza constitucional, ya que de no ser así el TC no podría intervenir, pero nunca de carácter competencial. Estando así las cosas, dicho cauce procesal no puede considerarse más que como un recurso *residual*, de cierre del sistema, y que, inevitablemente, viene a crear de nuevo un ámbito de yuxtaposición entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-

administrativa. En cualquier caso, como el mismo autor viene a reconocer a modo de lapidaria conclusión final —conclusión que en nuestra opinión resulta aplicable a las distintas cuestiones abordadas a lo largo del libro y que viene a condensar la idea de fondo que, a modo de *leit motiv*, late permanentemente a través del mismo—, tal duplicidad jurisdiccional, «lejos de ser algo excepcional, forma, en cierto modo, parte de nuestro modelo constitucional».

