

# CONSTITUCION NUEVA Y LEYES VIEJAS \*

POR

SANTIAGO VARELA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Y

MIGUEL SATRUSTEGUI

Instituto Universitario Europeo de Florencia

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

El problema del valor jurídico de la Constitución y, en particular, de las normas constitucionales relativas a los derechos y las libertades fundamentales se plantea ahora en España como una de las cuestiones teóricas más interesantes de nuestra especialidad, a la vez que reviste una considerable trascendencia práctica<sup>1</sup>. Uno de los rasgos más acusados de nuestra Constitución ha sido, sin duda, el deseo de sus autores en proclamar con rotundidad su supremacía como fuente del Derecho. Así, la declaración del artículo 9.<sup>º</sup> sobre el sometimiento de todos los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución se ha completado con la del artículo 53 sobre el carácter vinculante que para todos los poderes, y en particular para los de naturaleza jurisdiccional, tienen los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Sin embargo, el pasaje en

\* El presente artículo tiene su origen en una ponencia presentada a las V Jornadas de Ciencia Política y Derecho Constitucional que se celebraron en Granada, bajo la dirección del profesor José Cazorla, en el mes de junio de este mismo año. Para su elaboración, contamos con la ayuda de los profesores María Antonia Calvo (de la UNED) y Pablo Pérez Tremps (de la Universidad Complutense), a quienes corresponde más de una reflexión de las que aquí se contienen. En el debate que siguió a la lectura de la comunicación intervinieron los profesores Eliseo Aja, Manuel Aragón, Luis López Guerra e Ignacio de Otto, a los que debemos agradecer sugerencias útiles, así como el interés que manifestaron por nuestro trabajo.

<sup>1</sup> Quien por vez primera, a propósito del proceso constitucional español, trató en profundidad el problema fue, posiblemente, Ignacio de Otto en su trabajo *El valor jurídico de los derechos fundamentales*, correspondiente al tercer ejercicio de unas oposiciones que se celebraron en Madrid durante los primeros meses de 1978. Algunas ideas que se utilizan en esta comunicación son deudoras de aquel trabajo. Más recientemente, han abordado también el problema, entre otros, Javier Jiménez Campo y Juan Antonio Porres Azkona en *Conflictos políticos, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso*, en «Revista de Derecho Público», núm. 74, Madrid, 1979, págs. 83-111, así como Francisco Rubio Llorente en su conferencia «La Constitución como fuente del Derecho», pronunciada el 21 de mayo de 1979, dentro de un ciclo organizado en Madrid por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

que esa supremacía se manifiesta con mayor intensidad quizá sea la disposición derogatoria, en virtud de la cual deben considerarse derogadas «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución». Y es que, en efecto, si a esta disposición se añade que en el singular proceso español de reforma no se realizaron los cambios en el ordenamiento jurídico que acompañaron o precedieron a procesos constituyentes de otros países, deberemos acordar que la supremacía de la Constitución no se va a plantear solamente respecto a la ley futura, sino muy especialmente frente a una masa ingente del ordenamiento jurídico anterior.

De esta manera, la Constitución está llamada a convertirse, no solamente a causa de los numerosos mandatos o remisiones al legislador que a lo largo de su texto se contienen, sino por aplicación de su virtualidad derogatoria, en punto de arranque de una amplísima renovación del ordenamiento, de un vasto proceso de cambio jurídico. Del alcance real de esta función jurídica de las normas constitucionales depende que la Constitución llegue a ser, en términos de Jorge de Esteban, una verdadera Constitución «activa», esto es, capaz de desplegar todo el resto de su funcionalidad y, en especial, su función transformadora de la realidad<sup>2</sup>. Una necesidad prioritaria parece, por tanto, el estudio de los procesos de «actuación» de la Constitución, es decir, la de analizar los mecanismos e instrumentos mediante los cuales tendrá lugar la conversión en «actos» de su «potencia» normativa y, en particular, derogatoria frente al ordenamiento anterior.

Este problema de la «actuación» de las normas constitucionales en relación al ordenamiento jurídico anterior a las mismas ya ha comenzado, a los pocos meses de la promulgación de la Constitución, a plantearse vigorosamente ante la jurisdicción ordinaria y las autoridades administrativas<sup>3</sup>. Ambas instancias, sometidas, según hemos visto, a la Constitución y al deber de aplicarla con carácter preferente, han sido, por el momento, las principales encargadas de resolver la cuestión en la práctica. No obstante, debe tenerse en cuenta la próxima entrada en escena de un Tribunal Constitucional, que ha sido anunciado como órgano al que corresponderá «asegurar la supremacía de la Constitución y garantizar la adecuación a ésta de todo nuestro ordenamiento»<sup>4</sup>. La introducción de este nuevo órgano jurisdiccional supondrá, en efecto, un importante factor polémico, pues dicha «actuación» de la Constitución frente al

<sup>2</sup> Véase «La Constitución en el mundo actual», estudio preliminar de *Constituciones españolas y extranjeras*, vol. I, Ed. Taurus, Madrid, 1977, 1.<sup>a</sup> ed., en especial, págs. 31 y sigs.

<sup>3</sup> Así, los Ministerios del Interior y de Justicia se han visto obligados a recurrir al instrumento de las circulares dirigidas a las autoridades que de ellos dependen para instruir a las mismas sobre la aplicación, en términos adecuados a las nuevas normas constitucionales, de la legislación existente en materia de derechos y libertades (vgr. en relación al ejercicio de los derechos de reunión y asociación o a la celebración de matrimonios civiles). Por otra parte, los Tribunales ordinarios ya han pronunciado sentencias significativas, basadas en una aplicación directa de la Constitución con preferencia a disposiciones anteriores de inferior rango (vgr.: la conocida sentencia de 19 de mayo de 1979 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional declarando el derecho del Gran Oriente Español a ser inscrito en el Registro de Asociaciones).

<sup>4</sup> En la «Exposición de Motivos» que acompañó al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remitido por el Gobierno a las Cortes el 27 de abril de 1979.

Derecho viejo implicará un cierto conflicto entre la jurisdicción ordinaria, entre cuyas funciones primarias está la de determinar el Derecho aplicable al caso concreto, y la jurisdicción constitucional y su función integradora de todo el ordenamiento.

El conflicto se plantea, sin duda, dentro de coordenadas que fijan elementos de la Teoría General del Derecho y, en menor medida en el caso de España, del propio Derecho positivo<sup>5</sup>. Sin embargo, como se tratará de poner de manifiesto en el presente artículo, tales coordenadas adquieren una importante dimensión de orden histórico y político, las cuales, como nos demuestran las experiencias más próximas del Derecho comparado, conforman, en última instancia, la solución o resultado jurídico del conflicto mismo.

## II. CAMBIO POLITICO Y CONTINUIDAD DEL ORDENAMIENTO

La continuidad, generalmente constatada, del ordenamiento jurídico o, al menos, de grandes apartados del mismo a través de los cambios políticos que experimentan los Estados es quizás la expresión más elocuente de cómo las tendencias conservadoras del comportamiento social limitan y frenan continuamente el alcance de los proyectos transformadores. Todo cambio se hace conservando mucho de lo anterior, y esto resulta especialmente patente en el ámbito del Derecho positivo.

Sin duda que la mayor o menor discontinuidad del ordenamiento depende de la profundidad, método y ritmo del cambio político vivido, y de ahí que sea mucho más espectacular la ruptura jurídica en los supuestos revolucionarios que en los reformistas. En ambos casos, sin embargo, puede apreciarse, en mayor o menor medida, el fenómeno de la vigencia del Derecho anterior en la nueva situación. Aunque para las teorías jurídicas dominantes «Derecho y revolución se contraponen totalmente»<sup>6</sup>, lo cierto es que la historia demuestra que las revoluciones rara vez se enfrentan con todo el Derecho anterior. Y ello es cierto, tanto en el supuesto de la revolución-ruptura (cambio radical, violento y más o menos súbito e instantáneo), cuyo éxito implica, a juicio de Kelsen, «que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo», de manera que se crea «una nueva norma fundamental que delega el poder de crear De-

<sup>5</sup> Los autores de la LOTC, recientemente aprobada, no han querido resolver expresamente el problema. Ciertamente, el número 1 de su disposición transitoria segunda fija los plazos para interponer recurso frente a leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la fecha de constitución del Tribunal Constitucional. No obstante, este precepto debe interpretarse circunscrito al ámbito del Derecho posterior a la Constitución y anterior a dicha fecha de formación del Tribunal. Junto a otros argumentos de diversa índole que podrían aportarse en favor de tal interpretación, ésta viene avalada por la decisión de las Cortes de rechazar enmiendas que postulaban, como hubiera sido lógico de acuerdo a una interpretación distinta, que aquellos plazos se ampliaran en el caso de los recursos de inconstitucionalidad en vía principal o directa contra las leyes o disposiciones con fuerza de ley publicadas con anterioridad a la fecha de promulgación de la Constitución.

<sup>6</sup> Véase Emilio Lamo de Espinosa, *Derecho, revolución y cambio social*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 55, Madrid, 1979, página 63. La distinción entre «revolución-ruptura» y «revolución-cambio» la hemos tomado también del referido artículo.

recho en el gobierno revolucionario»<sup>7</sup>, como —y con mayor motivo— en los supuestos de revolución-cambio (acumulación de cambios graduales, sin que ninguna fase del proceso pueda considerarse como el momento revolucionario), en relación a los cuales ni siquiera cabe hablar de enfrentamiento entre Derecho y revolución (en terminología kelseniana se diría que estamos ante un proceso de cambio que no altera «la norma fundamental» misma), sino más bien del uso de la legalidad para impulsar el cambio, según han propuesto teóricos socialistas<sup>8</sup>.

Hay, en efecto, dos razones por las que los cambios políticos, aunque sean revolucionarios, no suelen llegar a interrumpir la continuidad del ordenamiento jurídico. En primer lugar, como advierte Biscaretti, porque, aun cuando el nuevo régimen se considere, desde el punto de vista de su Derecho interno, como sujeto jurídico nuevo, «tal solución constitucionalista del problema de la identidad no podrá, sin embargo, valer sin más en el ámbito del ordenamiento internacional, ya que el mismo, basado esencialmente en el principio de efectividad, no consiente que uno de sus sujetos, aun no habiéndose extinguido de hecho, se presente arbitrariamente como nuevo sujeto (generalmente para escapar a algunas de sus graves obligaciones, como intentó hacer, por lo menos en un primer momento, Rusia tras la Revolución de 1917 respecto a sus numerosas deudas con otros países), ya que, por el contrario, trátase, desde un punto de vista material, siempre del mismo ente territorial»<sup>9</sup>.

En segundo lugar, porque parece imposible prescindir bruscamente de toda la legislación anterior. Así, es notoria la estabilidad de algunas leyes e instituciones, especialmente de Derecho civil, pero también del administrativo y del procesal, las cuales permanecen en vigor con regímenes muy distintos. Baste recordar la decisión de la Convención francesa, en septiembre de 1792, de conservar el Derecho privado del antiguo régimen, la confirmación, en el artículo 68 de la Carta de 1814, de la vigencia del Código Civil napoleónico y —sin salir del ámbito español— la longevidad de nuestras leyes procesales y de nuestro Código Civil. Hay también ejemplos de supervivencia de normas constitucionales del régimen ya extinto, bien por mandato expreso de la nueva Constitución, como la remisión de la Ley Fundamental de Bonn a la Constitución de Weimar para la regulación de la libertad religiosa, o por efecto de una interpretación en ese sentido. Así, la teoría de *la déconstitutionnalisation par l'effet des révolutions* sostiene que las disposiciones de la Constitución derogada que no regulan el régimen político anterior pueden separarse de dicha

<sup>7</sup> En *Teoría pura del Derecho*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1975 (13.<sup>a</sup> ed.), páginas 140-141.

<sup>8</sup> Además de las corrientes «socialdemócratas» y la «eurocomunista», también se ha argumentado en favor de la compatibilidad entre revolución y legalidad desde posiciones socialistas cuyo «rupturismo» parece más acentuado. Véanse, en este sentido, las publicaciones del CEREN (Centro de Estudios de la Realidad Nacional) de la Universidad Católica de Santiago, durante el mandato de Salvador Allende, y, en particular, el número 15 de los *Cuadernos de la Realidad Nacional* (diciembre de 1972) sobre «Revolución y legalidad: problemas del Estado y el Derecho en Chile», así como los materiales del Symposium organizado por el CEREN, en octubre de 1971, sobre «Transición al socialismo y la experiencia chilena», entre los que destaca una intervención de Lelio Basso.

<sup>9</sup> En *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973 (2.<sup>a</sup> ed.), pág. 136.

Constitución para permanecer en vigor tras el cambio revolucionario, aunque sólo con el rango de ley ordinaria. De esta forma, tras la caída del Imperio napoleónico, se consideró que continuaba en vigor el artículo 75 de la Constitución del año VIII —que prohibía perseguir a un funcionario sin la autorización del Consejo de Estado—, por estimar que se trataba de una norma de naturaleza básicamente administrativa. Otro tanto ocurrió con el artículo 5.<sup>º</sup> de la Constitución de 1848, abolitorio de la pena de muerte en materia política, que se estimó separable del régimen republicano y, en consecuencia, no derogado por el golpe de Estado de 2 de diciembre de 1851<sup>10</sup>.

Sea cual fuere la magnitud de la transformación política, resulta inevitable, en definitiva, la supervivencia de sectores importantes del Derecho viejo, y este problema debe ser afrontado en cada cambio constitucional. Desde el punto de vista teórico, caben dos modelos de solución: *a)* la recepción del ordenamiento precedente en su totalidad, de manera que el régimen jurídico de las leyes viejas quede equiparado al de las leyes posteriores a la Constitución (así, por ejemplo, se declara expresamente en la disposición transitoria sexta de la Constitución sueca de 1974, en virtud de la cual las leyes preconstitucionales sólo podrán ser derogadas por otras posteriores); y *b)* la recepción solamente de aquellas normas anteriores compatibles con la Constitución, quedando derogadas las restantes (en este sentido se pronuncian la Constitución belga, en su artículo 138; la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 123; la Constitución portuguesa, en su artículo 293, y la española actual, en su disposición derogatoria). Por supuesto, que, en la práctica, el Derecho comparado ofrece una variada gama de soluciones intermedias que se basan en general en el establecimiento de una serie de excepciones al alcance de la derogación operada por la nueva Constitución (así lo hacen, por ejemplo, las disposiciones transitorias de la Constitución griega de 1975).

### III. ¿DEROGACION O ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES ANTERIORES?

Las cláusulas derogatorias que contienen las constituciones y el control de constitucionalidad de las leyes son dos institutos que tienen la misma finalidad: confirmar a la nueva Constitución como fuente superior del ordenamiento y garantizar la conformidad con la misma de las restantes normas. Sin embargo, cuando ambos institutos coexisten debe discernirse en qué medida afecta cada uno de ellos al ordenamiento preconstitucional. Se trata de una manifestación peculiar del problema de las antinomias del ordenamiento ju-

<sup>10</sup> Véase Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho político*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1977 (2.<sup>a</sup> ed), págs. 654-656. Cabe añadir que este mismo efecto, admitido por la doctrina francesa en algunos casos, opera también por propia voluntad del poder constituyente expresamente manifestada. Así, la Ley de Tránsito Constitucional cubana de 1976 dispone, en su artículo 1.<sup>º</sup>, que, «a partir de la vigencia de la Constitución, rigen con carácter de leyes ordinarias las leyes constitucionales de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959 y de 3 de octubre de 1963, de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960 y de Nacionalización de la Enseñanza de 6 de junio de 1961».

rídico, problema que surge cuando dos o más normas, materialmente incompatibles entre sí, regulan la misma relación. Como es sabido, los criterios más frecuentemente utilizados para resolver tales conflictos son el jerárquico (*lex superior derogat inferiori*), el temporal (*lex posterior derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*)<sup>11</sup>. Y así como, en aplicación del criterio jerárquico, una antinomia entre una norma constitucional y una norma ordinaria posterior debe resolverse inequívocamente en favor de la Constitución, la solución no se ofrece con tanta nitidez en lo que se refiere a conflictos de leyes precedentes. La dificultad no surge al determinar qué norma debe preferirse —siempre deberá optarse por la de rango constitucional—, sino más bien en la selección del criterio en función del cual debe darse preferencia a la norma constitucional. Esta puede ser preferida en atención a su carácter posterior, criterio característico del fenómeno derogatorio (así nuestro Código Civil, en su artículo 2.º, declara que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores») o en base a su mayor jerarquía, criterio en que se fundamentan las declaraciones de ilegitimidad constitucional (el artículo 1.º del Código Civil declara que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior»). La determinación de la competencia para controlar la conformidad de las leyes viejas con la Constitución dependerá del criterio por el que opte para solucionar la antinomia. El problema, sin embargo, sólo se planteará realmente en aquellos Estados con un sistema de control de constitucionalidad concertado, pues en los sistemas de control difuso esas competencias corresponderán, en todo caso, a los jueces y tribunales ordinarios.

La confrontación de las leyes anteriores con la Constitución en base al criterio temporal —esquema derogatorio— implica una distinción entre estas leyes y las postconstitucionales. De un lado, tendremos la automaticidad del efecto extintivo producido por la derogación y la competencia natural de jueces y de autoridades administrativas para verificar la conformidad con la Constitución de las leyes precedentes, negándose a aplicarlas en caso de antinomia; por otro, la presunción favorable a la validez de las leyes posteriores, que exigirá su aplicación en todos los supuestos, correspondiendo únicamente a los jueces y tribunales ordinarios la posibilidad de plantear la excepción de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional especializada<sup>12</sup>. Así, en

<sup>11</sup> Sobre el alcance de estos criterios, cfr., entre otros, R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, C. H. Beck, Múnich, 1974 (2.ª ed.), págs. 43 y sigs.; N. Bobbio, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1970, págs. 95 y sigs.; G. Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1978, páginas 76 y sigs.

<sup>12</sup> La relación no es, sin embargo, automática e inequívoca, pues, para algún autor, como Mortati, aún en el supuesto de que se conciba la relación de la Constitución y las leyes viejas en términos de derogación, no cabe excluir por ello la falta de competencia de la Corte Constitucional en esta materia. En efecto, desde una «concepción finalista» de la derogación, ésta no puede ser entendida «como la resultante automática del conflicto entre dos leyes, ambas igualmente válidas, que se suceden en el tiempo», ya que la causa del fenómeno derogatorio es la pérdida de idoneidad de la norma anterior para satisfacer el interés público, tal y como éste es actualmente valorado por el órgano autor de la misma o por el órgano de control, lo que da lugar a la invalidez (sobrevenida) de dicha norma y no a su extinción. De donde deduce Mortati que esta declaración de invalidez debe corresponder, no al juez ordinario, sino al constitucional que, a tal fin, deberá valorar la

base al esquema derogatorio, los jueces y autoridades administrativas podrán y deberán realizar un «enjuiciamiento previo» de las leyes anteriores, denegando, en su caso, su aplicación, del mismo modo que lo hacen con carácter general en relación a los reglamentos ilegales<sup>13</sup>. Este esquema tiene, desde luego, el efecto teórico de subrayar la ruptura del ordenamiento mediante la Constitución. Pero, en la práctica, tal resultado dependerá de la amplitud de los parámetros o enfoques que se utilicen para juzgar la incompatibilidad de las leyes anteriores con la Constitución sobrevenida.

El enfoque más restrictivo sería el que sostuvo en un primer momento algún sector de la doctrina italiana, que reducía la competencia judicial ordinaria al control formal de la ley precedente y reservaba en exclusiva al Tribunal Constitucional la facultad de apreciar la inconstitucionalidad material, lo que suponía negar todo contenido abrogatorio a la Constitución misma<sup>14</sup>.

Un segundo enfoque arranca de la distinción entre normas constitucionales «preceptivas» y «programáticas» y de la atribución sólo a las primeras de eficacia derogatoria. Semejante posición fue adoptada por la magistratura italiana en los años anteriores a la creación del Tribunal Constitucional (1948-1956), pero parece criticable, ya que presupone —como lo hacía tradicionalmente la doctrina francesa— que las proposiciones programáticas carecen de eficacia vinculante. En la actualidad, esta tesis viene siendo rechazada por la ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional de varios países, y sustituida por el reconocimiento de que las normas programáticas son también obligatorias, al menos para el legislador. Podría argumentarse, sin embargo, que dichas normas sólo están dirigidas al legislador futuro, pero no al preconstitucional. La interpretación no parece muy sólida, porque, como ha señalado Bobbio, «las normas programáticas tienen eficacia obligatoria no ya por lo que mandan, sino por lo que prohíben»; pues, aunque «están formuladas como imperativos positivos dirigidos al legislador, esto es, como normas que le imponen el desarrollo de una determinada tarea legislativa (...), dada la inexistencia de un procedimiento que pueda obligar al legislador ordinario a desarrollar la tarea requerida, su fuerza obligatoria se reduce únicamente a la prohibición de emanar normas disconformes con la Constitución». Parece, por tanto, difícil ar-

norma impugnada en base a una interpretación sistemática de la Constitución, asimilando así la declaración de la derogación a la declaración de ilegitimidad, salvo, naturalmente, las diferencias necesarias por el momento distinto en que se produce el contraste con la Constitución. Cfr. *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, en *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1972, páginas 45-64.

<sup>13</sup> Sobre la posición de tribunales y autoridades administrativas ante los reglamentos ilegales, véase E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, volumen I, Ed. Civitas, Madrid, 1977, págs. 134 y sigs. Estos autores subrayan, sin embargo, que el principio organizativo jerárquico se superpone a la vinculación genérica del funcionario al ordenamiento jurídico, de manera que un reglamento, materialmente ilegal, deberá ser aplicado, «si este criterio le fuese impuesto al funcionario por una orden jerárquica concreta» (págs. 138-139). Este principio, probablemente, debe trasladarse también al problema que nos ocupa de la aplicación o inaplicación de las leyes derogadas por la Constitución.

<sup>14</sup> Véase, vgr., C. Esposito, *La Costituzione italiana*, Cedam, Padua, 1954, págs. 283 y siguientes.

gumentar que los mandatos prohibitivos de esta clase puedan ser válidamente ignorados por las leyes anteriores, pero no por las posteriores.

En consecuencia, un tercer enfoque, el más comprensivo, consistiría en atribuir al juez la facultad de apreciar, de manera completa y sistemática, la compatibilidad de la legislación anterior a la Constitución con ésta, sin que la distinción entre normas preceptivas y programáticas sea a estos efectos un motivo discriminatorio. En tal sentido, según veremos más adelante, es como ha entendido el Tribunal Constitucional alemán que debían actuar los jueces ordinarios.

Si se cambia el criterio para solucionar la antinomia y las leyes anteriores se confrontan con la Constitución, no en base al criterio temporal, sino al jerárquico —esquema de ilegitimidad constitucional—, la consecuencia es homogeneizar el ordenamiento jurídico en su dimensión histórica, de manera que «en sustancia se vuelve indiferente el hecho de que las leyes cuya aplicación y legitimidad se discute sean anteriores o posteriores a la Constitución. Unicos son la competencia, los criterios y los efectos del control judicial-constitucional sobre ellas; del todo análogos son los procesos interpretativos y los cánones de resolución de las antinomias»<sup>15</sup>. Así, la presunción de constitucionalidad, que en el esquema derogatorio sólo alcanza a las leyes posteriores, se extenderá también a las leyes preconstitucionales y, en consecuencia, no corresponderá al juez ordinario apreciar si la norma de que se trate sigue vigente tras la promulgación de la Constitución, sino que su competencia se limitará a plantear, cuando lo crea procedente, la excepción de inconstitucionalidad. De esta forma la jurisdicción constitucional será quien decida en las controversias entre la Constitución y las leyes ordinarias, sean éstas anteriores o posteriores. Esto es lo que ha venido ocurriendo en Italia desde la primera sentencia de la Corte Constitucional de 14 de junio de 1956. Esta ha sido también la solución adoptada por la Constitución turca de 1976<sup>16</sup>.

Hay que señalar, por último, que el problema teórico de las relaciones entre la Constitución y las leyes precedentes puede concebirse fuera del esquema de las antinomias —que sólo es aplicable cuando ambas normas pertenecen al mismo ordenamiento jurídico— si se considera, como lo hace Mortati, que tal circunstancia ya no se da cuando el cambio constitucional implica una transformación profunda de todo el sistema de los valores fundamentales. En efecto, «si la individualidad [del ordenamiento] proviene del modo de ser del *imperium*, esto es, del elemento que opera como fuente de validez y criterio de coordinación, parece imposible que el cambio de tal modo de ser

<sup>15</sup> V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. 4, Giuffrè, Roma, 1977, pág. 514.

<sup>16</sup> En efecto, la disposición transitoria novena de dicha Constitución, bajo el epígrafe «Sentencias de inconstitucionalidad de la legislación anterior», establece: «No se podrá alegar ante los tribunales que una ley es inconstitucional ni los tribunales podrían fallar fundándose en este carácter con anterioridad a que se anuncie en el 'Diario Oficial' que el Tribunal Constitucional ha comenzado a desempeñar sus funciones. Se podrá promover acción de anulación respecto a cualquier ley en vigor en la fecha en que el Tribunal Constitucional entre en funciones alegando que es anticonstitucional. En dicho caso caducará el derecho a ejercitar la acción en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que se anuncie en el 'Diario Oficial' la entrada en funciones del Tribunal Constitucional.»

pueda dejar subsistir las normas derivantes del poder que se ha extinguido». En tal situación estaríamos ante una derogación global del ordenamiento anterior, y la apelación a normas del mismo debe explicarse «por una exigencia de economía, que induce a renunciar a una renovación integral de la regulación jurídica preexistente, siempre que ello no venga exigido por la necesidad de adecuarla a los nuevos principios, irreducibles a aquellos que habían inspirado las viejas normas». Esta apelación operaría una auténtica «novación de la fuente de validez» de las leyes anteriores<sup>17</sup>. Mortati abandona así la hipótesis —en el fondo ideológica— de la continuidad del ordenamiento jurídico y arranca de la discontinuidad derivada del cambio constitucional (siempre, naturalmente, que se trate de un cambio profundo), concibiendo la permanencia del Derecho preconstitucional como un fenómeno de recepción de normas en el nuevo ordenamiento estatal, lo que constituye, desde luego, la posición teóricamente más «rupturista».

#### IV. LOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO

Las dos vías que, en términos generales, pueden emprenderse, desde el punto de vista teórico, para solucionar los conflictos entre la Constitución nueva y el Derecho viejo se corresponden, en la práctica, con las dos fórmulas adoptadas, según hemos visto, una en la República Federal Alemana y la otra en Italia. La consideración de ambos modelos de Derecho comparado puede ser especialmente útil para el caso español actual. Esta utilidad deriva no sólo de ciertas similitudes históricas y políticas entre aquellos países y el nuestro en cuanto a la «ruptura» del ordenamiento anterior a la Constitución, sino, asimismo, de la influencia que, como es bien sabido, han ejercido entre nosotros los sistemas de justicia constitucional vigentes en estos dos modelos, así como los criterios que presiden los mismos en torno al valor jurídico de las normas constitucionales<sup>18</sup>.

##### A) *El modelo alemán*

A diferencia de la Constitución italiana (y también de la española), la Ley Fundamental de Bonn contiene una regulación específica en materia de derogación de disposiciones anteriores, de manera que los problemas que han debido resolver los jueces alemanes han sido algo menores.

Es curioso que en Alemania, donde la conciencia jurídica de ruptura con el ordenamiento anterior era superior a la que existió en Italia (o a la que pueda existir actualmente en España), la cláusula derogatoria constitucional no se

<sup>17</sup> Véase *op. cit.*, págs. 64-77.

<sup>18</sup> La influencia de la Constitución alemana y de la italiana en los preceptos de nuestra Constitución relativos a la jurisdicción constitucional puede seguirse con detalle en el comentario articulado de Oscar Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978. La influencia, especialmente alemana, relativa a la supremacía jurídica de la Constitución se ha subrayado en el trabajo de Santiago Varela, *La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional comparado*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid, 1978, págs. 18-20.

encuentre formulada en sentido negativo, acentuándose así la impresión de continuidad del ordenamiento y de cierta cautela frente al «vacío» jurídico que pudiera producir la instauración del nuevo régimen democrático. Establece, en efecto, el artículo 123 de la Ley Fundamental alemana que «el Derecho vigente desde antes de la reunión del Parlamento Federal continúa rigiendo, siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental». Y la cuestión de la competencia jurisdiccional, lo que Maunz ha llamado *normenqualifizierungsverfahren*<sup>19</sup>, ha tratado de resolverse en el artículo 126, en virtud del cual «las diferencias de opinión sobre la vigencia, con carácter de Derecho federal, de cualesquiera reglas jurídicas serán resueltas por el Tribunal Constitucional Federal».

La competencia del Tribunal Constitucional Federal en relación al Derecho viejo queda reducida, por tanto, a las «diferencias de opinión» (*Meinungsverschiedenheiten*) que pudieran surgir en torno a la continuidad de su vigencia. Según la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional Federal<sup>20</sup>, tales «diferencias» únicamente se plantean en el supuesto de que un tribunal ordinario sólo pudiera decidir sobre la vigencia de una norma anterior a la Ley Fundamental adoptando una postura contraria a la doctrina más autorizada o a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de algún *Land*. Según el artículo 86 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 17 de abril de 1951, el caso podrá ser planteado en vía de acción por el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno Federal o el Gobierno de cualquier *Land*, o en vía incidental por cualquier tribunal.

Con esta excepción, el principio general es el de la competencia ilimitada de los tribunales ordinarios para apreciar la derogación o falta de vigencia del Derecho preconstitucional. Se ha consagrado, por tanto, una especie de control judicial difuso en relación al ordenamiento anterior al texto fundamental, siguiendo los criterios dominantes entre la doctrina y la jurisprudencia alemanas durante la vigencia de la Constitución de Weimar<sup>21</sup>. Semejante control, según los términos del artículo 126 de la Ley Fundamental, confirmados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, se extiende a «cualesquiera reglas jurídicas», y no solamente a las leyes en sentido formal<sup>22</sup>. Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha entendido que el juez ordinario queda autorizado y obligado a ejercer esta competencia plenamente, sin que la misma pueda excusarse o restringirse en atención al carácter más o menos programático de las normas constitucionales con las que se produce la colisión del ordenamiento anterior<sup>23</sup>.

Finalmente, se ha aceptado la posibilidad de conversión al nuevo ordenamiento del Derecho viejo, de manera que disposiciones anteriores a la Ley

<sup>19</sup> En *Deutsches Staatsrecht*, C. H. Beck, Munich, 1977 (21.<sup>a</sup> ed.), pág. 279.

<sup>20</sup> Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (en adelante: *BVerfGE*), J. C. B. Mohr, Tübinga, vol. 7, pág. 59, y vol. 18, pág. 265.

<sup>21</sup> Cfr. Ernst von Hippel, *Das richterliche Prüfungsrecht*, en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (ed. por Anschütz y Thoma), II, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1930, págs. 546 y siguientes, así como *Verhandlungen des 34 Deutschen Juristentages*, II, Colonia, 1926, páginas 193 y sigs.

<sup>22</sup> Cfr. *BVerfGE*, 28, 119 y 33, 206.

<sup>23</sup> Cfr. *BVerfGE*, 2, 130-131.

Fundamental queden sometidas a todos los efectos, incluido el de su posible juicio de ilegitimidad constitucional, a las disposiciones posteriores. Según el Tribunal Constitucional Federal, esta equiparación se producirá en el caso de aquellas disposiciones preconstitucionales que hayan sido asumidas por el legislador postconstitucional mediante su voluntad expresa (*in seinem Willen aufgenommen habe*)<sup>24</sup>. En este sentido, cabe recordar que, con el objeto de racionalizar la situación en la mayor medida posible y de evitar los conflictos de interpretación, el Parlamento alemán emprendió hace años la tarea de recopilar el Derecho anterior a la Ley Fundamental que debía considerarse vigente<sup>25</sup>.

### B) *La experiencia italiana*

En Italia, las fórmulas, distintas de las alemanas, con las que a partir de 1948 trataron de solucionarse los problemas jurídicos relativos a la continuidad del Derecho viejo deben entenderse a la luz de los factores históricos, también distintos, con que tales problemas quedaron planteados. Como ha resumido Onida:

«... en Alemania, se partía de una ruptura, quizá más neta, entre el viejo y el nuevo ordenamiento legislativo; de un Tribunal Constitucional que había comenzado a actuar inmediatamente después de la instauración del nuevo ordenamiento constitucional; de un sistema de control que, por un lado, ampliaba la posibilidad de hacer valer las cuestiones de legitimidad en relación a las leyes nuevas (a través de la acción directa de la minoría parlamentaria y de los gobiernos de los *Länder*), y que, por otro, permitía a los particulares (a través del sistema de *Verfassungbeschwerde*) plantear al Tribunal Constitucional cualquier violación de derechos constitucionales, una vez agotados los recursos ordinarios. Por el contrario, en Italia se daba una acentuada continuidad del sistema legislativo, la cual derivaba no sólo de la supervivencia de las leyes viejas, sino también del hecho de que las nuevas, más que sustituir, habían integrado o modificado principios fundamentales de estas últimas; un Tribunal Constitucional que sólo intervino con su jurisprudencia a los ocho años desde la entrada en vigor de la Constitución y después de la experiencia, decepcionante, del control de constitucionalidad realizado por los jueces comunes; un Tribunal Constitucional, por último, cuya respuesta —salvo casos muy limitados de acción directa— sólo podía obtenerse mediante el mecanismo del control incidental sobre la constitucionalidad de las leyes»<sup>26</sup>.

Hay, por tanto, que tener en cuenta, para situar la cuestión en sus justos términos, la existencia en Italia de una primera etapa caracterizada, por una

<sup>24</sup> Cfr. BVerfGE, 32, 258 y 299.

<sup>25</sup> Cfr. *Gesetz über die Sammlung des Bundesrechts* de 10 de julio de 1958 (en *Bundesgesetzblatt*, I, pág. 437) y *Abschlussgesetz* de 28 de diciembre de 1958 (en *BGBI*, I, página 1451).

<sup>26</sup> En *L'attuazione della Costituzione...*, art. cit., pág. 510.

parte, por un vacío de justicia constitucional especializada que dura ocho años, hasta 1956, y, por otra, por el hecho de que el legislador italiano do desarrolle su función de creación normativa con la misma rapidez y profundidad que el alemán, quedando así «congelados» amplios aspectos del desarrollo legislativo de la Constitución. En esta primera etapa fueron los jueces ordinarios quienes decidieron sobre la vigencia o derogación de las leyes anteriores a la Constitución. Su competencia se basaba, desde el punto de vista teórico, en la distinción entre derogación e ilegitimidad constitucional, y se reforzaba, desde el Derecho positivo, en la disposición transitoria VII de la Constitución que, en cualquier caso, remitía a la jurisdicción ordinaria las facultades propias del Tribunal Constitucional mientras éste no entrase en funcionamiento.

Sin embargo, cuando tuvo lugar esa entrada en funciones, quedó planteado el problema del conflicto de jurisdicciones ante la posibilidad, no dilucidada en el texto constitucional, como en el caso alemán, de que la nueva Corte asumiera las competencias en relación al Derecho viejo, que hasta ese momento había sido ejercidas por la jurisdicción ordinaria. Y, en efecto, ya en su primera sentencia la Corte recabó para sí el control sobre la continuidad de la legislación anterior a 1947<sup>27</sup>.

Esta toma de posición por parte de la Corte Constitucional se ha mantenido invariable a partir de entonces y ha dado lugar a una amplísima jurisprudencia, hasta el punto que puede afirmarse que su función de controlar la constitucionalidad de las leyes se ha ejercido de modo predominante en relación a leyes anteriores a la Constitución<sup>28</sup>. No obstante, esta jurisprudencia de la Corte se ha mostrado oscilante en cuanto a los fundamentos teóricos de su propia competencia. Así, algunas sentencias, incluida la célebre primera, han admitido la diferencia entre derogación e ilegitimidad constitucional y han estimado que cada uno de estos dos institutos jurídicos se mueve sobre planos y con efectos diversos, con competencias diversas y con distinta extensión, siendo más reducida la esfera de acción de la derogación, de manera que el control de la Corte se realiza a fin de declarar la invalidez (ilegitimidad), y no a fin de declarar la ineeficacia de las leyes ordinarias por obra de la derogación sobrevenida a raíz de una ley constitucional posterior<sup>29</sup>. Por el contrario, otras han omitido tal distinción y han reducido la cuestión relativa a la incompatibilidad de una disposición legislativa con una norma constitucional a una cuestión de ilegitimidad, de exclusiva competencia de la Corte, aunque se trate de disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la norma constitucional, con la que son incompatibles<sup>30</sup>. Semejante oscilación teórica en la jurisprudencia

<sup>27</sup> Véase Corte Costituzionale, *Sentenza 14 giugno 1956*, núm. 1, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, págs. 1 y sigs., Giuffrè, Milán, que incluye asimismo comentarios doctrinales de Crisafulli, Esposito, Giannini, Lavagna, Mortati y Vasalli (págs. 261 y sigs.).

<sup>28</sup> Según datos que proporciona Onida, de 483 cuestiones de legitimidad constitucional planteadas en vía incidental y pendientes de resolución en una fecha tan avanzada como octubre de 1974, 297 (el 61,5 por 100 del total) se referían a disposiciones legislativas o a los grandes códigos anteriores a la Constitución (en *L'attuazione della Costituzione...*, art. cit., pág. 511).

<sup>29</sup> Cfr. vgr., SS 27-I-59, núms. 1 y 4, en *Giur. cost.*, cit., 1959, págs. 1 y sigs., 22 y sigs.

<sup>30</sup> Cfr. vgr., S 27-VI-58, núm. 40, en *Giur. cost.*, cit., 1958, págs. 525 y sigs.

de la Corte se ha visto correspondida, de modo acentuado, por las profundas divisiones que sobre esta materia ha experimentado la doctrina italiana<sup>31</sup>.

En cualquier caso, difícilmente pueden encubrirse las motivaciones políticas de estas actitudes jurisprudenciales y doctrinales. Las tesis que defendieron en Italia la competencia de los jueces ordinarios, subrayando, en consecuencia, la distinción entre derogación e ilegitimidad constitucional, desde los primeros momentos de la polémica fueron auspiciadas, como ha puesto en evidencia Zagrebelsky<sup>32</sup>, por los sectores políticamente más conservadores, y alimentaban el deseo de que la vigencia de la vieja legislación fuera apreciada por órganos que, como los de la jurisdicción ordinaria en su mayoría, no mostraban excesivo apego hacia los significados más progresivos de la Constitución; frente a estas tesis, otros juristas, como Calamandrei, auguraban que tal atribución de competencias en favor de los jueces ordinarios hubiera supuesto «arrendar a los lobos la construcción de la puerta que da acceso a las ovejas»<sup>33</sup>.

En esta situación, la actitud de la Corte Constitucional debe explicarse, por encima de los argumentos teóricos, a partir de la extremada timidez con que la jurisdicción ordinaria, y en particular la Corte de Casación, había ejercido el control del Derecho anterior durante los ocho años en que tuvo en sus manos el monopolio interpretativo sobre el mismo. Como también puso de relieve Calamandrei, la actitud de la Corte Constitucional no pudo ser otra, salvo que hubiera desilusionado «la justa esperanza forjada en torno a la Corte por la opinión pública. La primera sentencia no traicionó la expectación del pueblo italiano. Con esta sentencia la Corte Constitucional reivindicó para sí misma la función de depurar el ordenamiento jurídico de toda la escoria legislativa que aún amparaba (...). De esta forma, a través de la labor serena y exigente de la Corte, los restos del antiguo régimen, gradual, pero inexorablemente, desaparecerán»<sup>34</sup>.

No es, por tanto, extraño que el protagonismo de la Corte Constitucional en relación al ordenamiento anterior haya sido facilitado y estimulado en Italia por los sectores más progresistas de la jurisdicción ordinaria. Para estos sectores el recurso a la Corte Constitucional, en la que veían un «aliado» natural, representaba además la vía más eficaz para conseguir sus propósitos de renovación normativa. La eficacia *erga omnes* de las sentencias de la Corte, contrapuesta a la eficacia particular de las sentencias de los jueces ordinarios (siempre expuestas, especialmente en los niveles inferiores de la jurisdicción, donde se encontraban en su mayoría los jueces más abiertos, a ser impugnadas y modificadas en instancias superiores), garantizaba un resultado más cierto, definitivo e indiscutible<sup>35</sup>. Tampoco es extraño que se apunten en los últimos años sín-

<sup>31</sup> Un buen resumen de estas divisiones doctrinales y de los términos en que se han producido puede encontrarse a lo largo de los artículos, ya citados, de Mortati, *Abrogazione legislativa...*, y de Onida, *L'attuazione della Costituzione...*

<sup>32</sup> En *La Giustizia costituzionale*, Il Molino, Bolonia, 1977, pág. 44.

<sup>33</sup> Recogido de J. Jiménez Campo y J. A. Porres Ázkona, *Conflictos políticos y técnica jurídica...*, art. cit., pág. 107.

<sup>34</sup> En *La prime sentenza della Corte Costituzionale*, en «Rivista di dir. processuale», II, Milán, 1956, págs. 149-150, cit. por V. Onida, en *L'attuazione della Costituzione...*, artículo citado, pág. 509.

<sup>35</sup> Véase V. Onida, *L'attuazione della Costituzione...*, art. cit., pág. 530.

tomas de un cambio de orientación, de manera que aquel protagonismo de la Corte Constitucional comienza a reducirse —a la vez que comienza tímidamente a consolidarse un sistema de control difuso— a medida que los cambios políticos generales y los experimentados en particular por la judicatura italiana permiten sustituir un uso meramente defensivo de la Constitución por la «actuación» judicial, en sentido avanzado, de la «tabla de valores» que ésta contiene<sup>36</sup>.

## V. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO VIEJO COMO PROBLEMA POLITICO

La experiencia italiana nos muestra, en efecto, cómo la cuestión jurídica de la atribución de competencias para entender en el conflicto entre el Derecho preconstitucional y las normas constitucionales puede reconducirse a una cuestión de orden político. Esta cuestión consiste en determinar los instrumentos para actuar la Constitución como expresión del cambio histórico y como agente de renovación legislativa, lo cual nos sitúa ante el problema de las relaciones, por una parte, entre las funciones legislativas atribuidas al Parlamento y las funciones jurisdiccionales de los tribunales y, por otra, entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

El primer factor político que debemos tener en cuenta es la incapacidad del Parlamento para satisfacer —al menos a corto plazo— las expectativas de desarrollo legislativo de la Constitución. Esta incapacidad es un fenómeno que se manifiesta no sólo en términos cuantitativos, sino, asimismo, mediante la transformación, derivada en parte de cambios estructurales en las instituciones parlamentarias, del valor jurídico de las normas legales<sup>37</sup>. No es éste el momento de analizar las causas de semejante fenómeno, pero, en cualquier caso, caben pocas dudas de que comienza a exteriorizarse con singular intensidad en nuestro país. Lo que interesa destacar aquí es el fenómeno correlativo, en virtud del cual, ante la insuficiencia del Parlamento para que la «actuación» de la Constitución tenga lugar por vía legislativa, se acentúa la función normativa de los tribunales, esto es, su carácter de agentes creadores de Derecho, en particular del Derecho que resulta de la aplicación y desarrollo de la Constitución. En este marco se explica, por ejemplo, la configuración de las llamadas *sentenza-legge* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, cuando ésta se ha encontrado en la necesidad de ofrecer soluciones creadoras o innovadoras, desde el punto de vista normativo, ante el «vacío» producido

<sup>36</sup> Véase *ibidem*, págs. 592-595.

<sup>37</sup> Este fenómeno, puesto en relación con el problema de las competencias jurisdiccionales que aquí tratamos, ha sido destacado, entre otros, por Otto Bachof (en *Jueces y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 38 y sigs.) y por Gerhard Leibholz (en *El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de partidos*, recogido en *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 13-44).

por la derogación del Derecho viejo mediante la aplicación directa de la Constitución<sup>38</sup>.

Situado así el problema en el marco de las funciones jurisdiccionales, un segundo factor de orden político o histórico es el de los distintos grados de «conciencia constitucional» entre los jueces ordinarios, así como, por otra parte, entre éstos y los jueces constitucionales. Se entiende aquí por «conciencia constitucional» la actitud ante la naturaleza y funciones de la Constitución, el carácter vinculante de sus preceptos y su capacidad para llegar a ser la piedra angular y el fundamento de la unidad del resto del ordenamiento jurídico. Los distintos grados de «conciencia constitucional», así entendida, representan, en efecto, un criterio decisivo para comprender la disparidad de argumentos jurídicos utilizados en torno a los problemas suscitados por la confrontación entre una nueva Constitución y las leyes anteriores a ésta. Es significativo, por ejemplo, que un autor tan relevante de la doctrina italiana como Mortati haya recurrido a ese criterio para explicar, en última instancia, el *dissenso* existente en dicha doctrina en orden a utilizar el concepto de «derogación» o el de «ilegitimidad constitucional» en los supuestos en que aquella confrontación tuviera lugar, lo que seguramente implica, según hemos visto anteriormente, soluciones distintas en cuanto a la atribución de competencias para entender de la materia entre la Corte Constitucional y la jurisdicción ordinaria<sup>39</sup>. No ha querido decir otra cosa Capeletti cuando afirma la existencia de «una mayor inclinación de los órganos judiciales inferiores, compuestos usualmente de jueces más jóvenes y, por tanto, menos vinculados a un cierto pasado, a afirmar la inconstitucionalidad de leyes que los jueces superiores (y más viejos) tienden, al contrario, a considerar válidas»<sup>40</sup>.

Asimismo, la opción entre las distintas modalidades interpretativas ante el conflicto de la norma constitucional con una norma anterior y, en definitiva, entre la interpretación de la ley conforme a la Constitución o la interpretación de la Constitución conforme a la ley supone en realidad una opción previa en torno al grado en que el Derecho viejo debe ser preservado y en que la Constitución implica una ruptura histórica y la remodelación sobre nuevas bases de todo el ordenamiento. Ocurre otro tanto a propósito del alcance que pretenda otorgarse a la discriminación interpretativa entre normas constitucionales, atendiendo a su grado de precisión o de generalidad, a su carácter directamente vinculante o, por el contrario, a su carácter «programático». De manera que la mayor o menor relevancia que se conceda a esa discriminación, a los efectos de apreciar la contradicción entre la norma constitucional y la norma anterior, puede considerarse en íntima correspondencia con los intentos de atenuar o acentuar el significado «rupturista» de la Constitución y el recurso como elementos de juicio no sólo a la norma concreta, sino al conjunto de

<sup>38</sup> Véase, vgr., el comentario de D'Onofrio a la importantísima jurisprudencia de la Corte italiana relativa al monopolio estatal sobre la televisión en *Giur. cost.*, cit., 1976, páginas 1424.

<sup>39</sup> Cfr. *Abrogazione legislativa...*, art. cit., págs. 69 y sigs.

<sup>40</sup> M. Capelletti, en *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto Comparato*, Giuffrè, Milán, 1973, págs. 63.

principios y valores que la Constitución contiene y que prestan a ésta su carácter integrador de todo el ordenamiento.

En este sentido puede recordarse la advertencia de Kelsen sobre el fuerte carácter ideológico que subyace en la «teoría de las lagunas» del ordenamiento<sup>41</sup>. En efecto, las reservas o restricciones con que se aprecia la capacidad derogatoria de la Constitución en relación al Derecho anterior tienden a justificarse frecuentemente, en la doctrina y en la práctica judicial, aludiendo al vacío o lagunas que la actuación de esa capacidad podría ocasionar en el ordenamiento. Este *horror vacui* constituye, sin embargo, un freno conservador a la renovación del propio ordenamiento, pues tales reservas o restricciones no son en realidad una alternativa al vacío normativo, sino más bien la alternativa, por una parte, a la reconstrucción de todo el ordenamiento a partir de la Constitución y, por otra, al reconocimiento de la insuficiencia legisladora del Parlamento y de la consiguiente función normativa de los jueces. En palabras de Kelsen, «el juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué casos puede sustituir al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir»<sup>42</sup>.

Si esos son los factores que condicionan en la práctica el problema de competencias planteado, el paso siguiente es reconocer que, en términos generales, los órganos encargados de ejercer una jurisdicción constitucional con carácter especializado tienen un mayor grado de «conciencia constitucional», así como una mayor capacidad de creación normativa. Lo primero como consecuencia de su composición y del mismo carácter especializado de su función, de manera que podría establecerse una cierta relación causal entre la razón de ser de estos órganos y la mayor tendencia que experimentan los mismos tanto a la aplicación preferente de todo tipo de normas constitucionales como a una interpretación amplia de éstas. Incluso en aquellos casos, como el de Alemania Federal, en que la competencia sobre las colisiones entre la Constitución y el Derecho viejo sólo de modo muy limitado es ejercida por el Tribunal Constitucional; éste, según hemos visto anteriormente, no deja de incitar a los jueces ordinarios a que interpreten y apliquen *cada* norma constitucional, independientemente de su contenido genérico o «programático».

En segundo término, ha de tenerse en cuenta también que otro de los ingredientes de la razón de ser de los tribunales constitucionales es evitar que la función de interpretar y aplicar la Constitución sea ejercida de modo polimorfo o «difuso». Y el deseo de que tal función sea ejercida de modo «concentrado» puede interpretarse como una consecuencia de que la naturaleza judicial de los órganos a que se atribuye resulta inseparable de su carácter de órganos «legisladores» o creadores de Derecho, de órganos que, en palabras también de Kelsen, ejercen una *negative Gesetzgebung*<sup>43</sup>.

A la vista de todo lo anterior, parece posible afirmar que la probabilidad

<sup>41</sup> Véase su *Teoría pura del Derecho*, op. cit., págs. 172-178.

<sup>42</sup> En *ibidem*, pág. 177.

<sup>43</sup> Véase *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution*, en *Revue de Droit Public*, 45, 1928, pág. 212. Según Kelsen «se podría interpretar la anulación de las leyes por un tribunal tanto como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como un freno al poder legislativo» (pág. 224).

de que los órganos especializados de jurisdicción constitucional se conviertan en los principales instrumentos para la remoción del ordenamiento jurídico anterior se acrecienta cuanto mayor sea la incapacidad y lentitud legisladora del Parlamento y cuanto menor sea la «conciencia constitucional» de los jueces ordinarios. Los obstáculos a que se manifieste este fenómeno, el cual, según hemos visto, no es de orden lógico-normativo, sino de orden histórico y político, serán todavía menores en aquellos casos, como el de Italia o el de España, en que no existen previsiones expresas sobre la atribución de competencias en los supuestos de conflicto entre la Constitución y el Derecho anterior.

En el caso español ni siquiera como hipótesis lógica tiene relevancia la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, haciendo uso de sus facultades para determinar el ámbito de su propia competencia, se resistiese a entender en tales supuestos cuando en vía incidental o de excepción fueran planteados como cuestiones de inconstitucionalidad por los jueces ordinarios. Esta resistencia quedaría, en efecto, minimizada desde el momento en que se abre también la posibilidad del recurso de amparo, cuando de la no aplicación o de la aplicación inadecuada de un precepto constitucional —en este caso, de la cláusula derogatoria— resultasen lesionados derechos y libertades fundamentales.

Parece, en resumen, que bajo circunstancias determinadas, las cuales no es arriesgado atribuir a la presente situación española, el recurso a la jurisdicción constitucional, como instrumento más eficaz para «actuar» la Constitución frente al Derecho anterior, tiene cierto carácter necesario. El ejercicio de competencias de esta naturaleza por parte de la jurisdicción constitucional no está exento, sin embargo, de algunos inconvenientes.

Ciertamente, según han destacado autores italianos a propósito de la experiencia de su país y como hemos apuntado anteriormente, el ensanchamiento de las competencias de la jurisdicción constitucional hasta alcanzar al Derecho anterior a la Constitución ha sido un factor favorable al tratamiento homogéneo o al *appiatimento* histórico de todo el ordenamiento jurídico, como consecuencia de la aplicación a ese Derecho anterior de los enfoques y criterios propios del juicio de inconstitucionalidad, concebido inicialmente para las leyes posteriores a la Constitución. Dicho con otras palabras, se han diluido las diferencias interpretativas o de tratamiento entre disposiciones anteriores y posteriores en su confrontación con las normas constitucionales, así como entre las presunciones de inconstitucionalidad y de constitucionalidad que, respectivamente, deberían operar, según la propia lógica constitucional, en relación a esos dos tipos de disposiciones<sup>44</sup>.

Por otra parte, según puso de relieve una conocida polémica entre Hart y Fuller en torno a la revisión judicial a partir de 1945 de la legislación alemana del período nazi, quizás sea en este tipo de cuestiones donde la Teoría General pueda extraer conclusiones más provechosas sobre el contraste entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas del Derecho, así como entre sus resultados prácticos<sup>45</sup>. Según hemos visto anteriormente, la revisión del Derecho viejo seguramente tendrá un alcance más bien limitado y restringido si sólo

<sup>44</sup> Véase *supra*, pág. 12.

<sup>45</sup> En *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 593-629 y 630-672.

se atuviese, según criterios estrictamente positivistas, a la colisión entre normas concretas y al carácter vinculante y no programático de los preceptos constitucionales afectados. No es, por tanto, extraño que, como ha ocurrido en Alemania Federal y en Italia, la actuación jurisdiccional, dirigida a remover el Derecho viejo o a procurar su *interpretazione adecuatrice* a las normas constitucionales, tienda a apoyarse —a la vez que la refuerza— en la concepción de la Constitución y del ordenamiento jurídico como expresión de «valores» anteriores y superiores al Derecho positivo, los cuales se formulan mediante «principios generales»<sup>46</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el carácter ambivalente de acelerador-freno que semejante «iusnaturalismo renovado» puede adquirir en relación a las innovaciones en el ordenamiento como consecuencia del cambio histórico y constitucional. Pues, en efecto, su funcionalidad para acentuar el contraste y la ruptura frente a un ordenamiento anterior cede el paso fácilmente a su funcionalidad para limitar y obstaculizar el desarrollo legislativo posterior de las normas constitucionales. Así, por ejemplo, Franz Neumann pudo denunciar con lucidez el abandono del positivismo y la conversión de jueces y juristas alemanes a las tesis de Karl Schmitt sobre los «principios generales (*Generalklauseln*) como un intento de combatir, durante la vigencia de la Constitución de Weimar, la soberanía legislativa del Parlamento y el sistema de Derecho positivo que de ésta derivaba<sup>47</sup>. Del mismo modo es significativo que la confianza inicialmente puesta en la jurisdicción constitucional por los sectores más progresistas de la judicatura y de la doctrina en Alemania y, sobre todo, en Italia haya dado paso en los últimos años a actitudes más críticas entre esos mismos sectores; el fenómeno se explica ante la aplicación a la legislación reciente y a las reformas que éstas implicaban por parte de los tribunales constitucionales de los mismos criterios que sirvieron para avanzar, por vía judicial, en el objetivo de remover el ordenamiento anterior a la Constitución<sup>48</sup>.

Como acabamos de señalar, la ampliación de las competencias del Tribunal

<sup>46</sup> Sobre el resurgimiento del iusnaturalismo en la última posguerra, véase Denis Lloyd, *The idea of Law*, Penguin Books, Hermonsworth, 1976, págs. 88 y sigs.; sobre la aparición del concepto de «anti*iusnaturalidad*» en la doctrina alemana y su acogida por la jurisprudencia, véase Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1951, págs. 42-43, y el trabajo de quien presidió el *Bundesverfassungsgericht*; Josef Wintrich, *Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgericht*, en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Isar V., Munich, 1956, págs. 205 y sigs.; sobre la recepción de este iusnaturalismo positivizado en la reciente Constitución española, véase S. Varela, *La Constitución española...*, art. cit., págs. 18 y sigs. Asimismo, la cláusula derogatoria contenida en el artículo 293 de la Constitución portuguesa precisa que «continuará vigente el Derecho anterior a la entrada en vigor de la Constitución, con tal de que no sea contrario a la Constitución o a los principios enunciados en ella».

<sup>47</sup> En su artículo *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, 1938, trad. de modo abreviado al castellano en *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría política y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1968, págs. 30-69 y, en especial, 55 y sigs.

<sup>48</sup> Por lo que se refiere a Italia, véase *supra*, IV, B, y, en lo que se refiere a Alemania, la crítica, entre otros, de Otwin Massing, *Recht als Korrelat der Macht?*, en *Der CDU-Staat. Analysen zur Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik* (eds. Gert Schäfer y Carl Nedelmann), Suhrkamp, vol. I, Francfort del Main, 1969, págs. 211-258.

Constitucional tienden a incrementar la homogeneidad interpretativa y la disolución de las diferencias en el ordenamiento. El problema consiste en que, en consecuencia, tiendan asimismo a incrementarse las posibilidades de que las leyes posteriores a la Constitución se encuentren sometidas al mismo tratamiento de índole iusnaturalista, que fue necesario, en su día, para remover el Derecho viejo.