

PROBLEMAS DEL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y ADICION SOBRE LA LOAPA

POR

FERNANDO SANTAOLALLA LOPEZ

Letrado de las Cortes

SUMARIO

1. Introducción.—2. Inconstitucionalidad del recurso previo.—3. Consecuencias jurídico-políticas del recurso previo.—4. Efectos parlamentarios en el recurso previo de inconstitucionalidad.—5. Conclusiones sobre el recurso previo de inconstitucionalidad a la vista de las normas aprobadas por el Tribunal Constitucional.—Adición sobre la LOAPA.

1. INTRODUCCION

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) configura, como es sobradamente conocido, tres vías para la impugnación de las leyes por motivos de inconstitucionalidad: el recurso directo, que debe promoverse dentro de los tres meses siguientes a la publicación oficial de la ley (y sin que su mera interposición afecte a la vigencia de la ley impugnada, al menos cuando se refiera a una estatal); la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales antes de dictar sentencia, sin limitación de plazo semejante al anterior, y, finalmente, el recurso previo de inconstitucionalidad frente a los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas.

Esta última modalidad (recurso previo de inconstitucionalidad), recogida en el artículo 79 de la LOTC, se caracteriza porque lo que se impugna es la ley orgánica aprobada por las Cortes, afectando, por tanto, a una ley ya perfecta, a pesar de que el citado artículo se refiere al *proyecto* de Estatuto o de ley orgánica, como si el procedimiento legislativo en las Cámaras no hubiese concluido ya en ese momento, realizando así una catalogación errónea, que podría dar a entender que el texto en cuestión no estaba perfeccionado. En realidad, si la potestad legislativa se atribuye en exclusiva a las Cortes Generales por los artículos 66.2 y 91 de la Constitución, ya que la intervención sancionatoria del rey es estrictamente vinculada y reglada¹, ha de convenirse

¹ Véase en este sentido E. García de Enterría/T. Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, págs. 125 y sigs.; J. A. Santamaría, en *Comentarios a la Constitución* (F. Garrido y otros autores), Madrid, 1980, págs. 926 y sigs.

que la ley —y no un simple proyecto— existe desde que la voluntad de aquéllas se produce. Finalizado el procedimiento parlamentario con la aprobación de las Cámaras, se perfecciona la existencia de las leyes, si bien con las limitaciones que a continuación se indican. Nótese que el mismo precepto de la LOTC reitera que el objeto del recurso previo ha de ser el *texto definitivo* del Estatuto de Autonomía o de la ley orgánica correspondiente, revelando así que no es propiamente un proyecto legislativo lo que se impugna, sino una ley, privada, eso sí, de los trámites de sanción-promulgación real y de publicación en el BOE y de la consiguiente fuerza de obligar. Es ésta la diferencia fundamental de este procedimiento, y de la que se derivan las demás, frente al recurso directo que, en cambio, ha de producirse respecto de leyes ya sancionadas y publicadas en el BOE y que, por tanto, han podido entrar en vigor. El recurso previo opera sobre leyes ya perfectas pero sin que gocen de vigencia y eficacia, precisamente porque se produce antes de su inserción en el diario oficial, mientras que el directo u ordinario se interpone respecto a normas integradas en el Derecho vigente.

Según el citado artículo 79.2 LOTC, la interposición del recurso previo suspenderá automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos, determinación que, como más adelante se estudia, supone que la ley aprobada no puede someterse a la sanción del Rey y a la ulterior publicación en el BOE, situación que ha de mantenerse hasta el fallo del Tribunal Constitucional, de tal modo que si éste la estima ajustada a la Constitución podrá entonces continuarse el procedimiento tendente a la publicación oficial de la ley recurrida, mientras que si declara la inconstitucionalidad de todos o algunos de sus preceptos, *la tramitación no podrá proseguir sin que los mismos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente.*

2. INCONSTITUCIONALIDAD DEL RECURSO PREVIO

El recurso previo de inconstitucionalidad aparecía ya previsto en los artículos 2.1.e) y 84 del proyecto de LOTC presentado por el Gobierno (BOCG, *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 44 I, de 24 de mayo de 1979) y se mantuvo a lo largo de su tramitación parlamentaria hasta llegar al BOE, a pesar de la amplia oposición que suscitó. Así, fueron numerosísimas las enmiendas que se presentaron pidiendo su supresión, sobre todo por su presumible inconstitucionalidad: enmiendas números 39 y 55 del Grupo Socialista; 71 y 83 del de Socialistes de Catalunya; 145 y 181 de la Minoría Catalana; 216 del diputado señor Herrero de Miñón; 225 y 288 del Grupo Comunista, y 222 del Grupo Vasco².

Más explícita fue la enemiga que suscitó el recurso previo durante los debates. Así, el señor Peces-Barba, al defender la enmienda número 39 del Grupo Socialista, señaló que este procedimiento era inconstitucional por introducir un control previo en modo alguno previsto en la Constitución y con-

² Para el texto de estas enmiendas puede verse el volumen preparado por J. A. Santamaría y publicado por el Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, págs. 35 y sigs.

trario a su artículo 161.1.a), en cuanto establece que *la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta*, lo que implícitamente debía suponer la previa validez de la norma y su consiguiente publicación en el BOE. También, según este diputado, vulneraba el artículo 164, que establece los efectos de las sentencias en que se declare la inconstitucionalidad y que debía implicar que el recurso se refiere a normas válidas, pues *¿cómo se puede defender, existiendo un artículo 164, apartado 2, que habla de subsistencia de la vigencia de la ley, que cabe un recurso de constitucionalidad previo en nuestro derecho?*³

Por su parte, el señor Martín Toval, del Grupo Socialista de Cataluña, añadió que la Constitución sólo había previsto el control previo en el caso de los tratados internacionales (art. 95), por lo que debía aceptarse que el constituyente no pensó en un control previo de los proyectos legislativos.

En el mismo sentido se manifestó el señor Solé Tura al defender la enmienda número 225 del Grupo Comunista, indicando que cuando se hizo la Constitución se optó por el control *a posteriori* y no por el control previo, y que el recurso previo es *abiertamente anticonstitucional, y es que con esta ley orgánica alteramos el procedimiento legislativo previsto en la Constitución... Aquí introducimos otra instancia, el Tribunal Constitucional, al cual estamos otorgando derecho de veto sobre la autoridad legislativa del Congreso tanto en un supuesto de proceso legislativo normal como de los Estatutos de Autonomía, y esto no está en la Constitución*⁴.

En contra de estas enmiendas y a favor del proyecto se manifestó el señor Alzaga Villaamil, quien señaló que la constitucionalidad venía determinada por el sistema de competencias abiertas recogido en el artículo 161.1.d) de la Constitución.

Todas estas consideraciones, así como otras que después se señalan, inducen a reflexionar sobre la posible inconstitucionalidad del recurso previo y, en su caso, el alcance de la misma.

Es cierto, como señaló el diputado señor Alzaga, que el artículo 161.1.d) de la Constitución autoriza que por ley orgánica se puedan atribuir al Tribunal Constitucional competencias nuevas en relación a las expresamente previstas en la misma. A su amparo, y dado que el recurso previo frente a Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas no está contemplado en la Constitución, sería de entero recibo que el mismo se introdujese por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, es evidente que este ensanchamiento de competencias no resulta admisible cuando el mismo se haga en contradicción con otros preceptos constitucionales. La ampliación de materias nuevas sólo debe ser posible en cuanto no se oponga a los límites constitucionales.

Un extremo tan importante como el recurso previo —que supone la paralización en la tramitación de las leyes— debería estar reconocido en la propia Constitución, o cuando menos resultar armonizable con sus disposiciones. Sin embargo, no sucede ni una cosa ni otra. Nótese, en este sentido, que la Constitución francesa de 1958 regula detenidamente (art. 61) el control pre-

³ *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 23 (1979), pág. 1212; también recogido en el volumen citado en nota anterior.

⁴ *Diario*, cit., pág. 1217.

vio de la constitucionalidad de las leyes, lo que revela que es una cuestión *materialmente* constitucional, esto es, que por su naturaleza merece recogerse en la ley de leyes. Pero, en nuestro caso, no es sólo que la Constitución guarde silencio sobre este procedimiento de control previo, sino que el mismo choca con sus disposiciones⁵.

La Constitución no sólo no contempla semejante recurso previo de inconstitucionalidad, sino que el mismo resulta de difícil encaje en el procedimiento legislativo que dispone. Los hitos básicos, y otros que no lo son tanto, del procedimiento de elaboración de las leyes por las Cámaras están constitucionalizados, lo que impide su alteración por disposiciones de rango inferior. *El artículo 91 de nuestra carta magna* exige que las leyes aprobadas por las Cortes Generales se sometan a la sanción del Rey, debiendo éste proceder así dentro de un plazo de quince días al tiempo que ordena la inmediata publicación de la ley sancionada. Por consiguiente, *no sólo no prevé nada parecido al recurso previo, sino que lo excluye, pues prescribe que el acto siguiente a la intervención aprobatoria de las Cámaras sea el de sanción-orden de publicación por el Rey*. Tras esta aprobación no procede otra cosa que la firma regia y la publicación oficial de la ley, no un incidente enteramente distinto⁶.

Es más, la Constitución ha regulado expresamente (art. 95.2) un recurso previo en el caso concreto de los tratados internacionales, introduciendo así una diferencia de previsión que indica una postura del constituyente contraria a su admisión en el procedimiento legislativo general, impresión esta última que se confirma teniendo en cuenta la especial naturaleza de los tratados internacionales, que hace que los mismos no puedan ser modificados unilateralmente por el Estado, ni siquiera a través de leyes posteriores aprobadas por las Cortes Generales. En efecto, según el artículo 96.2 de la Constitución, las disposiciones de los tratados válidamente celebrados *sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*, consagrando así dos únicas vías para su reforma, de donde se deduce inequívocamente la inviabilidad a este efecto de las leyes internas⁷. Ante circunstancia tan grave

⁵ Además de no estar previsto, el recurso previo es más propio del control político de la constitucionalidad de las leyes que del propiamente jurisdiccional, que es el buscado en la Constitución. Son numerosos los autores que advierten la desnaturalización que ello supone. Así, J. González Pérez, en *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, páginas 269 y sigs.; por su parte, S. Domínguez acusa a la LOTC de hacer una extraña combinación entre el sistema de control previo y el represivo *a posteriori*, apartándose así de su modelo judicial originario (austriaco) y dando lugar a un sistema dualista prácticamente desconocido en los países que gozan de una acrisolada justicia constitucional. Véase *El Tribunal Constitucional y su entorno europeo*, en la obra colectiva editada por la Dirección General del Contencioso *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid, 1981, págs. 844 y siguientes. También en el mismo sentido, véase J. Almagro, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, págs. 351 y sigs. Recientemente, M. Alba Navarro, *El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Ley Orgánica*, en esta misma revista, núm. 16 (1982-1983), págs. 167 y sigs.

⁶ En el mismo sentido, G. Peces-Barba, *El Tribunal Constitucional*, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, III, ob. cit., págs. 2054 y sigs.

⁷ Véanse en este sentido J. L. Fernández Flores, *La Constitución española de 1978 y los tratados internacionales*, en M. Ramírez (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pág. 271; F. Santaolalla, *Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución*, en la obra colectiva editada por la Dirección General de lo Contencioso

no resulta extraño que la Constitución haya querido introducir esta garantía adicional que supone el recurso previo, garantía que no puede extenderse sin más a un supuesto distinto, como es el de las leyes orgánicas internas, que obviamente pueden modificarse en cualquier momento por nuevas leyes orgánicas.

Todo ello nos hace inclinarnos por la inconstitucionalidad de este expediente.

3. CONSECUENCIAS JURIDICO-POLITICAS DEL RECURSO PREVIO

Pero, siendo importante en sí este olvido de los preceptos constitucionales, el recurso previo presenta además el peligro de poner en entredicho el principio de gobierno de la mayoría en que se basa todo el parlamentarismo democrático.

No debe olvidarse que están legitimados para interponer el recurso previo el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores y las Asambleas legislativas y órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas cuando se trate de leyes orgánicas que pueden afectar a su ámbito de autonomía⁸. De esta forma, y refiriéndonos a los supuestos más previsibles, una minoría parlamentaria (50 diputados o 50 senadores) o extraparlamentaria (un Gobierno o Asamblea autonómicos) pueden envarar seriamente las decisiones legislativas de la representación mayoritaria del pueblo español. Basta que un grupo parlamentario medianamente nutrido no se sienta satisfecho con una ley aprobada por la mayoría de las Cámaras para que pueda utilizar esta suerte de veto suspensivo que impide que aquélla se publique y entre en vigor. En un sistema democrático es ineludible la protección de las minorías, pero sin que ello pueda suponer la neutralización de las decisiones de la mayoría, eje de todo el sistema y sin el cual el mismo no puede funcionar. Todo Estado requiere un mínimo de fluidez para la adopción de decisiones, incompatible con supuestas garantías que no son propiamente tales, sino flancos abiertos para el más puro obstruccionismo⁹. Este es el caso del recurso previo, tanto por las consecuencias comentadas como por el hecho de que ya existen suficientes garantías a través del recurso directo y la cuestión de inconstitucionalidad promovida judicialmente. Estos dos últimos procedimientos eran más que suficientes para asegurar el control de la constitucionalidad de las leyes. El recurso previo no aporta nada sustancial, excepto que las minorías

so *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, Madrid, 1979, págs. 1921 y siguientes, y J. M. Martín Oviedo, *Tipología, jerarquía y producción de las normas en la Constitución española*, en la misma obra colectiva, II, pág. 1285. En cambio, una postura diferente se encuentra en J. Rodríguez Zapata, *Derecho internacional y sistemas de fuentes del Derecho: la Constitución española*, en la misma obra colectiva, III, pág. 1766; E. García de Enterría/T. Ramón Fernández, *Curso...*, cit., pág. 148.

⁸ Tal es lo que se deriva de la aplicación concordada de los artículos 32 y 79.2 LOTC.

⁹ Con razón han calificado F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes el recurso previo como un desafortunado medio obstruccionista; véase *La jurisdicción constitucional*, en E. García de Enterría/A. Predier (eds.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, pág. 840.

derrotadas en las Cortes pueden a través suyo neutralizar las decisiones legislativas de la mayoría. Debe tenerse en cuenta que no hay ningún otro país donde se combinen de forma tan vasta los cauces para la impugnación de las leyes¹⁰.

Otro tanto puede decirse cuando el recurso previo se interpone por los órganos ejecutivos o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. Paradójicamente, la primera ocasión en que se ha hecho uso del mismo ha sido con ocasión de la LOAPA (julio de 1982), ley que según sus promotores ha de servir para racionalizar la configuración autonómica del Estado, asegurando la prevalencia de su derecho sobre el de las Comunidades Autónomas (recuérdese el ya famoso artículo 4 de dicha Ley). Pues bien, el recurso previo constituye un manifiesto desmentido de estas aspiraciones, en cuanto deja a merced de los órganos de las Comunidades Autónomas la legislación más importante del Estado. Ciertamente, este recurso previo no afecta a todas las leyes, sino a las orgánicas. Pero éstas constituyen una categoría muy amplia, siendo además las más importante. Basta que una de estas leyes orgánicas no convenza a uno de los diecinueve gobiernos autonómicos o a una de las diecinueve asambleas autonómicas que pueden constituirse en nuestro país, para que los mismos puedan acudir a ese recurso previo, que supone la paralización del procedimiento legislativo y la suspensión de la publicación y entrada en vigor de la ley afectada. De esta forma, la institución parlamentaria nacional, que normalmente se definiría como el supremo órgano jurídico-político del Estado, toma entre nosotros un carácter de dependencia, en cuanto sus decisiones legislativas más importantes quedan sujetas a su posible neutralización por los órganos autonómicos. La voluntad de las Cortes Generales, instancia de representación de todos los españoles, puede resultar paralizada por la decisión de Asambleas que sólo asumen la representación de una concreta región o nacionalidad, o por los gobiernos de las Comunidades Autónomas que ni siquiera tienen este carácter. Es más, ni el Gobierno de la nación ni las Cortes Generales disponen de un procedimiento paralelo en relación a las leyes de las Comunidades Autónomas, lo que obviamente acentúa esta situación de dependencia.

Evidentemente, una interpretación conjunta de los artículos 32.2 y 79.2 de la LOTC ha de suponer que esta impugnación previa por las instancias comunitarias sólo será admisible cuando se refiera a leyes orgánicas o Estatutos de Autonomía que afectan a su propio ámbito de autonomía, por lo que el Tribunal Constitucional podrá no admitirla a trámite cuando sea manifiesto que la ley recurrida no tiene esta repercusión. Sin embargo, cuando afecte o tenga la apariencia de afectar al ámbito autonómico, deberá admitirse el recurso previo, con la consiguiente paralización de la ley aprobada por las Cortes Generales. Con ello, se produce una radical diferencia con el recurso ordinario, a posteriori, que aunque puede entablarse por los entes comunitarios en los mismos supuestos que en el caso anterior, no suscita, en cambio, nada que impida la entrada en vigor de la ley recurrida. La eficacia de la

¹⁰ S. Domínguez señala que sólo en Portugal (antes de la reforma constitucional de 1982) y en Chipre se produce la yuxtaposición del control previo y el control posterior represivo; véase *ob. cit.*, págs. 844 y sigs.

voluntad de los representantes del pueblo español queda aquí garantizada, pues no hay nada que impida su inmediata aplicación, sin perjuicio de que, tras el correspondiente procedimiento, la ley pueda ser anulada por el Tribunal Constitucional si la estima no conforme a la Constitución. Empero, el control previo impide, como queda dicho, esta aplicación de la ley orgánica recurrida hasta que el Tribunal dictamine su constitucionalidad.

4. EFECTOS PARLAMENTARIOS EN EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La falta de previsión constitucional sobre este mecanismo de impugnación de las leyes se ha traducido en un consecuente silencio de los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, destinados, por lógica, a desarrollar aquellas determinaciones constitucionales que afecten a la vida interna de las Cámaras y no otras disposiciones de rango distinto.

Este silencio repercute en una serie de puntos oscuros tocantes a la tramitación del recurso previo. Así, uno de ellos es el del brevísimo plazo de tres días establecido para su interposición. El artículo 79.1 de la LOTC fija con relativa precisión el momento a partir del que debe correr dicho plazo (pronunciamiento del Congreso sobre las enmiendas del Senado o, cuando esta última Cámara no introduzca enmiendas, aprobación por la misma del texto legislativo). Las normas sobre tramitación de este recurso aprobadas por el Tribunal Constitucional el 14 de julio de 1982 (BOE de 19 de julio) añaden que los tres días serán *los siguientes a la fecha en la que hubiera tenido lugar la sesión con la que concluyere la tramitación parlamentaria del texto recurrido*.

Empero, no queda asegurada la constancia de dicho momento, del *dies a quo*, a efectos de que los potenciales recurrentes puedan ejercitar su derecho¹¹. El presidente del Gobierno, los diputados y los senadores conocen, o pueden conocer, por su relación con las Cámaras o por su propio trabajo oficial, dicho momento de la aprobación del texto definitivo de las leyes. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el Defensor del Pueblo, los gobiernos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, que carecen de un medio cierto que les permita conocer dicha aprobación. Podría argüirse la conveniencia de que el Congreso o el Senado notificasen, según los casos, la terminación del procedimiento parlamentario de las leyes orgánicas a todas estas instancias. Pero, dejando al margen la complicación burocrática que comportaría, debe significarse que la recepción de la notificación por los potenciales recurrentes podría producirse cuando parte o incluso la totalidad del brevísimo plazo de tres días hubiese transcurrido. Y si para ganar en celeridad, esta notificación se hiciese por telegrama u otro medio similar, es evidente que esta modalidad

¹¹ En el caso concreto de los estatutos de autonomía que sigan la vía del artículo 151 de la Constitución, dicho plazo de tres días corre desde el momento en que quede fijado el texto que ha de someterse a referéndum por la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de la Asamblea regional proponente. A pesar de esta peculiaridad, ofrece las mismas vicisitudes que los restantes estatutos de autonomía y leyes orgánicas, razón por la que no se hace una mención específica en el texto.

nó podría garantizar la puesta en conocimiento del texto definitivo del Estatuto de Autonomía o ley orgánica, extremo sin el cual sería aventurado entablar el recurso previo¹². En la medida en que se ignore el contenido del texto definitivo, es problemática la utilización de esta vía. Aquí se revela, una vez más, las adversas consecuencias de la falta de armonía del recurso previo de inconstitucionalidad con el procedimiento legislativo contemplado en la Constitución.

En el mismo sentido, no es de extrañar que la cortedad del plazo de impugnación llevase al Tribunal Constitucional, en las normas ya mencionadas, a reducir los requisitos de presentación del recurso previo (art. 1.º), dejando para un momento posterior la posibilidad de precisar o completar la impugnación y de subsanar los defectos advertidos en la interposición y que pudieran oponerse a su admisión (art. 3.º).

Por otro lado, también la sentencia del Tribunal Constitucional puede producir efectos difíciles de encajar en el procedimiento legislativo de las Cámaras. Indudablemente, cuando estime que la ley impugnada es conforme a la Constitución no se plantearán problemas sobre los trámites ulteriores, que habrán de ser los de sanción-promulgación por el Rey y la consiguiente publicación en el BOE. Caso diferente es, en cambio, el de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de todos o algunos de los preceptos de la ley recurrida, al no estar previsto quién y cómo ha de suprimir esa inconstitucionalidad. El artículo 79.4.b) de la LOTC prevé que en tal supuesto deberán suprimirse o modificarse las normas inconstitucionales por el *órgano competente*, pero sin especificar quién sea éste, silencio que se mantiene en las normas del Tribunal Constitucional ya citadas. Cabe entonces preguntarse si la reforma o modificación pertinente habrá de hacerse en la Cámara en que haya terminado el procedimiento legislativo o con carácter general en una de ellas, y si tal modificación o supresión requiere siempre la intervención del Pleno o basta la de una Comisión, la de la Mesa de una Cámara o incluso la de un órgano administrativo. Así, si el Tribunal Constitucional falla la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de uno o varios preceptos, no parece inconveniente en que su supresión —necesaria de todo punto— se haga por alguno de estos últimos niveles¹³.

En cambio, si el Tribunal dictamina no la supresión, sino la modificación de algunas normas de la ley objetada, parece oportuno que sobre el contenido de las nuevas normas sustitutivas se pronuncien los plenos del Congreso y del Senado. A su vez, y aunque parece lo más aconsejable, es dudoso si en este último caso deben manifestarse los plenos del Congreso de los Diputados y

¹² En el caso del recurso previo de inconstitucionalidad contra la LOAPA no se han mostrado en toda su extensión estas limitaciones, habida cuenta de que su intensa politización impidió que el texto y su fecha de aprobación pasasen inadvertidos para los interesados en su impugnación. Pero es evidente que esta publicidad por la vía de los hechos no siempre ha de producirse y que, por otra parte, está lejos de proporcionar la seguridad y objetividad que demanda todo procedimiento en un Estado de Derecho. Si se admitiese la idoneidad del recurso previo de inconstitucionalidad debería arbitrarse un medio más formalizado para conocer la aprobación de una ley orgánica o estatuto de autonomía por las Cortes que su mera publicación en los medios de comunicación social, su conocimiento personal o por la vía de partidos políticos u otro sucedáneo similar.

¹³ En contra, M. Alba, en *ob. cit.*, págs. 176 y sigs.

del Senado o si, por el contrario, es suficiente que lo haga uno solo de ellos, solución esta última más expeditiva pero menos conforme a la atribución de la potestad legislativa, con la consiguiente necesidad de manifestación sobre todas las leyes, a las dos Cámaras que integran las Cortes Generales (artículos 66.2 y 91 de la Constitución). Parecidos problemas pueden presentar las sentencias de alcance meramente interpretativo.

En definitiva, se trata de toda una serie de situaciones en que, a pesar de ser posible buscar una solución lógica, no siempre se presenta ésta de una forma inequívoca y segura, lo que constituye una consecuencia adicional de la inadecuación del recurso previo al procedimiento legislativo contemplado en la Constitución y desarrollado en los Reglamentos del Congreso y del Senado.

5. CONCLUSIONES SOBRE EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD A LA VISTA DE LAS NORMAS APROBADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No es difícil deducir de cuanto antecede una postura contraria al mantenimiento del recurso previo de inconstitucionalidad. A título de síntesis, debe recordarse que el mismo no resulta, a nuestro juicio, ajustado a la Constitución, por introducir un importante incidente, no solamente no previsto, sino que llega a contradecir la letra y el espíritu de sus disposiciones. De otra parte, pone en riesgo los principios del parlamentarismo democrático, así como la prevalencia de las instancias estatales sobre las autonómicas, en cuanto no garantiza la efectividad de las decisiones mayoritarias de los representantes del pueblo español, esto es, de las Cortes Generales. Finalmente, produce una serie de problemas técnicos y procedimentales difíciles de solucionar a la vista del *iter* constitucionalizado para la elaboración y aprobación de las leyes.

Sin embargo, las ya citadas normas del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1982 (BOE de 19 de julio) sobre tramitación de los recursos previos de inconstitucionalidad han venido en cierto sentido a consagrar este procedimiento de control de las leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía, en cuanto no solamente no se opone ninguna tacha al mismo, sino que se dibujan cauces y medidas para hacerlo posible. Por consiguiente, el jurista, fiel a la interpretación sostenida por el máximo órgano autorizado al efecto, debe aceptarla, reconociendo la licitud actual del recurso previo de inconstitucionalidad.

Ahora bien, junto a esta aceptación es también lícito disentir de la postura adoptada por el Tribunal Constitucional y, ya que la misma no es necesariamente inamovible, postular un cambio para el futuro. No ha de olvidarse que estas normas aprobadas por el Tribunal Constitucional surgieron en relación a un tema tan politizado como la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), por lo que cabe imaginar que en otras circunstancias su postura hubiera sido distinta.

De otra parte, resulta evidente que en el caso citado la interposición del recurso previo contra la LOAPA sirvió para diluir o rebajar ciertas tensiones surgidas sobre la misma entre diferentes fuerzas políticas. Pero con ello se sentó un precedente en la utilización de este mecanismo, hasta entonces dormido y olvidado en el texto de la LOTC, que puede servir en el futuro de

recordatorio a las minorías parlamentarias y a las instancias regionales de la existencia de un arma capaz de neutralizar las decisiones de la mayoría de las Cortes Generales, con las consecuencias ya advertidas.

ADICION SOBRE LA LOAPA

Los apretados comentarios anteriores fueron escritos a raíz de la interposición del recurso previo contra la LOAPA, con ánimo de llamar la atención sobre los defectos materiales y formales de semejante instrumento.

Más de un año ha transcurrido desde entonces, cobrando el problema una variedad de matices que no hacen otra cosa que poner de manifiesto el desatino creado por el artículo 79 de la LOTC. Si los comentarios anteriores fueron escritos con ánimo de síntesis, su próxima publicación en la *Revista de Derecho Político* impide ahora —octubre de 1983— hacer un examen detenido de esos aspectos. Quede, pues, ello para otra ocasión. No obstante lo anterior, la interposición y fallo del recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley orgánica 6/1983, de modificación parcial de la de elecciones locales de 1978, y la sentencia recaída sobre la LOAPA, me han tentado a añadir, no sé si con acierto, unas anotaciones de urgencia.

Recuérdese que el recurso previo contra la Ley orgánica 6/1983 se interpuso el mismo día de su publicación en el *BOE*, lo que determinó que el Tribunal Constitucional no lo admitiese a trámite en un primer momento, en la consideración de que este tipo de recursos sólo procedía contra textos legislativos aprobados pero no publicados oficialmente. Posteriormente, y en virtud de un recurso de súplica de los mismos recurrentes, acordó su admisión (si bien con votos particulares de oposición), basándose en que el recurso previo se había interpuesto dentro del plazo legal de tres días, por lo que los impugnadores no debían sufrir la consecuencia de una publicación anticipada de la Ley¹⁴. Para remediar en lo posible el hecho de la publicación anticipada de la Ley y su entrada en vigor, el Tribunal Constitucional se vio forzado a suspender algunos de los artículos recurridos, utilizando así un sucedáneo incomprensible del recurso previo, por cuanto éste afecta *in integrum* a la ley impugnada y no sólo a una de sus partes, y por cuanto se trata de una medida —suspensión de una ley estatal publicada y en vigor— que el Tribunal no está apoderado para tomar, según la Constitución y la propia LOTC.

La confusión y embrollo creados con este incidente no han podido ser mayores. Todo ello es producto de la ya advertida falta de adecuación del recurso previo con el procedimiento legislativo constitucionalizado y, lo que es lo mismo, de su propia inconstitucionalidad. Para ser consecuente con este procedimiento debería haberse establecido la prohibición de publicar la ley aprobada antes del transcurso del plazo de tres días. Y, sin embargo, nada hay proclamado sobre este extremo. Sólo la deducción que el intérprete pueda extraer del repetido artículo 79 de la LOTC permite llegar a conclusiones

¹⁴ Véase auto de 21 de marzo de 1983. Por cierto, que en esta resolución se determina que el recurso previo es constitucional al amparo del artículo 161.1.d de la Constitución. Sobre este punto nos remitimos al anterior epígrafe 2.

semejantes, elemento muy endeble en comparación con la importancia del incidente. Punto tan vital del procedimiento legislativo —prohibición del Gobierno de publicar la ley en el plazo de tres días— debería estar expresamente formalizado, máxime en un sistema tan casuístico como el nuestro. Al igual que antes se echó en falta la notificación fehaciente de la aprobación definitiva de una ley orgánica, falta ahora esta otra limitación, elementos ambos coherentes con el recurso previo e indispensables para hacerlo efectivo en la práctica. Nada de esto ocurre, sin duda porque el legislador no pudo darles encaje adecuado en el procedimiento legislativo constitucionalizado, sobre todo a la vista del artículo 91 de nuestra suprema ley. De ahí la paradoja producida: si se obligase expresamente al Gobierno a observar dicho plazo se contravendría esta última disposición —que es en realidad lo que se produce—; si, por el contrario, se proclama la no existencia de esta carga gubernamental, se imposibilitaría la utilización del recurso previo. De hecho, lo que ha ocurrido en el caso comentado ha sido el entrecruce de ambos aspectos: el Gobierno actuó correctamente a la vista de la Constitución, pero ilegalmente desde la perspectiva de la LOTC.

De otra parte, está la reciente sentencia sobre la LOAPA. No es éste el momento para analizar las cuestiones de fondo tratadas en dicho fallo, punto en el que cabe advertir una, en general, sabia ponderación del Tribunal Constitucional y, de resultas suyas, una valiosa doctrina constitucional, sino la utilización que se ha dado del recurso previo.

Siguiendo la terminología del artículo 79 de la LOTC, el Tribunal se refiere en muy diversas ocasiones «al texto definitivo del proyecto de ley orgánica de Armonización del Proceso Autonómico», recogiendo una expresión contradictoria y que refleja la inconstitucionalidad del instrumento comentado. En efecto, si se trata de un texto *definitivo* no se comprende su simultánea calificación como *proyecto* de ley. Si se da la primera circunstancia, es obligado reconocer que lo que se tiene delante es ya una ley, no un proyecto, puesto que al ser definitivo no se le puede quitar ni añadir nada. Si, por el contrario, se trata de un proyecto, no puede hablarse de texto definitivo, pues lo que califica precisamente a un proyecto es la idea de realidad inacabada y en formación, de algo que puede modificarse, de algo, en suma, no definitivo.

En realidad, la potestad legislativa se atribuye *en exclusiva* a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 91 de la Constitución). Sus decisiones, cuando se hacen definitivas, son leyes. Terminado el último trámite legislativo en el Congreso o en el Senado, lo que existe entonces es una ley, y no un simple proyecto; será, sin duda, una ley que todavía, por falta de publicación oficial, carezca de vigencia y de eficacia jurídica, pero sin que ello desmerezca su carácter de ley perfecta: no hay ningún otro trámite (previsto en la Constitución) en virtud del cual se puede añadir o quitar algo a su contenido. Al contrario, se obliga entonces a su sanción —que resulta ineludible para el jefe del Estado— y a su ulterior publicación en el BOE. Hay, repetimos, una ley perfecta, pero sin que todavía produzca efectos jurídicos (excepto los previstos en el art. 91 de la Constitución), por carecer de publicación oficial.

La contradicción de la expresión «texto definitivo del proyecto de ley» empleada en el artículo 79 de la LOTC, y que ha seguido el Tribunal Cons-

titucional, tiene, no obstante, una explicación, que no es otra que la de intentar disimular la improcedencia del recurso previo. Si se reconociese que se trata de una verdadera ley lo que se impugna, y no un proyecto, se estaría simultáneamente reconociendo una vulneración de la Constitución, ya que llevaría implícita la admisión de un juicio no previsto y contrario a sus artículos 91, 161.1.a) y 163. Por ello, y tal vez por un deseo más o menos consciente de rebajar la gravedad de la medida, se califica de simple «proyecto» a lo que se impugna. Ahora bien, si se hablase de «proyecto de ley» a secas, se estaría cometiendo otra infracción inconstitucional, al hurtar a las Cortes la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución les atribuye en exclusiva. Se reconocería entonces implícitamente que el Tribunal está participando en esa potestad, al entrar en la consideración de algo que está en *in fieri*, en proceso inacabado de elaboración. Para escapar (u ocultar) este resultado se habla entonces de «texto *definitivo* del proyecto de ley», empleando una expresión que es un puro *contradictio in terminis*. Si la sentencia del Tribunal puede exigir la supresión o modificación de ciertos artículos del texto recurrido, éste no goza entonces de carácter definitivo.

En resumen, o se está recurriendo una ley (definitiva), en cuyo caso se infringen los artículos citados 91, 161.1.a) y 163, o se está recurriendo un proyecto, en cuyo caso el infringido es el artículo 66.2. Por tanto, mírese por donde se mire, el recurso previo de inconstitucionalidad es manifiestamente inconstitucional.

De otra parte, la sentencia sobre la LOAPA puso sobre el tapete el problema ya advertido sobre la forma más adecuada para darla cumplimiento. A nuestro juicio, la decisión de las Mesas del Congreso y del Senado de suprimir los artículos declarados inconstitucionales y el carácter de orgánico y armonizador de dicha ley, como paso previo a su sanción y publicación oficial, era —dentro de las circunstancias— la más correcta.

Haber sometido estas actuaciones a un previo debate y votación en los plenos de las Cámaras habría equivalido a reservarse la facultad de no aceptar el fallo del alto Tribunal, dada la posibilidad consiguiente de votar en contra, infringiendo así el artículo 164.1 de la Constitución. Tampoco habría resultado procedente la votación aunque se la hubiese referido, no al fallo del Tribunal, sino a la forma de cumplimentarlo por las Mesas. Indudablemente, éstas podían haberse equivocado, al igual que los propios Plenos, en el modo de ejecutar el fallo. Pero no por ello se les debía privar, a ellas o a los presidentes, de una función típicamente suya, por cuanto se trata de unos actos de constatación y ejecución material. Al igual que cuando se aprueba una enmienda en Pleno, no vuelve de nuevo el texto a esta instancia para comprobar si el texto que firma el presidente la ha incorporado correctamente, de la misma forma no se debería votar sobre un acto de signo parecido de las Mesas. Mucho menos hubiera resultado admisible que el Gobierno retirase la ley, pues, como se ha repetido, el procedimiento legislativo está entonces concluido. Es más, basta la aprobación por el Pleno de una de las Cámaras de un proyecto de ley gubernamental para que éste pierda la «titularidad» sobre el mismo. Con mucha más razón sobre esta facultad cuando la aprobación se ha producido por los dos brazos que integran las Cortes Generales. Así pues,

la decisión de las Mesas es la que, dentro de las circunstancias que supone el recurso previo, parece más prudente.

Ahora bien, si la sentencia del Tribunal Constitucional hubiese instado no la supresión de ciertos artículos y calificaciones, sino la *modificación* de los mismos, entonces muy probablemente se habría hecho necesario un acto interpretativo, una decisión sobre las nuevas normas que viniesen a sustituir a las declaradas inconstitucionales, en cuyo caso lo más oportuno hubiera resultado la intervención de los Plenos. Con ello habrían surgido, junto a una mayor complicación y enrarecimiento procedimental, unas nuevas lecturas legislativas en modo alguno previstas.

Pero lo más importante no es esto en sí, sino la desorientación y las lógicas discrepancias que se han producido —y se producirán— sobre la forma de cumplimentar los fallos del Tribunal Constitucional. Punto tan importante, que debería estar presidido por una norma clara y segura, se ha visto inmerso en un clima confuso y enmarañado. Circunstancias tan adversas como ésta, y las ya examinadas, surgen de la propia inoportunidad del recurso previo. Por ello, mucho nos tememos que *hasta que no se suprima este mecanismo, no hará otra cosa que producir graves problemas jurídicos y parejas crispaciones políticas.*

Punto final que desearía comentar sobre este desafortunado procedimiento es la dilatación que ha sufrido en el caso de la LOAPA. Como si los defectos ya comentados no fueran suficientes, el Tribunal Constitucional ha aplicado un procedimiento reservado a leyes orgánicas a una ley que el mismo ha acordado que carece de este rango. Independientemente de la opinión que merezca su doctrina sobre las cuestiones de fondo, donde el rigor y la prudencia parecen haberse impuesto, este otro aspecto procedimental no merece la misma valoración. A nuestro juicio, si el Tribunal, en la cuestión previa del carácter orgánico u ordinario de la ley, llegó a la conclusión de que no se trataba de una ley del primer tipo, debió abstenerse de continuar el procedimiento, dictando sentencia proclamando este extremo, para que ulteriormente las Cortes pudiesen remitir el texto de la ley para su promulgación y publicación, obviamente que sin la nota de orgánica. Todo ello en la consideración de que a raíz de su aparición en el BOE se hubiese ofrecido una nueva posibilidad de impugnar, a través de las vías (correctas) del recurso directo de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. En la forma en que se ha procedido se ha sentado un precedente de aplicación a una ley ordinaria de un procedimiento reservado para las orgánicas. Con ello, se ha dado un paso más en el desbarajuste que ha causado semejante artificio. A la vista de este precedente, ¿podrá en el futuro impugnarse una ley ordinaria a través de esta vía? Si con la LOAPA, ahora LPA, se hizo, no se ve razón formal para no repetirlo con otras leyes ordinarias. Con ello, los peligros del recurso previo no hacen más que aumentarse.