

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CON RANGO DE LEY. CRÓNICA DE UN ESCÉPTICO

Ignacio Villaverde Menéndez*

Resumen

El presente artículo realiza un análisis del control previo de constitucionalidad de normas con rango de ley y, muy en particular, de la propuesta de recuperación de ese control para el caso de los proyectos de reforma estatutaria. A juicio del autor, no hay razón dogmática ni sistémica que haga de mejor condición a este control respecto del sucesivo; son razones de política constitucional y prácticas las que explican su recuperación para el sistema de jurisdicción constitucional en España. Tras un análisis de derecho comparado, de la experiencia española del abrogado artículo 79 de la LOTC en su versión original, y un repaso de las cuestiones frecuentes sobre el asunto, el autor realiza una serie de propuestas sobre la confección técnica de este tipo de recurso y concluye su condición de recurso jurisdiccional cuyo fin es asegurar un consenso constitucional sobre la forma territorial del Estado español.

Palabras clave: recurso previo de inconstitucionalidad; control previo de constitucionalidad; jurisdicción constitucional; Tribunal Constitucional; estatutos de autonomía.

THE PRIOR EXAMINATION OF THE CONSTITUTIONALITY OF REGULATIONS HAVING THE FORCE OF LAW: THE CHRONICLE OF A SKEPTIC

Abstract

This article analyzes the prior examination of the constitutionality of regulations having the force of law, in particular, the proposal for the recovery of that oversight power for projects having to do with the reform of the statutes of autonomy. In the author's opinion, there is no systemic or doctrinal reason that renders a prior examination superior to a subsequent examination of the regulation; constitutional policy reasons and practices explain the restoration of this oversight power to the Spanish constitutional jurisdictional system. After an analysis of comparative law, the Spanish experience with abrogated Article 79 of the LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) (Constitutional Court Implementing Act) in its original version, and a review of the frequent issues on the matter, the author makes a series of proposals on the technical preparation of this type of remedy and concludes that this is a jurisdictional remedy whose aim is to ensure a constitutional consensus on the territorial form of Spain.

Key words: prior appeal on the grounds of unconstitutionality; prior examination to determine constitutionality; constitutional jurisdiction; constitutional court; statutes of autonomy.

* Ignacio Villaverde Menéndez, catedrático de derecho constitucional, Universidad de Oviedo, Facultad de derecho, C/ Valentín Álvarez, s/n, 33006 Oviedo, nacho@uniovi.es.

Artículo recibido el 7.10.2014. Evaluación ciega: 21.10.2014 y 3.11.2014. Fecha de aceptación de la versión final: 11.11.2014.

Citación recomendada: VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico». *Revista catalana de dret públic*, núm. 49 (diciembre 2014), p. 20-40, DOI: [10.2436/20.8030.01.30](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.30).

Sumario

- 1 Llamando a las cosas por su nombre en relación con instituciones jurídicas recurrentes
- 2 Los términos de un debate inconcluso
- 3 La derogación del artículo 79 LOTC y las proposiciones de ley de 2014
- 4 El ejemplo comparado
- 5 ¿Una propuesta de control previo de constitucionalidad constitucionalmente conforme? Algunas preguntas frecuentes
 - 5.1 El control previo de constitucionalidad, ¿muta la naturaleza de la función que ejerce el TC? Y, además, alguna reflexión sobre sus efectos
 - 5.2 ¿Cabría reinstaurar el control previo mediante una reforma de la LOTC?
 - 5.3 Control previo y referéndum. El falso choque de legitimidades
- 6 El control previo. El blindaje del consenso constitucional

1 Llamando a las cosas por su nombre en relación con instituciones jurídicas recurrentes

Debo confesar al lector mi perplejidad ante este debate, y mis dificultades para tomar partido entre quienes han recibido con agrado la propuesta política de recuperar el control previo de constitucionalidad para las reformas de los estatutos de autonomía (en adelante, EE. AA.)¹, y los que, sin embargo, al menos albergan serias dudas sobre su sentido, significado y oportunidad jurídicas (hasta el momento no me consta ninguna opinión abiertamente en contra)². Estas páginas deben leerse como la reflexión de un modesto jurista periférico, perplejo y dubitativo ante un asunto que daba por olvidado y con el espíritu de quien cree no tener la razón.

Hay instituciones jurídicas que se resisten a ser historia del derecho. Parece que el recurso previo es una de ellas. A pesar de su corta y desafortunada vida constitucional en España, ha vuelto a nuestra escena jurídica de la mano de sendas proposiciones de ley de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) presentadas por los grupos parlamentarios popular y socialista el 24 de enero de 2014, y ya en trámite.³ Pasado el tiempo, estas palabras de Ángel Gómez Montoro escritas en 1988 en su trabajo «El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas»,⁴ resultaron ser premonitorias: «Por otro lado, no puede descartarse la hipótesis de que en un futuro se vuelva a introducir, por decisión del Parlamento, en nuestro sistema de justicia constitucional». Y en efecto así ha sido, porque el control previo de constitucionalidad limitado a reformas de EE. AA. ha regresado, y parece que para quedarse.⁵

1 Probablemente el más destacado, entre otras razones porque es una materia a la que ha dedicado buena parte de su labor académica, es Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ. Baste con citar en este momento su trabajo «El resurgimiento del debate sobre el control previo de constitucionalidad en España: experiencias y perspectivas», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8 (2007), p. 3 y ss., publicado también en: FERRER, E.; ZALDÍVAR, E. (coords.). «La ciencia del Derecho Procesal. Estudios en homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho». Tomo VIII, México: UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Pons, 2008, p. 3 y ss. Ideas que ya había adelantado en «Sobre la conveniencia de recuperar el recurso previo de inconstitucionalidad», en: PÉREZ TREMP, P. (coord.). «La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España». Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 243 y ss.; y en «La experiencia española del recurso previo de inconstitucionalidad: de la supresión a la añoranza». *Revista de Derecho Público*, San José: Asociación costarricense de Derecho Administrativo, núm. 9-10 (enero-diciembre 2009), p. 39-57; también disponible en línea en: <<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/1125/CONTROL%20PREVIO%20EXPERIENCIA%20ESPA%C3%91OLA%20MAAM%202010.pdf?sequence=1>>. Cítese también a TAJADURA TEJADA, Javier. «Reformas estatutarias y control previo de constitucionalidad». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132 (2006), p. 645 y ss., publicado también en: PÉREZ TREMP, P. (coord.). «La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España». Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 487 y ss., y que ha vuelto a reivindicar en «El control previo de constitucionalidad: una propuesta de reforma constitucional». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 43 (2014), p. 56 y ss.

2 Tal vez sea la voz de Octavio SALAZAR BENÍTEZ la más contundente, «Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria», en: PÉREZ TREMP, P. (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 459 y ss.

3 Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-162-1.PDF#page=1>. Proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-163-1.PDF#page=1>.

4 *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22 (1988), p. 123 y ss.

5 Javier GARCÍA ROCA, en su ponencia de apertura de las V Jornadas de la Asociación de Constitucionalistas de España, vaticinó la reapertura del debate sobre el recurso previo: «La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España», en: PÉREZ TREMP, P. (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 17 y ss., 55 y 56. En dichas jornadas se presentaron cuatro ponencias en las que se reflexionaba sobre el asunto y de las que se da cuenta en este trabajo. No cabe duda de que la reforma del EE. AA. catalán del 2006 pesaba en los ánimos. Así lo apuntan Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ en «El resurgimiento...», ob. cit., p. 11 y ss.; y de forma muy evidente Isabel M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ en «Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de reforma de Estatutos de Autonomía: viabilidad jurídica de una necesidad política», en: PÉREZ TREMP, P. (coord.). *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 355 y ss. Las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional se dedicaron a «El futuro de la justicia constitucional» (CEPC, Madrid, 2007). Cierta que ninguna ponencia e intervención se ocupó del control previo (su objeto era más bien reflexionar sobre el alcance de la reforma del TC del 2005). Pero no conviene dejar pasar la sugerencia de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, en su contribución «Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española» (p. 31 y ss.), en cuya «Apostilla final» señala la acaso conveniente recuperación del control previo en el marco de lo que él consideraba la necesaria reforma en profundidad del sistema, y que desde luego no abordó la reforma del 2005 (p. 68). Paralelamente también contribuyeron a este debate Manuel ARAGÓN REYES en «La construcción del Estado autonómico», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1 (2006), p. 15 y ss., 38; y Pedro CRUZ VILLALÓN en «El control previo a los veinte años de su supresión». *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del*

El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma de la Constitución del 2006 (año en el que se presentó por el grupo parlamentario popular una proposición de ley similar a la actual) sugirió la conveniencia de recuperar el recurso previo para el caso de las reformas estatutarias (la fecha importa).⁶ Y no fueron pocos los juristas que acogieron con agrado esa propuesta.⁷ Sin embargo, no cuajó políticamente, y la reforma del 2007 de la LOTC siguió otros derroteros. Ahora bien, su regreso, creo yo, no obedece a una sugerencia emanada de la Academia, que las hubo, o una necesidad técnica subrayada en los círculos de especialistas, que también se hicieron, señalando lo impropio y desafortunado que fue su desaparición en el año 1985,⁸ que pasado el tiempo haya terminado por permear el siempre esquivo universo parlamentario. Parece, más bien, una respuesta política apelando a un recurso técnico ante la nueva crisis institucional desatada por el órdago lanzado por la Generalitat catalana y su propuesta de celebración de una consulta sobre la independencia de Cataluña.⁹ Pero temo para mí que el rescate parlamentario del recurso previo tiene poco o nada que ver con sus bondades técnicas o su coherencia dogmática, sino más bien con una «necesidad política» (así reza el título del opúsculo de Giménez Sánchez).

No conviene, pues, que confundamos orígenes y causas, y que se presente el control previo de la constitucionalidad de los EE. AA., o cualesquiera otras normas con rango de ley, como la recuperación

Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, núm. 4 (2006), p. 277 y ss.; que retoma ideas ya adelantadas mucho antes en su artículo «El control previo de constitucionalidad». *Revista de Derecho Público*, núm. 82 (1981), p. 5 y ss.

6 «Informe sobre modificaciones de la Constitución Española», 16 de febrero de 2006, § 5.5.1: «Aunque las eventuales transgresiones podrán siempre ser corregidas por el Tribunal Constitucional a través del recurso de inconstitucionalidad e incluso, aunque con más dificultad, a través de la cuestión de constitucionalidad o del recurso de amparo, este control a posteriori tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, *fortiori*, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad. Un recurso que, como es obvio, a diferencia de la consulta antes sugerida en relación con las reformas estatutarias sin contenido competencial, solo cabría presentar frente al texto aprobado por las Cortes Generales».

7 Atinadas me parecen las apreciaciones en esa época de Manuel ARAGÓN REYES en «La construcción...», ob. cit., p. 15 y ss., 38 —y la nota a pie—. Ya se han mencionado las V Jornadas de la Asociación de Constitucionalistas de España, en las que varias comunicaciones que se han citado más arriba se hacen eco de la cuestión. Dignos de cita también son los trabajos de Pedro Cruz Villalón de esa época: «Acotaciones al proyecto de reforma de la Justicia Constitucional», en: ESPÍN TEMPLADO, E.; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; CRUZ VILLALÓN, P. «La reforma de la justicia constitucional». Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2006, p. 73, y en el ya citado «El control previo...», p. 275 y ss.

8 Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. Hasta donde a mí se me alcanza, y en lo académico (pues es cierto que algún destacado jurista en los medios de comunicación ahorró el control previo, en el que veía un instrumento que hubiese sido útil para ahorrarse el disgusto y la tremenda crisis institucional en que sumió, al TC y a España en su conjunto, el tortuoso episodio concluido con la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña), tal vez hayan sido Pedro CRUZ VILLALÓN y Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ quienes han defendido con más ahínco la conveniencia de reinstaurar el recurso previo. Interesa ahora recordar la tesis de CRUZ VILLALÓN expuesta al tiempo de la reforma del TC en el año 2007 en dos trabajos: «Acotaciones...», ob. cit., p. 73; y en «El control previo...», ob. cit., pp. 275 y ss. El argumento de CRUZ VILLALÓN tiene mucho que ver justo con la posición de los EE. AA. en el bloque constitucional. A su juicio, el control previo contribuirá, junto con la constitucionalización de la forma territorial del Estado, al paulatino apartamiento de las Cortes Generales del proceso de creación y modificación de los EE. AA. La intervención de las Cortes Generales en el proceso de creación estatutaria responde a la necesidad de erigirlas en garantes últimos del respeto a la voluntad soberana del pueblo Español al que representan, y en la creación de un tipo de norma cuyo contenido no está predefinido en la CE, a pesar de que se liga a ella en su condición de parámetro de constitucionalidad, y que su inicial redacción y contenido tienen su origen fuera de las Cortes Generales, valga decirlo así. Si, en cambio, la Constitución configura la forma territorial de Estado y en particular el sistema de reparto competencial, ya no son necesarios los EE. AA. para cumplir esa función concretizadora del orden constitucional de distribución competencial. Los EE. AA. pueden confrontarse con los mandatos constitucionales de manera inmediata y más intensa, y deja de ser necesaria la intervención de las Cortes Generales en el proceso de su creación y modificación (al modo italiano para el caso de las regiones de estatuto ordinario). La tesis de CRUZ VILLALÓN está sujeta a muchas condiciones de futuro, porque necesita para su coherencia interna como sistema que la propia CE sea reformada para constitucionalizar el Estado de las Autonomías, y eliminar o mitigar, en su caso, la presencia constitucionalmente prevista de las Cortes Generales en el proceso de creación estatutaria; de manera que los EE. AA. ya no serían una forma jurídica con rango de ley singular, ni desde luego una «ley orgánica» del Estado, sino una forma jurídica autónoma, específica y de cada territorio, que dejaría de ser parámetro de constitucionalidad, o de serlo, lo haría de una forma menor, pues el orden competencial de reparto ya estaría fijado y precisado en la CE. Puede, y esta es una reflexión mía y no cabe imputársela a Pedro CRUZ, que en esa propuesta lata una mutación de la función de las Cortes Generales y de su lugar en el sistema constitucional español, porque acaso ya no serían representantes del pueblo soberano, sino del conjunto de ciudadanos. Pero estas reflexiones nos llevan demasiado lejos para el modesto propósito de estas páginas. Otro defensor del modelo de control previo, como hemos dicho, siempre ha sido Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, ya desde su libro *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León, 1995; y últimamente Javier TAJADURA TEJADA.

9 Evidente es el título del trabajo de GIMÉNEZ SÁNCHEZ, ISABEL M. «Recurso previo de inconstitucionalidad...», ob. cit.: «necesidad política».

de una institución jurídica que nunca debió desaparecer. No parece que su ausencia haya sido motivo de melancolía o nostalgia entre los juristas, y aquí se trata, antes bien, como suele ser costumbre en este país, de buscar apañíos jurídicos para lo que la política es incapaz de resolver. Dicho esto, habrá que reflexionar, pues, sobre el instituto y su sentido para ver si, en efecto, es una solución técnica a un problema técnico (que también puede ser por lo demás político, naturalmente), o es un remiendo jurídico para un descosido político que, no obstante, ha llegado para quedarse. No se haga de la necesidad virtud, ni llamemos amor (constitucional) lo que no es más que sexo (político).

Una definición y dos afirmaciones previas sobre sendas cuestiones que parecen siempre como condición previa a cualquier reflexión relativa a la justicia constitucional: su naturaleza y su legitimidad. La definición. Hago mía la que de la jurisdicción constitucional ha sugerido Rubio Llorente: «aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución». Función que puede ser desempeñada empleando muy diversos mecanismos; entre ellos, cierto, el control previo.

Dos axiomas. En primer lugar, y decirlo tiene sentido en estas páginas por lo que se dirá más abajo, hago mía también la rotunda aseveración de Rubio Llorente sobre el carácter jurisdiccional de la función ejercida por la jurisdicción constitucional.¹⁰ Quien tiene atribuido el control de la actividad del poder público desde la perspectiva de la Constitución, llámese TC o no, ejerce una función jurisdiccional, aunque se someta a su enjuiciamiento una disputa política. Si ese control se realiza mediante decisiones aplicando normas jurídicas de forma potencialmente irrevocable, eso es jurisdicción. Y, por serlo, su enjuiciamiento está sujeto a una norma, la Constitución, y no a un fin (juicio de oportunidad y medios); y su decisión debe asentarse en un conjunto de argumentos razonados y *jurídicos* sobre la aplicación de aquella norma. Además, el órgano que la ejerce debe reunir una serie de notas, y aquí enlace con el segundo axioma, dirigidas a la garantía de ese razonar *jurídico* (independencia, responsabilidad, imparcialidad e inamovilidad), que, en la medida en que se observan, insuflan *legitimidad* a sus decisiones. No importa el momento (previo o posterior) o el tipo de enjuiciamiento (abstracto o concreto; aunque yo prefiero decir *hipotético* o *casuístico*), o que resuelva o no controversias o disputas jurídicas. Una u otra elección no muta la naturaleza del control, siempre jurisdiccional si se respetan aquellas características. Hay jurisdicción constitucional donde hay un control *jurídico* sobre la validez constitucional de normas y actos, ejercido mediante decisiones jurídicas potencialmente irrevocables.

En segundo lugar, y vuelvo a parafrasear a Rubio Llorente, creo que el debate sobre la legitimidad democrática de las decisiones de la jurisdicción constitucional es ocioso a estas alturas. Me resulta difícil aceptar que en un Estado democrático y de derecho haya decisiones carentes de legitimidad democrática o de una calidad democrática inferior a otras. A caso esto pueda decirse en términos políticos (y lo dudo, no obstante), pero jurídico-constitucionalmente se me antoja erróneo creer que la decisión legislativa posee mayor legitimidad democrática que la del TC. Una cosa es que las notas que definen jurídicamente el órgano coloquen su decisión en un determinado escalón jerárquico del sistema de fuentes, y otra creer que es así en función de su legitimidad democrática. Que los miembros del TC no sean elegidos mediante sufragio libre, igual y universal no significa que sus decisiones no gocen de legitimidad democrática (si es que este es un concepto jurídicamente apto e idóneo, porque jurídicamente no me parece correcto hablar de *legitimidades*, sino de *validez*, de lo que vale o no vale en términos jurídicos). Tienen la misma que las leyes que controlan y pueden anular. Lo que ocurre es que la condición de representantes políticos elegidos por los ciudadanos de los miembros del Parlamento hace de este, no un órgano cuyas decisiones son más legítimas democráticamente que otras, sino que algunas de sus decisiones, las dotadas de rango de ley por seguir ciertos procedimientos

10 Como dice Francisco RUBIO LLORENTE en «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa» (en: *Manuel Fraga. Homenaje Académico*. Tomo II, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1411 y ss.), así como en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución* (2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1373 y ss.), la polémica sobre la naturaleza jurisdiccional o política de la jurisdicción constitucional es en la actualidad «una cuestión perfectamente ociosa». Pero, en el caso del control preventivo, esa polémica planea sobre el tema confundiendo más que aclarando las ideas. Que sea preventivo o represivo el control, a pesar de Georges BURDEAU (en *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. [Trad. de su edición francesa de 1997.] Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 128 y ss., en realidad señala que el control judicial de la supremacía de la Constitución convierte al juez en «autoridad política» de carácter «oficioso», lo que considera «grave», p. 130), nada dice sobre su naturaleza. Sobre la función jurisdiccional cuando la ejerce el TC y la naturaleza de su sistema de argumentación, véase el trabajo de DE OTTO Y PARDO, Ignacio. «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en: VV. AA. *El Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981; se cita por la edición de sus *Obras completas*. Madrid: Universidad de Oviedo/CEPC, 2010, p. 1163 y ss., especialmente 1167 y ss.

reglados, son la más alta expresión de la voluntad normativa de los ciudadanos, y en esa medida ocupan un lugar superior en el orden jerárquico del sistema de fuentes (primacía de la ley).¹¹

El control previo podría ser una posible técnica de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la ley, sin que ello suponga mutar en política la naturaleza jurisdiccional del TC, de su función y de sus decisiones. No obstante, llama a la reflexión el hecho de que en los sistemas constitucionales que han previsto desde sus inicios una jurisdicción constitucional como clave de bóveda de su Estado constitucional no se regula generalmente una fórmula de control previo (y donde se ha hecho, o se ha eliminado o resulta sumamente problemática y en desuso, o limitada al conflicto competencial en sistemas federales); y solo allí donde no se quiso que existiese, la fórmula que termina por instaurarse es justamente la de control previo (Francia es el ejemplo conspicuo).

Dicho esto, el lector de este trabajo, encontrará que su autor, en su perplejo escepticismo sobre la utilidad práctica del recurso previo, reconoce que probablemente sea la técnica de control de la constitucionalidad de las leyes más coherente con un sistema de jurisdicción constitucional imprescindible para el Estado constitucional con una Constitución positiva y suprema. Y que el problema de su encaje y diseño en un sistema jurídico es estrictamente técnico (cómo hacerlo, en qué fase o momento hacerlo, quién puede instarlo, con qué efectos y cómo se relaciona con otras piezas del sistema de justicia constitucional) y no dogmático (su coherencia o no con cierto modelo de justicia constitucional, si es que tal cosa existe).

Una última advertencia. Este opúsculo no se va a ocupar del control previo de los tratados internacionales. Lo hará únicamente de la modalidad de control sobre normas con rango de ley, y cada vez que en estas páginas se hable de *control previo*, lo estaremos haciendo en este sentido. Tampoco encontrará el lector en este trabajo un estudio detenido de las proposiciones de ley mencionadas que pretenden reinstaurar el control previo para proyectos de reforma estatutaria. Esta actualidad político-constitucional es la perfecta excusa para reflexionar en términos dogmáticos sobre este tipo de proceso constitucional; de manera que su análisis, de hacerse, se hará al hilo de las cuestiones particulares que se vayan suscitando en el texto.

2 Los términos de un debate inconcluso

El alumbramiento de la jurisdicción constitucional española de la mano del título IX de la Constitución de 1978 (en adelante, CE) no traía en su seno el controvertido recurso previo de constitucionalidad. Fue el desarrollo orgánico del mandato del artículo 161 CE mediante la LOTC el que engendró en su artículo 79 un proceso constitucional que apenas sobrevivió cinco años y originó seis sentencias del TC (38/1983, 76/1983, 72/1984, 53/1985, 66/1985 y 77/1985); una de ellas incluso sobre la constitucionalidad de la supresión por ley orgánica del propio recurso previo (STC 77/1985). Si se acude a la Constituyente, se podrá comprobar que ni siquiera es objeto de mención esta posibilidad procesal. El meollo estaba en otro lugar. Hay que esperar al trámite parlamentario de la LOTC para encontrar la polémica que suscitó la introducción de este proceso en el proyecto de ley orgánica.

Durante los debates parlamentarios fueron las voces de quienes se opusieron a la introducción vía ley orgánica del recurso previo las más enardecidas. Esa opción era, a su juicio, una infracción clara del artículo 161 CE; era inconstitucional. Así se expresaron, con mayor o menor ahínco Peces Barba, Solé Tura o Tovar. Del otro lado, aquellos, principalmente Óscar Alzaga y Jesús Esperabé de Arteaga, que defendieron su introducción apoyándose en la coherencia del sistema de control de constitucionalidad, que, al igual que otros ejemplos de derecho comparado, muy señaladamente el francés, necesitaba precisamente de ese recurso previo para

11 A mi juicio, creo modestamente que a este debate le han puesto su punto final en la doctrina constitucional española los libros de FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 1997; y el posterior de AHUMADA RUIZ, Marián. *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Madrid: Thomson/Civitas-Garrigues Cátedra, 2005. Las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional se dedicaron justamente a «Jurisdicción constitucional y democracia», y además de las ponencias y el debate que se contienen en sus actas, publicadas en Madrid por el CEPC en el 2011, cito ahora señaladamente la de FERRERES COMELLA, Víctor. «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», en: *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011 p. 11 y ss. Pero es cierto que es un debate perenne, valga la cita de uno de los trabajos más recientes y que se comparte en muy buena medida en estas líneas: ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Nueva York: Cambridge University Press, New York, 2009.

aquellas normas con rango de ley con un valor constitucional añadido, para evitar así los males de su posible declaración de inconstitucionalidad tras su entrada en vigor.¹²

Esa discusión se reprodujo en esos años en la Academia. Hubo voces críticas, cierto, pero no pocas ni menos autorizadas fueron las de los que argumentaron su conveniencia y oportunidad.¹³ Una vez más se volvió sobre si la remisión contenida en el artículo 161.1.d CE («De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas») permitía llegar tan lejos hasta el punto de ampliar, en la ley orgánica del TC, las funciones y procedimientos atribuidos a la jurisdicción constitucional y no enumerados en la CE; las dificultades de coordinación y compatibilidad entre un recurso previo y otro sucesivo; el acierto en reducirlo al control de proyectos de EE. AA. y leyes orgánicas y no extenderlo a otras normas con rango de ley y, muy señaladamente, al control previo de los proyectos de reforma constitucional; y, finalmente, si el control previo no era una distorsión del procedimiento legislativo constitucionalmente diseñado en la CE que introducía un trámite no previsto entre la aprobación en Cortes de la norma y su sanción y promulgación real.¹⁴

El debate sobre este recurso ha girado, pues, en torno a su disfuncionalidad en un sistema de justicia y jurisdicción constitucional asentado sólidamente, dicen los críticos, sobre el control sucesivo de la ley, y un procedimiento legislativo entregado por entero a las Cortes Generales, que monopoliza su trámite excluyendo la intervención de otros órganos constitucionales o del Estado.¹⁵ Su carácter preventivo, al decir de aquellos, cuestionaba su condición de recurso «jurídico» y hacía emerger su verdadera naturaleza «política» que provocaría inevitablemente la «politización» del TC y sus decisiones.¹⁶ A lo que se sumaba lo que, más que un inconveniente dogmático, era un reproche, no menor, pero de índole distinta al anterior por su propia

12 En el citado trabajo de Ángel GÓMEZ MONTORO se da cuenta de estos antecedentes parlamentarios (p. 138 y ss.). Véase *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales, vol. I, p. 34 y 593, vol. III, p. 2939, relativo al artículo 152.d del anteproyecto de Constitución, antecedente del actual artículo 161. d CE, en cuya remisión se sostuvo la introducción en la posterior LOTC del recurso previo del artículo 79, pues en los debates constituyentes este recurso no recibió mención alguna (algo por otro lado lógico pues no era objeto expreso de ningún precepto del proyecto de Constitución). Hay que esperar a los debates parlamentarios sobre la LOTC. Véase *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios*, Madrid: Publicaciones de las Cortes Generales, pp. 228 y ss.

13 No obstante, ha de decirse, no ha sido tampoco el debate protagonista en aquellos años en los que se estaba engendrando la dogmática constitucional española. Las preocupaciones eran más bien otras ante el reto hercúleo de hacer derecho constitucional donde no lo había ni interesaba. Prueba de que, incluso en el seno del análisis y estudio de la justicia constitucional en España, no era un asunto de primer orden es el contenido del seminal libro colectivo, nacido de una jornadas organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, editadas por el Instituto de Estudios Fiscales en 1981, *El Tribunal Constitucional*, en el que, al margen de alguna referencia puntual en alguno de los trabajos allí publicados, no hubo ni una sola contribución que se ocupara específicamente de este recurso previo (sí la hubo en relación con los tratados internacionales). Consúltense los estudios específicos sobre la materia de Pedro CRUZ VILLALÓN, ya citado, publicado en 1981; GERPE LANDÍN, Manuel. «El control previo de constitucionalidad». *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (1983), p. 197 y ss. Críticos con el recurso previo, PÉREZ ROYO, Javier. «La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978», en: *El Tribunal Constitucional*, vol. III, p. 2191 y ss., y también en su posterior «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17 (1986), p. 137 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA». *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19 (1983), p. 180 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1980, p. 269 y ss.; y el de ALBA NAVARRO, Manuel. «El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica». *Revista de Derecho Político*, núm. 16 (1982-1983), p. 16 y ss. Con distancia en el tiempo también deben citarse el ya mencionado en estas páginas de Ángel GÓMEZ MONTORO, y visto desde la dogmática constitucional italiana el de ROLLA, Giancarlo. *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*. Nápoles: Jovene, 1986, que llega a calificarlo de «*competenza anomala*», p. 160 y ss.

14 De este reproche se hace eco GÓMEZ MONTORO, ob. cit., p. 142 y ss., que apela al ATC 120/1983, en el que se consideran compatibles el plazo de 3 días para interponer el recurso previo y el de 15 días para la sanción regia, de manera, dice el TC, que las Cortes Generales no deben proveer el trámite de sanción y promulgación hasta que no transcurra el primer plazo; y, aunque no se haga así, como sucedió en el caso de autos, cabe interponer el recurso previo incluso si la ley recurrida ya se ha publicado en el BOE.

15 Aunque autores como Francisco RUBIO LORENTE sostuvieron justo lo contrario, que en un modelo de jurisdicción constitucional centrada en el control de constitucionalidad de la ley, lo técnicamente coherente era el control previo, y no el represivo. Desde luego, lo que resulta, en sus propias palabras, una «aberración» es mantener al unísono ambos sistemas de control, el previo y el posterior. Consúltense sus obras ya citadas aquí, en la nota 10 precedente, «Tendencias...» y «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en España», ambas en su libro *La forma del poder*.

16 Crítica muy evidente en el caso particular de Javier PÉREZ ROYO, en su «La regulación de...», ob. cit. p. 2203, que llega a afirmar que con este recurso previo no solo se torna política la jurisdicción constitucional sino que, además, se convierte al TC en una «tercera cámara»; también en su «Crónica de un error...», ob. cit. Igual de críticos en este sentido han sido SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (ob. cit., p. 180) y ALBA NAVARRO, Manuel. (ob. cit., p. 173).

contingencia (porque si la CE lo previese o al menos no lo impidiese, el reproche se desvanecería): la propia inconstitucionalidad de su introducción en la LOTC al alterar tanto el sistema de justicia constitucional represiva querido por el Constituyente y, además, hacerlo del procedimiento legislativo diseñado en la CE en el que no se prevé en ningún momento la posible intervención del TC antes de la promulgación de la ley.

Ambas objeciones, no obstante, parten de la existencia de un «modelo» teórico de jurisdicción constitucional que habría incorporado la CE como modelo constitucional español. Por tanto, el corazón de la crítica a los controles previos de constitucionalidad es una *precomprensión* de un modelo teórico de justicia y jurisdicción constitucional. Inexistente ese modelo, las objeciones se desvanecen.¹⁷

Pero no deja de llamar la atención que el debate político y académico sobre el control previo girara más sobre una cuestión formal, la conformidad constitucional de su establecimiento en la LOTC, que no sobre su coherencia dogmática y sistémica con el control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Prueba de ello es el contenido de la mesa redonda presidida por Louis Favoreu, de la que da cuenta el *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, en su volumen primero, de 1985, dedicada un tiempo a examinar los sistemas de control previo y en particular el español, que es descrito por Pierre Bon. El ponente acierta a señalar y resumir las principales cuestiones controvertidas. Pierre Bon informa de que el debate en España se ha centrado en esa época en la propia constitucionalidad de la LOTC al introducir un procedimiento no previsto en la CE, la cual diseña, así lo parece, un sistema de control *a posteriori* a cuyo desarrollo y concreción debiera ceñirse el legislador orgánico del artículo 165 CE, en relación con la remisión contenida en el artículo 161.1.d CE.¹⁸ Ciertamente que añade también una cuestión no menor, como es la relativa al lapso de tiempo que debe mediar entre la interposición de un recurso semejante y su resolución por el TC.¹⁹ Quienes intervinieron en ese debate (Favoreu, Spiliotopoulos, Delpérée, Philip, Rivero y Fromont) hicieron hincapié en que la demora en la resolución en estos recursos convertía al TC, permítaseme la expresión (que es mía y no de los profesores franceses) en un «cuerpo extraño» en el proceso legislativo que distorsionaba gravemente su normal funcionamiento. Justamente, la prontitud con la que el *Conseil Constitutionnel* francés resolvía estos recursos había sido, sin duda, un factor decisivo para su éxito incontrovertido en el sistema constitucional galo.

Me interesa subrayar una idea apuntada por Bon, tal vez de forma inconsciente, pero sumamente sugestiva. En España, hasta 1985, la labor legislativa a los ojos del profesor francés había sido escasa porque había un empeño político en que las leyes de la que era en ese momento una recién estrenada democracia fuesen aprobadas de forma consensuada, es decir «requerían del acuerdo de la mayoría parlamentaria y la oposición». Digo esto porque parece insinuar que el sentido del control preventivo en España era ser garantía última de esa voluntad de consenso en aquellas materias que poseen una especial relevancia constitucional y se han reservado a una forma jurídica como la ley orgánica, que requiere severas mayorías para su aprobación.²⁰

Quizá esa ambición de consenso se pone de manifiesto de forma aún más aguda en el caso de los EE. AA., concebidos por una muy buena parte de la doctrina española, especialmente en esos primeros años de construcción del Estado de las Autonomías, como leyes, valga decir, «acordadas» entre los territorios con voluntad de ser Comunidad Autónoma y el Estado.²¹ El control previo blindaría esa condición de norma

17 Lo cierto es que el debate sobre la consistencia de un control previo de normas con rango de ley (en particular de las leyes de los Estados federados) con los «modelos» de justicia constitucional estuvo muy presente en la historia de la «formación del sistema europeo de control de constitucionalidad» y también tuvo uno de sus hitos, como señala Pedro CRUZ VILLALÓN, en *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, *passim*, especialmente p. 117 y ss., 181, 250 y ss.

18 Sobre el alcance de esta reserva de ley orgánica, véase Ignacio BORRAJO INIESTA. «Comentario al artículo 165», en: CASAS, M. E.; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; BORRAJO, I. (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Wolters Kluwer, 2008, p. 2733 y ss., en especial 2739 y ss.

19 Pedro CRUZ VILLALÓN cifra precisamente en la dilatación de los plazos para responder y la incapacidad del TC de los años ochenta para atender y solventar en un plazo razonable y aceptable los recursos previos de los que conoció en esa época, una sino la razón del fracaso de este recurso y su posterior abrogación. Consúltese su «El control previo ...», p. 279.

20 P. 83

21 No es lugar este para abordar esta cuestión y el largo debate doctrinal sobre la naturaleza de los EE. AA. Probablemente en la actualidad, después de las SSTC 247/2007 y 31/2010, se haya alcanzado un punto final de forma que, aunque los EE. AA. son leyes del «Estado» y no de las CC. AA., lo son en la medida en que para su incorporación al ordenamiento jurídico requieren ser aprobadas

pactada, pero no para asegurar el consenso parlamentario, que ya lo estaría en buena medida al revestir la forma de ley orgánica, sino para asegurar que la propuesta estatutaria que nazca de los territorios con voluntad de ser CC. AA. (o en la actualidad, con deseos de reformarlo) venga «acordada» *ab origine*, de manera que se aborte el perverso conflicto de legitimidades democráticas que se produciría (y que se produjo en el caso de la reforma del EE. AA. de Cataluña de 2007 y la STC 31/2010) entre un EE. AA. aprobado por las asambleas legislativas nacional y autonómica y refrendado por la población de la CC.AA. y una decisión posterior *contramayoritaria* del TC.

Al hilo de esta controversia, tampoco está de más recordar que Pierre Bon también subrayó la circunstancia de que esta intervención previa del TC, que suspendería la entrada en vigor de la ley recurrida (que lo es en la medida en que ya no es solo un proyecto o una proposición, sino una norma ya aprobada por las Cortes Generales), y visto el retraso del TC en resolver estos recursos previos (y pone el ejemplo de los planteados contra la reforma de la LOREG en relación con las elecciones locales, STC 38/1983 —dos meses—, y la LOAPA, STC 76/1983 —que fue de un año—), muta en un control «político» el ejercido por él, pues pone en manos de la minoría parlamentaria una forma de quebrar, aunque sea solo temporalmente, la voluntad mayoritaria (Rubio Llorente lo llamó sin ambages, «veto suspensivo»). Y recuerda que «la mayoría de los manuales de derecho constitucional, por ejemplo, en el tratado de G. Burdeau, también señalan que todo control *a priori* es automáticamente un control político».²² El propio Pierre Bon en otro lugar precisó en estos los reproches a este tipo de control: la injerencia del TC en el procedimiento legislativo, lo que supone un factor de desequilibrio y confusión de poderes (traicionando una de las funciones clásicas del control de constitucionalidad de las leyes, asegurar la división de poderes), limitando la soberanía política de los parlamentos y politizando la jurisdicción constitucional.²³

Tampoco ha faltado quien considera que la gran desventaja del control previo de constitucionalidad estriba en justamente su inevitable carácter «abstracto» (yo prefiero decir *hipotético*). Al TC se le sometería una norma *in fieri* (porque aún no lo es) que debe confrontar con la CE de manera *hipotética*, pues carece del referente que podría ofrecerle que el origen de la controversia estuviese en una aplicación concreta de la ley recurrida (así sucede con la cuestión de inconstitucionalidad), o el que le proporcionaría la experiencia de la aplicación en el tiempo de la norma legal hasta el momento de la resolución del recurso (caso del recurso de inconstitucionalidad). Este inconveniente impactaría sobre el alcance del control de la constitucionalidad que debe hacer el TC al resolver un recurso previo, e incluso sobre el contenido de su propia decisión. En el primer caso, ¿podría el TC extender su control a normas distintas a las impugnadas? ¿Y qué sucedería en el caso de que ese control fuese obligado y no derivado de una previa impugnación? Algo se dirá sobre ello más abajo. En el segundo, el TC debiera sujetarse a un riguroso control de evidencia, de manera que su pronunciamiento de inconstitucionalidad tendría que producirse únicamente en el caso de que la tacha fuese *in actu oculi*, so pena de convertirse, si su juicio va más allá, en un actor del proceso de decisión legislativa, en un «grupo» parlamentario más, incorporando, por activa o pasiva, contenidos al texto de la *casi ley*.

mediante una ley orgánica. El hecho de que las CC. AA. tengan atribuidas ciertas potestades de control procedimental sobre los procesos que hoy lo serían en todo caso de reforma de sus EE. AA., no significa, como no significó en los años ochenta, que sean normas «pactadas» entre los territorios y el Estado, sin perjuicio de que resulte cierto que, y permítaseme en aras de la brevedad decirlo de esta forma y sin los debidos matices, sí son normas que necesitan de un «acuerdo» para su aprobación. Consúltese, desde luego, la obra de DE OTTO Y PARDO, Ignacio. «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», incorporado en el ya citado *Obras completas*, en el capítulo dedicado a los EE. AA.; y el trabajo, a mi juicio exhaustivo y definitivo hasta la fecha, de AGUADO RENEDEO, César. *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento*. Madrid: CEPC, 1996.

22 P. 85.

23 BON [et al.]. *La justice constitutionnelle au Portugal*. París: Economica, 1989; especialmente sus propias contribuciones (p. 107 y ss.; «Le controle a priori», p. 107). Quizá más que politizar lo que hace es que la jurisdicción constitucional se arroje de hoz y coza a la escena política, no se politiza, se la coloca en el centro del debate político porque él debe dirimirlo. Otra cosa es que, por ejemplo, la identificación de los legitimados activamente para instar este tipo de control sirva para mitigar o para agravar ese efecto. No es lo mismo, desde luego, que quien esté legitimada sea la minoría parlamentaria derrotada o el Gobierno de la Nación frustrado, o que este control se diseñe como un trámite previo y de obligado cumplimiento respecto de determinadas leyes, como las orgánicas o las de reforma constitucional (como propone insistentemente Pedro CRUZ VILLALÓN en sus trabajos aquí citados). En cualquier caso, estos reproches van unidos indisolublemente a los recursos previos, y así lo señala CRUZ VILLALÓN en su *La formación del sistema europeo...*, ob. cit., p. 117 y ss., 181 y ss., 250 y ss., al rescatar los debates parlamentarios y dogmáticos sobre la instauración de procedimientos de control previo de constitucionalidad en las nacientes justicias constitucionales en la Austria y la Alemania finisecular y primeros decenios del siglo xx. El debate apenas ha sufrido cambios de esa lejana época a la presente.

Lucio Pegoraro, al hilo de estas reflexiones, ha considerado justo que los reproches al sistema previo son más bien propios de política del derecho que no técnicos.²⁴ El control previo, dice, siempre abstracto, termina por imponer un juicio constitucional sobre hipótesis interpretativas nunca contrastadas en la aplicación cotidiana del derecho. Es decir, el control previo ahogaría al derecho *vivo*, en la medida en que ese control no dejaría margen a la posibilidad de que una interpretación constitucionalmente conforme salvase la norma legal sujeta a él, que se pondría de manifiesto en la aplicación administrativa y judicial del derecho. En palabras del autor, el control *a posteriori* «resulta [...] bastante más ventajoso desde el punto de vista de la economía jurídica» porque permite a los jueces salvar la vigencia de otras disposiciones que se verían afectadas de haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma en vía preventiva,²⁵ y porque impide que interpretaciones no conformes con la Constitución de una ley eludan su control (como sostuvo, y cita Pegoraro, el Tribunal Supremo irlandés en relación con la aplicación del artículo 26 de su Constitución —sentencia, 1983 ILRM 246).²⁶

Los términos del debate han quedado así centrados:²⁷ una cuestión universal, la naturaleza política o no del control previo y su coherencia con sistemas de justicia constitucional represiva y un procedimiento legislativo que no prevé la intervención suspensiva de órgano alguno no legislativo (incluida aquí la función sancionadora y promulgadora del jefe del Estado que a estos efectos es «órgano» de ese procedimiento), lo que debilita la primacía parlamentaria en su condición de representante directo del pueblo soberano; y una cuestión específica del sistema español, la posible inconstitucionalidad de una LOTC que ha incorporado un procedimiento de control previo de constitucionalidad no previsto constitucionalmente y, supuestamente, contrario al «modelo» de justicia constitucional por ella diseñado.

3 La derogación del artículo 79 LOTC y las proposiciones de ley de 2014

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se derogó el capítulo II del título IV de la LOTC es meridiana en el diagnóstico:

La experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los Poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley.

El fracaso del recurso previo del artículo 79 LOTC se cifró en que, querido o no, terminó siendo un instrumento eficaz al servicio del filibusterismo parlamentario. A un lado quedaron los reproches dogmáticos y técnicos. El problema es que la tardanza del TC en resolver estos recursos lo convertía en un mecanismo de eficacia probada para bloquear la voluntad parlamentaria. Expresamente, sin embargo, la exposición de motivos apela a los tópicos del debate sobre el control previo: el equilibrio institucional que se rompe si el TC interfiere en el ejercicio de la función legislativa que el artículo 66 CE atribuye en exclusiva a las Cortes Generales, y el difícil encaje que tiene este control previo en el trámite de sanción y promulgación de las leyes del artículo 91 CE, que no prevé género alguno de plazos y suspensión de estos plazos. El recurso previo se abroga porque convertía al TC en un «cuerpo extraño» en el proceso legislativo.

Sin embargo, el despacho ordinario de recursos previos y su resolución en sentencia apenas ha dado lugar a reflexiones del TC sobre el sentido y significado de este procedimiento. Formalmente, si se leen las seis

24 PEGORARO, LUCIO. *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 67-68.

25 Por cierto, justo lo contrario, como se verá, a lo que mantiene la *Corte Costituzionale*, que, a su juicio, los controles preventivos evitan justo los perjuicios de las anulaciones en cascada de las normas y actos jurídicos amparados en la ley que es declarada inconstitucional tras su entrada en vigor. En cierto modo se está diciendo que con los controles preventivos no son necesarias técnicas mitigadoras de los efectos anulatorios retroactivos de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley. Pero también con ello se intensifica aún más si cabe el reproche a las técnicas interpretativas y manipulativas, pues no cabe duda de que la sentencia en un control previo también puede ser manipulativa, aditiva y quién sabe cuántas cosas más, de forma que al aplicador de la ley, una vez entre en vigor salvado el trance, se le da una interpretación constitucionalmente conforme de ella.

26 PEGORARO, LUCIO, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, ob. cit., 2004, p. 67 y ss.

27 Una exposición sistemática se puede encontrar en el trabajo citado de Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ. También Pedro CRUZ VILLALÓN identifica los puntos controvertidos en su «El control previo...», ob. cit., p. 7: su interferencia en el proceso legislativo y su condición de veto (p. 19 también).

sentencias dictadas por el TC en este tipo de recurso, no existen diferencias con los recursos inconstitucionales resueltos coetáneamente. La forma de abordar los asuntos, su análisis y su respuesta no difieren de un caso y otro. Hay que esperar, primero al voto particular del magistrado Tomás y Valiente a la STC 53/1985 (en la que se cuestionaba la denominada «ley del aborto») y luego a la STC 66/1985, que desestimó el recurso previo precisamente interpuesto contra el proyecto de ley orgánica que abrogaba el recurso previo, para encontrar una reflexión específica sobre este tipo de procedimiento.

En aquel voto, el magistrado sostiene, no falto de razón, que:

e) El art. 79 de la LOTC, el mismo que creó fuera de la Constitución, el recurso previo de inconstitucionalidad, en su párrafo 4 b) (modelo de pésima redacción), impone dos deberes dirigidos a dos sujetos distintos. Al Tribunal le exige que, en su caso, concrete la inconstitucionalidad de la norma impugnada y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. Al otro sujeto —«el órgano competente»— le exige que para seguir la tramitación del proyecto suprima o modifique los preceptos, se entienda, declarados inconstitucionales. **No puede interpretarse nunca, a mi juicio, que sea el Tribunal quien le indique al legislador qué modificaciones deben ser éstas. De otro modo, es decir, si el Tribunal indicase las modificaciones a introducir, carecería de sentido el párrafo 5 del mismo art. 79 de la LOTC, puesto que si, según éste, «el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal» en los recursos que pudieran interponerse contra la Ley ya corregida o modificada, es evidentemente porque tales modificaciones no han sido dictadas de modo vinculante por el Tribunal Constitucional** (la negrita es del autor).

Y añade a continuación:

f) La técnica usada en este fundamento no tiene nada que ver con la de las denominadas sentencias interpretativas, en las que, de entre las posibles interpretaciones de un texto legal impugnado, el Tribunal declara conforme con la Constitución una de ellas, precisamente en defensa de la presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del legislador democrático.

g) Cuando sobre tan exigua, confusa y discutible base, interpretada de forma innovadora *ad casum*, el Tribunal se atreve a tanto, transgrede los límites de sus competencias y roza una frontera sumamente peligrosa: la del arbitrio o decisionismo judicial. Por eso, y contra eso, expreso mi profunda y preocupada discrepancia.

De la STC 66/1985 quisiera que el lector reparase en lo que resulta del argumento que utiliza el TC en su FJ 3 ante el reproche de los recurrentes de que el proyecto de ley orgánica que abrogaba el recurso previo «posibilita el fraude constitucional consistente en proceder a la reforma de nuestro primer Cuerpo legal sin necesidad de ajustarse a los trámites exigidos en el art. 168 de la Constitución Española». El TC solventa este argumento apelando a la legitimidad constitucional de la ley, y por extensión de todos los actos del poder público, que lo es mientras no se pruebe y declare su inconstitucionalidad. La tesis de los recurrentes era que el recurso previo establecido en la LOTC era una consecuencia lógica de la supremacía de la CE, que exigía establecer un mecanismo que garantizase aquella supremacía mediante la suspensión de la aprobación de los proyectos de EE. AA. o leyes orgánicas hasta que no se acordase por el TC su conformidad con ella. El TC dice con claridad que este argumento es falaz, y que la ley y demás actos del poder público gozan de una presunción de constitucionalidad que solo se rompe a instancia de quien considera que no es así. El TC implícitamente está diciendo que el recurso previo no es una necesidad del sistema de jurisdicción constitucional, ni es indispensable para la garantía de la supremacía constitucional.

Poco más cabe deducir de lo dicho por el TC en relación con el recurso previo a lo largo de su corta vida.

Lo cierto es que en 1985 el recurso se abroga, y, a excepción de la intentona del 2006, hay que esperar al año 2014 para que resurja de nuevo su añoranza, hoy expresada en sendas proposiciones de ley orgánica presentadas por los grupos parlamentarios popular y socialista el 24 de enero de 2014. Ambas proposiciones (más explícita la socialista en este extremo) recuperan el control previo de las propuestas de estatutos o de reformas estatutarias, y ambas sustentan la necesidad de recuperarlo en lo inconveniente, habida cuenta de la insatisfacción social con el Estado de las Autonomías, de futuras sentencias del TC que declaren contrarias a la CE reformas estatutarias refrendadas en el territorio de la correspondiente CC. AA. Con el recurso previo se evitaría ese «choque de legitimidades» que provocaría una sentencia de inconstitucionalidad años después, y los graves perjuicios «sociales y políticos» que conllevaría (justificación de la proposición del grupo parlamentario socialista).

Ambas proposiciones diseñan un procedimiento similar al existente en el año 1979: el control es facultativo; están legitimados los mismos sujetos que pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad; el momento procesal para hacerlo es una vez aprobado por las Cortes Generales el proyecto, pero antes de su publicación en el BOE (dentro de los tres días siguientes a la publicación del texto definitivo y aprobado en el Boletín General de las Cortes —aunque debiera afinarse esta regla en función de los distintos procedimientos de reforma estatutaria existentes—); la interposición del recurso previo suspende la tramitación subsiguiente del texto legal; si se declara conforme con la CE, esa suspensión se levanta; y si lo declara inconstitucional, la sentencia debe precisar qué preceptos lo son, no pudiendo continuar la tramitación del texto legislativo si las Cortes Generales no suprimen o modifican esos preceptos. La proposición popular, de mejor factura técnica que la socialista, que se limita a recuperar el texto de 1979 con alguna leve corrección, fija el término *a quo* para instar el control a partir de la votación final del proyecto en el Congreso, o en el Senado si en este no se formulan enmiendas, y prevé expresamente la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia de preceptos del proyecto no atacados en el escrito de interposición del recurso previo, y recupera la regla según la cual el previo no prejuzga la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra la misma norma.

En mi opinión las propuestas son inconsistentes con sus motivos, y, además, son pobres técnicamente.

Son inconsistentes porque, si lo que se pretende es evitar un «choque de legitimidades» y los «graves perjuicios» que puede ocasionar una tardía sentencia del TC en vía de recurso sucesivo, el control previo debería ser obligatorio y de oficio. Otorgar legitimidades activas a sujetos o a órganos siempre conlleva poner a disposición de la voluntad de la minoría parlamentaria derrotada, o de un Gobierno de la Nación opuesto al proyecto de reforma estatutaria, o frustrado por no haber podido controlar el proceso hasta su final o el contenido del nuevo EA, el arma política de torcer el acuerdo mayoritario; aunque sea por un tiempo. A mi juicio, el control previo debería instituirse quizá como una suerte de procedimiento de obligada observancia para el caso de normas como los EE. AA., leyes orgánicas o de reforma constitucional.²⁸ Un control de oficio similar en su diseño al previsto para los tratados internacionales (art. 95.2 CE).

Aciertan fijando un plazo para dictar sentencia, pero debieran establecer una regla para el caso de que transcurra ese plazo sin que se dicte. Y no resuelve cuestiones como las consecuencias de que las Cortes Generales hagan caso omiso del fallo y envíen a sanción y promulgación del Rey el texto sin modificar o solo modificado parcialmente. Tampoco fijan reglas sobre cómo debe tramitarse legislativamente el fallo de inconstitucionalidad y la devolución a las Cortes Generales del texto controlado y rechazado. Y vuelven a resolver inadecuadamente la relación entre controles previos y sucesivos.

4 El ejemplo comparado

Tal vez convenga echar la mirada a nuestro alrededor para comprobar que nada hay nuevo bajo el sol constitucional en este asunto. Hace tiempo que el debate sobre el control previo está colmado y compactado. Históricamente porque formó parte del proceso dogmático de construcción del sistema europeo de justicia constitucional (el americano bien se sabe que siguió otros derroteros más circunstanciales que teóricos), y nada se discutió en aquel entonces que no se esté discutiendo ahora;²⁹ dogmáticamente, porque la doctrina comparada algo ha reflexionado ya sobre este asunto, y recordarlo quizá nos evite descubrimientos innecesarios. Demorémonos en el análisis del derecho comparado; acaso de él aprenderemos algo.

El control previo de constitucionalidad está más extendido de lo que se piensa. Es posible que nuestra inercia intelectual, instalada en la normalidad de los controles sucesivos, nos lleve a creer que los controles previos son una excepción e inéditos en la historia constitucional. Pero el caso es que no sucede así, y se trata de

28 Pero sin ser un remedo de consulta previa al modo de lo previsto en Canadá, donde su Corte Suprema puede emitir una *advisory opinion* a instancias del Gobierno federal. CONSÚLTASE WARDELL HOGG, Peter. *Constitutional Law of Canada*. 5.ª ed. Toronto: Carswell, 2007, p. 212 y ss. (se toma la referencia de FOSSAS, Enric. «Interpretar la política», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101 (2014), p. 273 y ss., 287, nota 27). No se trata de «consultar» una cuestión de trascendencia constitucional, o la adecuación a la CE de un proyecto de norma con rango de ley (al modo portugués, irlandés o austriaco), sino de controlar la adecuación a la CE de un proyecto de norma con rango de ley antes de su incorporación al ordenamiento jurídico.

29 Véase una vez más la obra de referencia de CRUZ VILLALÓN, P. *La formación del sistema europeo...*, ob. cit., *passim*.

un instrumento muy extendido, tanto en Europa como en Iberoamérica, allá donde el sistema de justicia constitucional es eminentemente concentrado.³⁰ Las modalidades son muy diversas, aunque cabe agruparlas en tres grandes técnicas (que no son incompatibles entre sí, e incluso en algunos casos, como el portugués, se utilizan todas conjuntamente): controles previos conflictuales, controles previos abstractos y controles veto. Los primeros son aquellos mecanismos en los que normalmente los Gobiernos de la Federación instan, ante la jurisdicción constitucional, un control preventivo sobre normas de los Estados federados, bien en tramitación, bien aprobadas pero antes de su entrada en vigor, con el objeto de comprobar si invaden competencias de la primera (Austria ofrece un caso paradigmático).³¹ Los segundos son los controles tipo, semejantes al español en la redacción original del artículo 79 LOTC y que hoy se pretende recuperar (el patrón es el modelo francés, del que algo diremos más abajo). Son sistemas que suelen limitar el control previo a determinado tipo de normas que gozan de una especial relevancia constitucional (tratados internacionales, leyes reguladoras de derechos fundamentales, reglamentos parlamentarios, leyes institucionales o que regulan la autonomía de territorios, leyes de reforma constitucional). Los terceros son controles que en realidad son la expresión de una función consultiva en el marco de un procedimiento de veto de la Jefatura del Estado a normas con rango de ley (Irlanda es un buen ejemplo de este sistema, también Portugal posee un sistema semejante).³² Y no faltan aquellos que incorporan mecanismos alternativos, bien de consulta o de resolución previa de conflictos interorgánicos sobre la competencia constitucional para dictar una norma, su constitucionalidad o la del procedimiento elegido para su aprobación (caso de Suecia o Canadá).³³

Tal vez no sea casual que en ciertos sistemas constitucionales de nuestra órbita cultural hayan desechado el control previo (incluso recientemente, como en Italia) sin que parezca que el asunto resulte de actualidad, ni jurídica, ni política. La República Federal Alemana tuvo en su *BVerfG Gesetz* de 1951 un precepto, el artículo 93, que regulaba un particular sistema de consulta previa no vinculante, similar al previsto en el artículo 95.2 CE para el caso de los tratados internacionales, que fue derogado en 1956 fruto de la tensión política que generó. En Italia el control previo de leyes regionales fue derogado en el año 1999, aunque se mantuvo el de los Estatutos regionales ordinarios tras la reforma del título V de su Constitución en el 2000.

Dejemos a un lado el caso francés, que es bien conocido y sumamente estudiado. Lo que me interesa destacar del modelo francés ahora es su coherencia con una particular visión dogmática de la justicia y jurisdicción constitucionales en el marco de un sistema constitucional que ha vivido desgarrado entre la soberanía parlamentaria y la nacional.³⁴ La tensión entre la ley parlamentaria, en especial las leyes orgánicas, y la Constitución de la República, a mi modesto entender explica las singularidades galas de un sistema que, no cabe duda, ha resultado exitoso en su propósito: domeñar la voluntad parlamentaria.³⁵

30 Sin perjuicio de los numerosos y bien conocidos trabajos de derecho comparado de la justicia constitucional (Capelletti, Favoreu, Fix-Zamudio, Horn y Weber), que excusan toda cita, me interesa hacerlo, sin embargo, de este trabajo de MODERNE, Frank. «El control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 (1993), p. 409 y ss.

31 Artículo 138.2 de la Constitución austriaca. Consúltase el aún vigente trabajo de ALONSO GARCÍA, Enrique. «El Tribunal Constitucional austriaco», en: *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 409, especialmente p. 426 y 427. Consúltense HOLZINGER, G. [et al.] (eds.). *Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Bestimmungen des B-VG und anderer Bundesverfassungsgesetze über den VfGH, das VfGG und die Geschäftsordnung des VfGH*. Viena: Manz, 2009; y HELLER, Kurt. *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*. Viena: Verlag Österreich, 2010.

32 El artículo 26 de la Constitución de la República de Irlanda contiene un procedimiento de veto presidencial a las leyes aprobadas por el Parlamento irlandés. El presidente de la República puede someterlas a examen por la Corte Suprema antes de su firma y promulgación. Si esta las considera contrarias a la Constitución, el presidente no puede firmar y promulgar la ley. Consúltase el libro de CASEY, James P. *Constitutional Law in Ireland*. Dublín: Round Hall, 2000.

33 Los artículos 20 y ss. de la Constitución sueca crean el Consejo sobre Legislación, con una función consultiva e integrado por jueces o antiguos jueces del Tribunal Supremo.

34 Véase PARDO FALCÓN, Javier. «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72 (1991), p. 243 y ss. Con carácter general, MAIZ, Ramón. «Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa». *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 1 (1998) —se cita por la versión electrónica: <<http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/primer/pdf/maiz.pdf>>—; y el de BLANCO VALDÉS, Roberto. «Francia o la Constitución hecha ley», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 6 (2010), también disponible en línea: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/sext/pdf/02_blanco.pdf>.

35 Son ya un clásico los trabajos de FAVOREU, L.; PHILIP, L. *Le Conseil constitutionnel*. 7.^a ed. París: PUF, 2005; y su *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. 16.^a ed. París: Dalloz, 2011. Consúltase también DRAGO, Guillaume. *Contentieux constitutionnel français*. París: PUF, 2011; ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. París: Montchrestien, 2010; y LUCHAIRE,

Pero detengámonos en el caso italiano. El otrora control preventivo de constitucionalidad de las leyes regionales establecido en el artículo 127.4 de la Constitución italiana (en adelante, CI) fue suprimido por el artículo 8 de la Ley constitucional 3/2001; aunque como veremos, la *Corte Costituzionale* considera que el artículo 123 CI contiene un control preventivo a instancia del Gobierno nacional de la constitucionalidad de los Estatutos regionales ordinarios al poder impugnarse una vez publicados, pero antes de su entrada en vigor.

En efecto, la CI de 1947 contenía un precepto que atribuía al Gobierno italiano la legitimación para impugnar ante la *Corte Costituzionale* las leyes regionales, el artículo 127.4. La *Corte Costituzionale* había considerado desde su sentencia 38/1957, de 9 de marzo, que el control previo previsto en el artículo 127.4 CI no era sino una modalidad procesal específica del sistema de control de constitucionalidad (represivo, por cierto) regulado en el artículo 134 CI; pero ambos procesos pertenecían a un mismo tipo de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. La doctrina italiana más autorizada así también lo ha considerado, hasta el punto de que en ningún caso se cuestionó su condición de control «jurídico» y «jurisdiccional».³⁶ Ha sido la Ley constitucional 3/2001, de 18 de octubre, la que ha suprimido ese control preventivo al hilo de la profunda reforma de la forma territorial de Estado diseñada en el título V CI, modificando sustancialmente el sistema regional italiano para *federalizarlo*, permítaseme expresarlo así en aras de la brevedad.³⁷ Y en ese propósito *federalizante*, aquel control previo, que no resultaba extraño para un modelo regional más propio de un sistema de simple devolución o descentralización administrativa, resultaba anacrónico. No es menos cierto que, para la doctrina italiana, al igual que para la portuguesa, estos controles preventivos de constitucionalidad no eran sino trámites «interlocutorios» esenciales de los procesos de veto gubernamentales a normas con rango de ley de origen parlamentario (estatal o territorial).

Pero la posibilidad contemplada por el artículo 123 CI, cuyo texto es fruto de la reforma constitucional de 1999 (Ley constitucional 1/1999), de impugnación, no ya de leyes regionales, sino de los Estatutos regionales ordinarios, o sus leyes de reforma, por el Gobierno nacional dentro de los treinta días siguientes a su publicación, y antes de su entrada en vigor, ha sido considerado por la sentencia de la *Corte Costituzionale* 304/2002, de 20 de junio-3 de julio (primer recurso interpuesto en aplicación de lo previsto en dicho artículo 123 CI) un instrumento necesario para evitar nulidades «en cascada»:

la previsione di un controllo di legittimità costituzionale in via preventiva delle deliberazioni statutarie è intesa infatti ad impedire che eventuali vizi di legittimità dello statuto si riversino a cascata sull'attività legislativa e amministrativa della Regione, per le parti in cui queste siano destinate a trovare nello statuto medesimo il proprio fondamento esclusivo o concorrente.

Para el juez constitucional italiano la razón de ser de este control preventivo es evitar el efecto, diríase de contagio, de la posible declaración posterior de inconstitucionalidad de un Estatuto regional sobre las normas y actos que encuentran fundamento directo en sus preceptos declarados inconstitucionales. A juicio de la *Corte* su consideración como un control preventivo y distinto del establecido en el reformado artículo 127 CI en el año 2001, estriba en que el precepto prevé que la publicación del Estatuto regional, a diferencia de las leyes regionales, objeto del artículo 127 CI, no supone su entrada en vigor, porque debe esperarse al transcurso de tres meses desde su publicación, plazo en el que cabe someterlo a referéndum si así se solicita con arreglo a lo dispuesto en la norma (CD 2).

Se me antoja que un modelo federal de Estado es difícilmente compatible con un mecanismo de control previo de las leyes emanadas de las asambleas legislativas de los Estados federados, o de las CC. AA. para el caso español. Por mucho que la forma jurídica que contenga el EE. AA. o su reforma sea una ley orgánica,

François. *Le Conseil constitutionnel*, 2.^a ed. París: Economica, 1997. Desde luego, debe citarse el trabajo de PARDO FALCÓN, Javier. *El Consejo Constitucional. La jurisdicción constitucional en la quinta República*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Prueba de la normalidad de la *excepción* francesa es que el monográfico «El *Conseil constitutionnel* 45 años después» de la *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 57 (2004), ni siquiera se ocupa de esta cuestión.

36 Valga citar ahora otro texto clásico, ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. 2.^a ed. Bolonia: Il Mulino, 1988, y las referencias en él citadas.

37 Un panorama rápido e ilustrativo de esta reforma y su debate doctrinal puede encontrarse en el trabajo de ORTEGA SANTIAGO, Carlos. «Apuntes jurisprudenciales sobre el nuevo regionalismo italiano». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11 (2002/2003), p. 577 y ss.

y en consecuencia una ley del Estado (así lo ha dicho el TC en sus sentencias 247/2007 y 31/2010), la posibilidad de que la minoría parlamentaria derrotada en la tramitación y aprobación de la ley orgánica de reforma estatutaria, o el Gobierno de la Nación, también derrotado en el trámite legislativo, puedan alzarse contra dicha ley orgánica plantea serias dudas dogmáticas no menores. En el caso de los Estados compuestos, creo yo, modestamente, que no parece que la función de la justicia constitucional deba ser la de instrumento de control *previo* de la adecuación de la norma institucional básica y constitutiva del territorio políticamente autónomo a la Constitución federal, y menos si ese control se abandona a la iniciativa del Gobierno federal o de la minoría parlamentaria derrotada, si interviene el Parlamento federal, o incluso de su mayoría si la aprobación de esa norma no requiere de su concurso, porque coloca sus leyes en una posición distinta y degradada frente a la legislación del Estado que, en cambio, no está sometida a ese control, o de la de los propios territorios federados que tampoco lo están. La razón de instaurar un control previo sobre las normas constitutivas de los territorios federados sólo puede obedecer a razones de conveniencia política, no, desde luego, técnicas. ¿Cuál debe ser su parámetro de control en un recurso previo de constitucionalidad? Porque, respetado el procedimiento legislativo, por lo que la legitimación de la minoría parlamentaria derrotada carece de justificación técnica si no es para la protección de su *ius in officium* del artículo 23 CE, y respetado el listado de competencias exclusivas del Estado, ¿qué otro parámetro puede emplearse en ese control si la función de los EE. AA. es justo concretar a la propia Constitución en su definición abierta del modelo territorial de Estado? ¿Sólo cabría reducirlo a un control competencial? Tal vez la impugnación mediante un control previo (incluso si este fuese de oficio) de EE. AA., por llevarlo al caso español puede que esconda una negación misma de la autonomía política de los territorios, expresada en su capacidad de autorregulación, y de la condición de su labor legislativa como expresión del ejercicio de la soberanía del pueblo de similar naturaleza y condición que el ejercicio que de ella hace el Parlamento nacional.

El extinto sistema de control previo italiano sobre leyes regionales era coherente con su modelo de regionalismo tutelado y, en realidad, configuraba un remedo de veto del Gobierno italiano a las leyes regionales que a su juicio exlimitaban su ámbito competencial o lesionaban el interés nacional (o de otras regiones), requiriendo para hacerlo efectivo del refrendo de la *Corte Costituzionale*. Pero la latencia de esa tutela que quizá pueda percibirse en el artículo 123 CI no parece preocupar, hasta donde yo sé, ni por su naturaleza, ni por su sentido y alcance, a la doctrina italiana.

El sistema portugués es especialmente complejo y profuso, como en general lo es su justicia constitucional en conjunto. El recurso previo del artículo 278 de su Constitución (CP) regula, en rigor, un sistema de veto presidencial a las leyes del Parlamento. El presidente de la República o el representante de la República puede elevar al Tribunal Constitucional el recurso contra aquellas normas con rango de ley, también las «leyes orgánicas», que le fuesen remitidas para su firma y promulgación. Si el Tribunal Constitucional considera que esas normas son contrarias a la CP, el presidente puede hacer efectivo un veto (no necesariamente si se trata de leyes orgánicas) y devolverlo a la cámara. La Cámara de Diputados o expurga la norma de los preceptos declarados inconstitucionales, o puede levantarlo mediante mayorías reforzadas, pudiendo no obstante, reiterarse la impugnación preventiva (artículo 279 CP).³⁸ No parece que este sea el camino que se pretende volver a transitar en España.

5 ¿Una propuesta de control previo de constitucionalidad constitucionalmente conforme? Algunas preguntas frecuentes

No albergo dudas sustanciales sobre la corrección dogmática y sistémica de la existencia de un control previo en sistemas constitucionales dotados de una jurisdicción constitucional concentrada. Me atrevería a decir que probablemente sea el mecanismo más coherente con la garantía de la supremacía constitucional mediante el ejercicio de la jurisdicción constitucional, pues esa supremacía se perfecciona en la medida en que impone la inexistencia en el ordenamiento jurídico de normas o actos que sean contrarios a la Constitución; y qué mejor manera de asegurar ese fin y depurar el ordenamiento que evitar *ex ante* la incorporación a él de normas contrarias a la Constitución, qué manera más acabada de jurisdicción constitucional puede ser sino

38 Consúltense de BON [et al.]. *La justice constitutionnelle au Portugal*. París: Economica, 1989; GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa*. Coímbra: Coímbra Editora, 2007.

la que precisamente examina esa constitucionalidad precautoria y preventivamente.³⁹ No hacerlo así tan solo puede responder a un conflicto de legitimidades. Pero ese conflicto se me antoja falso en un Estado democrático en la medida en que la ley no es en rigor expresión normativa del pueblo soberano, sino de los ciudadanos, y que se imputa, la voluntad de esos ciudadanos, a aquel, el pueblo soberano, sólo en la medida en que no es contraria a su voluntad expresada normativamente por una sola vez en la Constitución.⁴⁰ En un Estado constitucional democrático no hay jurídicamente conflictos internos de legitimidades. En un Estado así jurídicamente no hay *legitimidades*, hay *procesos*. A mi juicio, en el marco de un proceso de toma de decisiones normativas se integra mejor el control previo cuyo propósito sea garantizar que el producto de ese proceso no es contrario a la Constitución, que no el que ese control se realice con posterioridad.⁴¹ Parece incluso que el TC se integraría de forma más natural en el proceso de creación de normas que si lo hace una vez la norma ya ha sido creada.

Cosa distinta es que, a pesar de su solidez y consistencia dogmáticas, pueda afirmarse, a renglón seguido y sin solución de continuidad, la necesidad de un control previo. En esto me manifiesto perplejo a la par que escéptico, y sigo creyendo que su probable reinstauración obedece a razones de oportunidad política muy alejadas de lo que la Academia pueda pensar sobre este particular.⁴²

5.1 El control previo de constitucionalidad, ¿muta la naturaleza de la función que ejerce el TC? Y, además, alguna reflexión sobre sus efectos

Rotundamente no. Ejercer la jurisdicción constitucional mediante controles previos no hace de la función ejercida por el TC una función consultiva y no jurisdiccional.

Como dijo el TC en su declaración 1/1992 (FJ 1):

En cuanto a este último extremo, ha de comenzar por precisarse que lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho. **Este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo.** Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante.

Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, **no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados.** Su examen debe ceñirse, en coherencia con ello, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el art. 95.1 de aquélla ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación *ex officio* no le corresponde, por tanto, al Tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa, y está vinculado al principio

39 Solo por hacer la cita de un clásico y seminal teórico, hasta donde se me alcanza, no conozco en la obra de Hans Kelsen dedicada a la jurisdicción constitucional ningún reproche ante un eventual sistema de control previo; es más, ni siquiera es objeto de mención. De hecho, en los debates sobre la construcción de los modelos de justicia constitucional en la Alemania finisecular o la Austria de principios del siglo XX, no es Kelsen quien interviene activamente en lo referente a los procesos de control previo. En esto otra vez es cita ineludible la de CRUZ VILLALÓN, P. *La formación...*, ob. cit.

40 Por todos el ya citado libro de ZURN, Christopher F. *Deliberative...*, ob. cit., *passim*.

41 Precisamente la percepción distinta de la soberanía y el papel de la ley en el sistema constitucional francés explica que el control previo se alee como expresión acabada de la conciliación entre la legitimidad enfrentada de la ley «soberana» y de la «constituida» jurisdicción constitucional.

42 Confróntese dos trabajos bien armados, pero desde perspectivas diametralmente opuestas. Por un lado, está el ya citado de Isabel GIMÉNEZ SÁNCHEZ («Recurso previo...»), en el que hace un análisis riguroso del estado de la cuestión y propuestas sensatas) y, por el otro lado, el de Octavio Salazar, frontalmente opuesto a la recuperación del recurso previo («Sobre la inconveniencia...», ob. cit.). Muy crítico con el control previo es el trabajo de BOUZAT, Gabriel. «La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la judicial *review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad (A propósito de la sentencia 24-493 de la Corte Suprema Argentina, caso Lachemet, M.^a L. vs. Armada Argentina)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54 (1998), p. 273 y ss.

constitucional de congruencia. Ello sin perjuicio de que este Tribunal pueda solicitar nuevas informaciones y aclaraciones o ampliaciones de conformidad con el art. 78.3 de la LOTC (la negrita es del autor).

Nada de lo dicho por el TC en el caso del control previo de los tratados internacionales en esta declaración sería distinto si su objeto fuese una norma con rango de ley. Que su examen sea previo a su entrada en vigor no muta al TC en un remedo de Consejo de Estado, ni las decisiones que recaigan en el ejercicio de ese control dejan de ser resoluciones jurisdiccionales vinculantes *erga omnes* y con fuerza de cosa juzgada. Una vez más, el TC lo deja meridianamente claro en su DTC 1/1992, a continuación de los párrafos antes citados:

Pero, en cualquier caso, bien la resolución emanada de este Tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen, bien declare, por el contrario, su contradicción con nuestra Ley fundamental, dicha resolución posee los efectos materiales de la cosa juzgada. Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de «Sentencia» (cfr. art. 86.2 LOTC), **es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante (art. 78.2 id.) y, en cuanto tal, produce «erga omnes» (art. 164.1º in fine C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad**, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración; **en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución**, el efecto ejecutivo inmediato y directo ha de ser la reforma de la Constitución con carácter previo a la aprobación del tratado (la negrita es del autor).

La razón de que así sea no debe buscarse en el hecho de que el órgano que ejerce la función sea un «tribunal», sino en la irrevocabilidad de sus resoluciones cuando es llamado a resolver preventivamente sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley. La única diferencia, y no menor, con el control sucesivo está en el momento en el que se produce. Y digo no menor porque ese matiz temporal resulta decisivo para reglar el mecanismo del control previo por cuanto se ejerce sobre una norma que aún no lo es y, por tanto, no se ha incorporado al ordenamiento jurídico ni, en consecuencia, ha producido efecto alguno, ni ha sido aplicada. Pero el propio TC en la cita anterior precisa con claridad cuál debe ser la respuesta a esta cuestión: si el control previo concluye con una resolución que produce efectos de cosa juzgada, no cabe plantear la misma cuestión sobre la misma norma en la vía sucesiva y abstracta, esto es, en el recurso de inconstitucionalidad, porque nada impide (incluso conviene) que pueda suscitarse mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. La diferencia con los tratados internacionales es que ese efecto vinculante y excluyente se produce en todo su rigor para el caso de que justo el resultado del control previo sea la declaración de constitucionalidad de la norma con rango de ley enjuiciada, porque si se declara inconstitucional, el precepto en cuestión deberá excluirse del texto legal elevado a la promulgación y sanción del Rey. Y en el caso de que las Cortes Generales no obrasen de esta manera y lo reprodujesen de forma más o menos literal, la decisión previa de su inconstitucionalidad no debiera impedir su impugnación a través del recurso de inconstitucionalidad.⁴³

Decía Rubio Llorente que lo relevante en los «modelos» de jurisdicción constitucional (si tal cosa existe)⁴⁴, es su *telos*, su finalidad; y los modelos centrados en garantizar la constitucionalidad de la ley lo que persiguen es impedir que las normas con rango de ley contrarias a la Constitución lleguen a tener vigencia (bien actuando sobre su aplicabilidad —modelos desconcentrados al modo anglosajón—, o bien sobre su validez —caso de la tradición europea concentrada—). De este modo, y sigue Rubio Llorente, el modelo asegura la división

43 Solo de forma incidental se ha ocupado la doctrina de esta cuestión. Véanse los trabajos de GÓMEZ MONTORO, Ángel. «El control previo...», ob. cit., p. 143 y ss.; y de ALMAGRO NOSETTE, José. *Justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 1980, p. 354.

44 Obviamente, la primera pregunta que debemos hacernos es si existe un tal modelo en la CE. Véase el trabajo de AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional...*, ob. cit., especialmente caps. III y IV. También GROPPi, Tania. «¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional?». *Revista de Derecho Político*, núm. 62 (2005), p. 33 y ss.; de esta autora también su «Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale», en: OLIVETTI, M.; GROPPi, T. *La Giustizia Costituzionale in Europa*. Milán: Giuffrè, 2003, p. 1 y ss. De cita obligada también el trabajo de RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. «Tendencias actuales...», ob. cit., p. 1411 y ss. (también en su libro *La forma del poder...*, ob. cit., p. 1373 y ss.), quien, por cierto, considera que debe abandonarse esa dicotomía como método de estudio de la jurisdicción constitucional, pues es difícil hablar hoy por hoy de modelos, si acaso, digo yo, de tradiciones (p. 1416). No es posible hablar de un modelo o sistema europeo porque ni siquiera las jurisdicciones constitucionales europeas son homogéneas en lo importante. Él prefiere, y lo comparto, hablar de modelos centrados en el aseguramiento de la constitucionalidad de la ley y los centrados en la garantía de los derechos. Véase sus «Seis tesis...», ob. cit., p. 1325, en particular la cuarta tesis, p. 1332 y ss. Consúltense también el libro de FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*. Bolonia: Clueb, 2010, especialmente el análisis introductorio de Lucio Pegoraro.

de poderes y depura el ordenamiento garantizando la supremacía constitucional. Que esto se haga antes o después de la entrada en vigor de la ley es cuestión técnica que, en principio, no parece afectar a la naturaleza del control y su coherencia: un control jurisdiccional y depurativo. Esta dicotomía describe los procesos y sus efectos, pero no su calidad, donde lo relevante es si es depurativo (expulsa la norma) o correctivo (limita su aplicabilidad). Por ello Rubio Llorente sostiene que justo la forma más acabada de control depurativo sobre la ley es el preventivo (como el francés). Lo que persigue esta vía depurativa abstracta es preservar «la autoridad de la ley, despejando las dudas que la contienda política arroja sobre su legitimidad», y se debate sobre «la adecuación a la Constitución de dos concepciones políticas contrapuestas, una de las cuales, la que sustenta el recurso, niega la legitimidad constitucional de la mantenida por el legislador».⁴⁵

Probablemente por este motivo la legitimación activa en los procesos de control previo de constitucionalidad no sea una cuestión baladí. Si, además, lo que se persigue controlar es una norma tan peculiar como los EE. AA., como pretenden las proposiciones de ley en trámite, acaso debiera explorarse la posibilidad de que ese control fuese de oficio y no a instancia de un órgano o una fracción de órgano. De esta manera se alejaría del control previo el fantasma del reproche «político» y se evitaría su uso como arma del filibusterismo parlamentario. Del mismo modo que, privado el presidente del Gobierno, el Gobierno de la Nación, y naturalmente el jefe del Estado en una *monarquía republicana* como la española, de esa legitimación, también se sustraería el control previo a la tacha de ser tenido por un simple trámite de un veto suspensivo presidencial, como sucede en Portugal.

5.2 ¿Cabría reinstaurar el control previo mediante una reforma de la LOTC?

Javier Tajadura ha resucitado el asunto de la posible inconstitucionalidad de la introducción en la LOTC del recurso previo que ya se suscitó en el año 1979,⁴⁶ arguyendo, como se hacía en aquel entonces por buena parte de la doctrina, que su introducción no solo excedía la literalidad misma de la remisión contenida en el artículo 161.1.d CE (que parece referirse más bien al objeto de sus competencias —materias— que no a la forma de ejercerlas—procedimientos—), sino que, además, quebraba el modelo de jurisdicción constitucional concentrado y sucesivo diseñado en el título VIII de la CE.

Seguramente habrá muchas y muy buenas razones para considerar que, en efecto, la reinstauración del control previo mediante una reforma de la LOTC suscitara serias dudas de constitucionalidad. La propia literalidad del artículo 161.1.d CE, que permite aumentar las «materias» de las que puede conocer el TC, no parece autorizar la creación de nuevos y distintos procesos para ese conocimiento;⁴⁷ aunque lo cierto es que esto ya se ha hecho con el recurso en defensa de la autonomía local y, desde el origen, con el conflicto de competencias entre órganos constitucionales.

Por otro lado, no estoy seguro de que el título IX de la CE incorpore un modelo concreto y preciso de jurisdicción constitucional que resulte ni siquiera alterado por incorporar un control previo y sumarlo a los sucesivos (salvo que por esa alteración se entienda que resulta necesario establecer reglas que permitan su coexistencia articulada y no incurrir en una «aberración»). No me parece que sea esta la razón de la posible inconstitucionalidad de la introducción del recurso previo mediante una reforma de la LOTC, y no

45 RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. «Tendencias...», ob. cit. p. 1420.

46 Consúltense cualquiera de sus trabajos citados, especialmente el último publicado en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. No opinan así otros autores. Es el caso de Ángel GÓMEZ MONTORO (ob. cit., p. 140 y ss.), aunque concluye que «En resumen, y para concluir este epígrafe, cabe afirmar que nos encontramos con una institución cuyo encaje parece forzado en nuestro ordenamiento constitucional, pero que no resulta abiertamente contraria a la Constitución. Cabría hablar, por tanto, de incongruencia o de incoherencia, pero no de inconstitucionalidad» (p. 143), y añade: «Parece que estamos, por tanto, ante una institución desafortunada, pero no parece que pueda calificarse de «inconstitucional»» (p. 144). A la misma conclusión llegó Manuel ALBA NAVARRO («El recurso previo...», ob. cit., p. 168-169). Pedro CRUZ VILLALÓN («El control previo...», ob. cit., p. 16 y 17) considera que más que un problema de constitucionalidad lo que se suscita es un problema de adecuación y coherencia, ya que si el control previo no está recogido en la CE, la LOTC no podría excluir del recurso de inconstitucionalidad o de la cuestión aquellas normas con rango de ley sometidas antes a un recurso previo, pues el artículo 161 CE somete todas las normas con rango de ley a los controles sucesivos sin excepción (a mi juicio, este inconveniente sería menor aplicando las reglas de la cosa juzgada).

47 Consúltense ARAGÓN REYES, Manuel. «El control de constitucionalidad en la Constitución de 1978». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (1979), p. 178-179. Durante los debates parlamentarios tanto del que luego sería artículo 161 CE como de la LOTC fue este asunto cuestión muy polémica. Consúltense *Constitución Española, Trabajos Parlamentarios*, ob. cit., col. I, p. 34 y 593, y vol. III p. 2939; y *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Trabajos Parlamentarios*. ob. cit., pp. 219 y ss., 233-234.

tanto porque considere que el artículo 161 CE contiene un listado abierto de competencias, como porque simplemente creo que en el título IX no hay un «modelo» constitucional de jurisdicción constitucional. En mi opinión, no se trata de un problema de *inconstitucionalidad*, cuanto de *política constitucional*. No encuentro en la regulación del control previo ninguna norma que sea *evidentemente* contraria a ningún precepto constitucional, por lo que me resisto a considerarla inconstitucional, por mucho que pueda resultar *inconsistente*. Reinstaurar el control previo en la LOTC, y además limitado al control de las reformas parciales o totales de los EE. AA., conlleva complejas interferencias en el equilibrio institucional y procedimental de nuestro sistema constitucional, que afectan a la división de poderes y a la propia articulación consistente de la jurisdicción constitucional española.

El control previo de proyectos de EE. AA. arroja al TC sobre el procedimiento legislativo. No quiero decir con ello que este se agote en lo establecido en la CE, pues los reglamentos parlamentarios pueden precisarlo y enriquecerlo sin por ello contrariar lo dispuesto en el capítulo II de su título III. Pero desde luego sí altera el suceder normal del procedimiento legislativo en la medida en que el TC se intercala entre la aprobación de la norma estatutaria mediante una ley orgánica y su sanción y promulgación regia (artículo 91 CE), que se trata de un acto reglado y debido que debe verificarse en los 15 días siguientes a aquella aprobación.⁴⁸ No parece que esta deba ser una cuestión propia de una ley orgánica reguladora de un órgano constitucional distinto a los legislativos y ajeno en principio al procedimiento legislativo, y quedar abandonada a la voluntad del legislador. Qué decir tiene si el objeto de control es la reforma de un EE. AA. que está sujeta a un procedimiento singular que por mor del artículo 147 CE ni siquiera fija la propia CE, sino los EE. AA. Tanto la función y posición de los EE. AA. en el sistema constitucional español, como su procedimiento de reforma, sujeto a una reserva estatutaria establecida en el artículo 147 CE, no aconsejan que se incorporen trámites complementarios a su tramitación en leyes reguladoras de otras instituciones del Estado.

No estaría de más recordar que el propio TC afirmó *obiter dicta* en su auto 120/1983 que:

Este es un recurso establecido por la LOTC cuya constitucionalidad nunca ha sido cuestionada y que tiene su origen en el art. 161.1 d) de la Constitución, que al establecer el ámbito de la jurisdicción y competencia del Tribunal incluye la de conocer de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas (FJ 2).

5.3 Control previo y referéndum. El falso choque de legitimidades

No son pocos los autores que han suscitado este problema: el control previo o sucesivo, de normas con rango de ley refrendadas por los ciudadanos.⁴⁹ El *Conseil constitutionnel* dio respuesta a esta cuestión rechazando su control en su decisión de 6 de noviembre de 1962, reiterada en diversas ocasiones (decisión 92-313, de 23 de septiembre de 1992), con el argumento de que excedía de sus competencias controlar aquellas leyes refrendadas, al considerarlas la expresión directa de la soberanía nacional.

En mi opinión, esta «querrela de legitimidades» puede ser políticamente pertinente, pero no la tiene en rigor desde nuestra perspectiva jurídico-constitucional porque en el Estado constitucional democrático de derecho no hay legitimidades más democráticas que otras. Es más, y parafraseando al *Conseil constitutionnel*, en

48 Sobre este extremo y la posibilidad de que el jefe del Estado rehúse sancionar y promulgar la norma controlada, reflexiona Pedro CRUZ VILLALÓN, en sus dos trabajos citados en este artículo (en el de 1981, p. 8, y en el del 2006, p. 285). Recuérdese el caso resuelto por el ATC 120/1983, en el que el recurso previo se instó en plazo, pero justo tras la publicación en el BOE de una ley orgánica que fue sancionada y promulgada por el Rey el mismo día de su aprobación. El citado auto 120/1983 consideró que no se produjo una pérdida sobrevenida del objeto del recurso y acordó la admisión del recurso previo y la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados. Al auto lo acompañan los votos particulares discrepantes de los magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente, Latorre Segura y Díez de Velasco. No deja de ser curioso que este auto daría respuesta a una cuestión que se suscitó justo en la mesa redonda de la que se da cuenta en el *Annuaire...*, ob. cit., y que se ha citado más arriba. El caso del ATC 85/2006 no deja de ser curioso. En él, el TC señala, al hilo de la inadmisión de un recurso de amparo por infracción del artículo 23 CE con ocasión de la admisión a trámite del proyecto de reforma del Estatuto de Cataluña, que no cabe convertir un amparo en un remedo de control abstracto y previo del proyecto de reforma estatutaria.

49 Consúltense FERRERES COMELLA, Víctor. «El Tribunal Constitucional ante...», ob. cit., p. 28 y ss., que lo resuelve apelando a un doble estándar: si la norma ha sido refrendada y el control lo es sobre justo la materia en la que es competente, el grado de “deferencia” (*autorrestricción* diría yo) en el juicio de constitucionalidad debe ser mayor que si no lo es. Con carácter general, el de REQUEJO PAGÉS, Paloma. «El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro». *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, núm. 1 (2014), p. 261 y ss.

cuyas palabras de la decisión de 23 de agosto de 1985 se percibe el eco de Carré de Malberg, la norma con rango de ley votada en el Parlamento y refrendada por los ciudadanos no expresa la voluntad general ni es imputable a la voluntad del pueblo soberano si no respeta la Constitución.⁵⁰

La legitimidad democrática desde un punto de vista constitucional sólo tiene sentido desde la perspectiva del sistema en su conjunto. Es el Estado constitucional, o por mejor decir, el ordenamiento jurídico, el legítimo; y sus normas, las válidas. En puridad una ley refrendada no es más legítima democráticamente que la que no lo es. Y ninguna de las dos perfeccionan su condición de expresión de la voluntad normativa del pueblo soberano si son contrarias a la Constitución. La legitimidad democrática de las normas deriva de su constitucionalidad (su validez), no del procedimiento para su aprobación (lo que como bien se sabe no se ve contradicho por la presunción de constitucionalidad de la ley). De ahí que la jurisdicción constitucional, previa o sucesiva, no quiebra esa legitimidad ni la debilita en el ejercicio de su competencia de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

Dicho esto, que la norma con rango de ley haya sido refrendada no debilita ni la posición del TC ni hace menos legítima democráticamente su decisión, por más que, desde luego, políticamente el caso sea otro. Someter a control previo una norma antes de ser refrendada evita, claro está, los inconvenientes «políticos» de su control de constitucionalidad una vez sometida a la consulta popular. Pero no parece que este sea un argumento dogmático o técnico de peso. Cosa distinta es que en estos casos, como puede suceder con los EE. AA., la instauración de un recurso previo deba tener en cuenta, en primer lugar, los posibles solapamientos de plazos que provoque la situación de que la norma impugnada se someta a referéndum dentro del plazo de interposición del recurso previo (caso del artículo 123 CI y la posibilidad apuntada por la doctrina de que así suceda en el caso italiano; o lo que podría ocurrir en el supuesto de reforma del EE. AA. de Andalucía a la vista de lo que dispone su artículo 249, que anticipa ese referéndum a la elevación del proyecto de reforma estatutaria a las Cortes Generales); y, en segundo lugar, bueno sería afinar también los efectos que tendría el pronunciamiento del TC en este tipo de control respecto de un posible recurso sucesivo.

6 El control previo. El blindaje del consenso constitucional

Ha sido Rubio Llorente quien afirmó que el recurso previo en España «operó en la práctica como un veto suspensivo mediante el que la oposición podía demorar [...] la entrada en vigor de leyes cuya inadecuación a la Constitución era inexistente o banal y que amenazaba con transformar al Tribunal Constitucional, a menos ante los ojos de la opinión, en una especie de Tercera Cámara política... Ciertamente, la combinación del recurso *a priori* con el recurso *a posteriori* era una aberración difícilmente sostenible...».⁵¹ Para Cruz Villalón y Almagro Nosete, el TC ejercería una función consultiva vinculante.⁵²

Así lo percibió también la doctrina italiana para el caso de su hoy desaparecido control previo de leyes regionales. Gustavo Zagrebelsky lo señaló con claridad: el mecanismo de control previo se erigía en una fase del procedimiento legislativo regional y, además, expresaba de forma significativa «la posición de inferioridad que se le atribuía a la potestad legislativa regional respecto de la estatal [...]. En efecto, el control de constitucionalidad de las leyes del Estado, también cuando se activa con el recurso «principal», es siempre un control sucesivo, extraño al procedimiento legislativo».⁵³ Si es así con las leyes regionales, ¿qué decir tiene para el caso de los EE. AA.?

50 Interesantísima la lectura, en lo que ahora importa, del libro de BLACHER, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. París: PUF, 2001.

51 Ob. cit., p. 1429.

52 CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El control previo...», ob. cit., p. 12 y 13. ALMAGRO NOSETE, José. *Justicia constitucional...*, ob. cit., p. 438. También CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario nelle legge in il diritto comparato*. Milán: Giuffrè, 1978, p. 5 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 269. Pedro CRUZ VILLALÓN sostiene, en alguno de los trabajos aquí citados (por ejemplo, en el de 1981, p. 19), que la posibilidad de controlar previamente los proyectos de EE. AA. permitiría apartar a las Cortes Generales del proceso para su aprobación o reforma (lo que debe completarse, dice el autor en sus reflexiones sobre la reforma del 2005 de la LOTC, con la urgente constitucionalización del sistema autonómico). Su tesis parte de que, una vez que los EE. AA. son controlados *a priori* por el TC para asegurar su adecuación a la CE, dejará de ser necesaria su incorporación al ordenamiento mediante ley orgánica porque las Cortes Generales ya no deben ejercer esa espuria función de control de su constitucionalidad en el trámite de aprobación de esa ley orgánica.

53 GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale...*, ob. cit., p. 128.

Es posible que, como se apuntó al inicio de estas páginas, la función del control previo, además de garantizar la adecuación a la Constitución de las normas con vocación de ser leyes vigentes, sea la de blindar el consenso constitucional sobre el contenido y la articulación del Estado de las Autonomías. Soy consciente de que esta afirmación podría llevar a considerar que el cumplimiento de esa función exigiría legitimar, para accionar el control previo justo a la minoría parlamentaria, o al propio Gobierno de la Nación, o los de las CC. AA. o sus asambleas legislativas si consideran que el texto de reforma estatutario finalmente aprobado en las Cortes Generales no es el que deseaban. Y que esta circunstancia reintroduce, en el «modelo», el riesgo del uso filibustero del control previo. No lo creo así, y sigo pensando que el control se inste de oficio es la solución más acertada.

Ahora bien, que el control previo tenga esa función, asegurar el consenso constitucional sobre el contenido estatutario, no altera el parámetro de control que el TC debe emplear para enjuiciar la norma estatutaria.⁵⁴ No se trata aquí de ser más o menos deferente con el proyecto de reforma estatutaria. Se trata más bien de que el TC debe llevar a cabo el control aplicando un estándar estricto de constitucionalidad, donde la falta de evidente contradicción debiera llevar a una resolución declaratoria de la constitucionalidad del nuevo Estatuto.⁵⁵

El papel del TC en ese proceso es asegurar la voluntad de consenso para evitar conflictos de legitimidades democráticas entre un Parlamento autonómico que hace una propuesta que puede verse contrariada, modificada y con el resultado de que el Parlamento nacional le imponga un EE. AA. con otro contenido; o, asumida por el Parlamento nacional la propuesta autonómica, sometida a referéndum en la CC. AA., sea el TC quien contradiga la «voluntad» democrática del «pueblo» autonómico en un control *a posteriori*. Está claro que la forma de evitar que se desvirtúe el papel del TC en ese recurso previo es mediante la sujeción a aquel estándar estricto de control. Claro que él es un poder *contramayoritario*, cuya misión consiste en distinguir entre ciudadanos que ejercen la soberanía y el pueblo español que la posee, puesto que, al hacer su control sobre la constitucionalidad de la ley, no hace sino juzgar si la voluntad de aquellos encaja dentro de la de esta expresada en la norma constitucional. Así la legitimidad democrática de cualquier norma con rango de ley (que no de las decisiones, que son cosas distintas)⁵⁶ solo se perfecciona una vez se pronuncie el TC, si ha de hacerlo (cierto que la legitimidad es un tanto interina porque por el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad siempre puede declararse contraria a la CE la ley). Esta resistencia a dotar al TC de instrumentos como el recurso previo tiene que ver, en definitiva, con una cierta duda larvada aún sobre la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional y su percepción como un cuerpo extraño dentro de la democracia representativa.⁵⁷

54 De obligada lectura en este extremo es el trabajo, que comparto, de FOSSAS ESPADALER, Enric. «[El control de constitucionalidad de los estatutos de autonomía](#)». *Revista catalana de dret públic*, núm. 43 (2011), p. 2 y ss.

55 Todo ello sin perjuicio de que sea posible un juicio de constitucionalidad por conexión o consecuencia. El TC ya admitió en su STC 77/1985 (FJ 2) que en el control previo también era posible extender el juicio a otros preceptos distintos de los impugnados por conexión o consecuencia en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.1 LOTC; sin perjuicio de que el objeto del debate y los preceptos impugnados se fijen vinculadamente en el escrito de interposición del recurso previo (acuerdo de Pleno del TC de 14 de julio 1982).

56 En efecto, y sería interesante indagar, en el terreno constitucional, la diferencia entre la legitimidad democrática de tomar decisiones y la de las normas. Intuyo que el sistema democrático establece procesos para la toma de decisiones donde la voluntad de tomarla y participar en ese proceso forma parte del entramado de la legitimación democrática, y ahí, la voluntad de decisión goza de legitimidad democrática porque, primero, constituye una pieza esencial de la garantía de participación política de los ciudadanos y, segundo, si ese proceso decisional respeta los principios de libertad e igualdad, es legítimo democráticamente, su existencia y su transcurrir (por ejemplo, es necesario democráticamente escuchar al pueblo autonómico sobre la norma estatutaria que los va a regir, y debe asegurarse que se haga en condiciones de igualdad y libertad). Pero esa legitimidad procesal no tiene por qué afectar a su decisión, su decisión no tiene por qué gozar de una legitimidad democrática inatacable. En los sistemas constitucionales democráticos positivos y autorreferenciales esas voluntades solo ordenan a la comunidad porque se hacen norma; y, cuando se hacen norma, la legitimidad democrática debe ser de resultado porque esa norma obliga a todos. Es decir, el EE. AA. no es más legítimo por haber sido sometido a referéndum, sino porque ha sido aprobado como norma y declarado constitucional, es aquí donde se perfecciona la única legitimidad democrática que constitucionalmente es relevante.

57 En buena medida es en este extremo en el que se cifra el miedo a la «politización» del TC, en la infidelidad a su estándar de control, véase SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, ob. cit., p. 180, y PÉREZ ROYO, Javier, ob. cit., p. 2203, que lo llega a calificar de «tercera cámara». Véase también ALBA NAVARRO, Manuel, ob. cit., p. 172. Ciertamente, este es un tema inmenso. Baste ahora citar este libro colectivo: GUGGENBERGER, B.; WÜRTEMBERGER, T. (eds.). *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*. Baden Baden: Nomos, 1998; en especial el trabajo de WAHL, Rainer. «Quo Vadis – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken», p. 81 y ss. Por último, el de LAUFER, Heinz *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*. Tubinga: Mohr, 1968, en especial p. 283 y ss.