

DOS COMENTARIOS A LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(«Derecho procesal constitucional»,
del profesor Jesús González Pérez, y
«Justicia constitucional», del profesor José Almagro Nosete)

JOSE LUIS CASCAJO CASTRO

I

Era previsible, como ya sucedió en otros ordenamientos, que la entrada en vigor de la Constitución española de 1978—servida además por una específica jurisdicción constitucional—resucitara los perfiles constitucionales de todos los sectores de la experiencia jurídica. En este sentido, la justicia constitucional no sólo supone una revitalización del Derecho constitucional, en cuanto saber propedéutico y fundamental, sino también un replanteamiento—desde los presupuestos constitucionales—de las distintas ramas del Derecho. La tarea y el reto que ella comporta tiene la suficiente envergadura como para no poder permitirse la apriorística exclusión de todas las posibles aportaciones a la misma.

En pocos campos como en éste ha demostrado ser tan necesaria y fecunda una perspectiva interdisciplinar y global del Derecho en general y del Derecho público en particular. Así, a partir de esta elemental premisa, fácilmente compartible, comento, desde una óptica no procesalista, estas dos tempranas aportaciones al llamado Derecho procesal constitucional, surgidas al hilo exegético de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

II

El libro del profesor González Pérez, publicado apenas entra en vigor la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, comienza con una breve introducción, donde sienta algunas premisas generales sobre el proceso constitucional y el Derecho procesal constitucional. A continuación desarrolla, des-

de una sistemática procesal abundantemente empleada, una parte general relativamente extensa, en la que describe sucesivamente los sujetos del proceso, el objeto, los actos procesales; el nacimiento, desarrollo y terminación del proceso y los efectos del mismo. Finalmente, la obra concluye con una parte especial, en la que estudia los distintos y particulares procesos a que dan lugar las competencias del Tribunal constitucional: procesos de inconstitucionalidad (principal, cuestión prejudicial, control previo), de amparo (constitucional, administrativo previo) y conflictos de competencia (constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí, y constitucionales entre órganos del Estado).

Es de sobra conocido el alcance de la aportación de González Pérez al estudio del Derecho procesal administrativo. Basta con leer el prólogo de Guasp a su obra del mismo nombre, o más recientemente su trabajo sobre *La justicia administrativa en España* y sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Por otra parte, se sabe que entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa cabe un amplio trasvase de técnicas, aun cuando sea preciso también una adecuada y no fácil articulación recíproca. Además, el propio autor sostiene que, «partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce» (p. 53). Y el artículo 80 de la LOTC establece también que en determinadas materias se aplicarán con carácter supletorios los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, desde estos supuestos, se entiende la natural facilidad con que González Pérez ha analizado el articulado de la LOTC, y se explica también el aparato bibliográfico que acompaña dicho análisis.

En este trabajo quedan bien esclarecidos, en mi opinión, los principios inquisitivo, de congruencia y antiformalismo o de interpretación más favorable al derecho de acceso a la justicia, como principios informadores del proceso constitucional. Igualmente esclarecedor resulta—sin compartir por ello puntualmente todas sus tesis—el tratamiento dado a los sujetos del proceso y, en particular, a las partes.

Yo diría que el libro de González Pérez es más certero y eficaz—al margen de que para el jurista práctico eficaz sea todo él—cuanto más permiten ser aplicados a la justicia constitucional los esquemas conceptuales del Derecho procesal en general y de la jurisdicción contencioso-administrativa en particular. Y nadie puede negar cabalmente que el campo de aplicación es amplio y fecundo. Aunque también es innegable, como el propio autor escribe, que no toda la actividad del Tribunal Constitucional es actividad procesal, sino de naturaleza distinta (p. 123).

Desde esta impresión general, resulta operativo entonces el ágil y correcto trasplante que se hace en materia de clases de legitimación o de actos procesales, o de modos de terminación anormal del proceso. También me ha llamado la atención el breve apunte sobre las particularidades de los

límites subjetivos y objetivos en la extensión de la cosa juzgada, el de la subsidiariedad como característica del proceso de amparo y el de los efectos respecto del Derecho o libertad pública lesionados en la sentencia estimatoria del proceso de amparo.

Por otra parte, contiene la obra que comentamos una serie de posiciones críticas respecto a la LOTC que parecen—al margen del debate doctrinal a que se prestan—razonables y dignas de ser tenidas en cuenta. Así, por ejemplo, su manifestación en contra de la exclusión del Ministerio Fiscal de la lista de los sujetos legitimados activamente para interponer recursos de inconstitucionalidad, o cuando, preguntándose si puede hablarse de partes accesorias en el proceso constitucional, afirma que el reconocimiento de la legitimación para comparecer a los titulares de determinados intereses constituye una exigencia de justicia. En esta línea es destacable también la crítica rotunda que hace del restringido ámbito de la legitimación activa en la regulación, tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad. Efectivamente, no parece aconsejable huir del fantasma de la acción popular *tout court* para caer en una regulación de la legitimación activa, excesivamente oclusiva, que acabe minimizando el alcance del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. Respecto a esta última, debe tenerse en cuenta además que el juez decide inapelablemente la procedencia de plantear la misma. Y por lo que respecta a este mismo tema, en materia de proceso de amparo, yo destacaría su crítica al artículo 46, 1, b), de la LOTC (que reconoce legitimación a quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente), al que tacha de inconstitucional.

Apuntados estos aspectos del libro de González Pérez, quisiera comentar otros que sugiere el tema del mismo, contemplados desde otra óptica, sin duda complementaria, conforme a la concepción interdisciplinaria y global que he propiciado de la justicia constitucional al comienzo de estas líneas.

Se trata sencillamente de una óptica que, con más respiro y menos reduccionismo pragmático, contempla también a la justicia constitucional como una jurisdicción de carácter objetivo que no siempre está llamada a satisfacer pretensiones.

No hay que olvidar que en los orígenes de esta jurisdicción la preocupación dominante era controlar que el orden de las competencias fuera conforme a la Constitución, y que el propio Kelsen la entendía como un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por fin asegurar el normal ejercicio de las funciones estatales.

Desde esta perspectiva difícilmente puede pasarse por alto el fundamental nexo que vinculan las garantías jurisdiccionales a una estructura federal o ampliamente descentralizada del Estado. Así, hablando de la Constitución austríaca de 1920, entendía Kelsen que las jurisdicciones constitucional y administrativa se confirman como un soporte, un perfeccionamiento técnico-jurídico de la idea federal; y sostenía que en el proceso de inconstitucionalidad de una ley el Gobierno Federal o los Gobiernos de los *Länder* (legitimados

ambos) no tenían que demostrar que la ley impugnada violaba un respectivo interés particular. Lo que la Federación y los *Länder*—mediante un recíproco control—hacían valer era el interés por la constitucionalidad de las leyes. Desde esta autorizada posición doctrinal, no puede por menos de causar motivo de reflexión el artículo 32, 2, de la LOTC. A mí me parece que no puede darse por bueno, sin más, el posible contraste de este precepto con el artículo 162, 1, a), de la Constitución (Cfr. J. CORCUERA: «Autonomía y recurso de inconstitucionalidad. Legitimación de los órganos de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad», *Rev. Vasca de Admón. Púb.* núm. 1, 1981, pp. 193 y ss.). Por cierto, el profesor González Pérez hace referencia a un desaparecido precepto de la LOTC, el párrafo tercero del artículo 32, que con difícil explicación (García de Enterría), o por inverosímil despiste (Corcuera), parece haber eliminado la legitimación de los órganos ejecutivos autonómicos para la impugnación de las normas emanadas de sus respectivas asambleas legislativas.

Por otra parte, el acento de la justicia constitucional, como jurisdicción objetiva, permite mejor acercarse a temas como el estudio del Tribunal Constitucional en cuanto órgano constitucional, los problemas de su composición o el de su integración y funciones en la estructura constitucional del Estado. Temas todos ellos que, desde los conceptos del Derecho constitucional en particular, complementan sin duda la inexcusable perspectiva técnico-jurídica procesal. Las mejores aportaciones doctrinales (principalmente, alemanas, norteamericanas e italianas) al estudio de la jurisdicción constitucional han participado de este entendimiento interdisciplinar, complementario y equilibrado de la misma. Y a ellas necesariamente hay que acudir para construir, sobre nuestro ordenamiento histórico y vigente, una mínima dogmática de la incipiente jurisdicción constitucional española. Que esta tarea viene impulsada de manera decisiva, sin duda, por la propia actuación del Tribunal Constitucional no es hoy ya una conjetura, sino un hecho probado.

III

El libro del profesor Almagro Nosete, publicado poco tiempo después del anterior citado, contiene un cuidado y pormenorizado comentario de todos los preceptos de la LOTC. Algunos de estos comentarios rebasan el nivel de la mera exégesis, para extenderse, con buena sistemática frecuentemente, en consideraciones generales sobre aspectos importantes de la justicia constitucional.

De la obra de este procesalista, ocupado desde hace tiempo en estos temas, resaltaría su funcionalidad práctica para todo aquel que esté empeñado en el conocimiento y aplicación forense de la LOTC, y, por otro lado, su aportación a la construcción doctrinal del llamado Derecho procesal constitucional. Todo ello con abundantes referencias a nuestro precedente repu-

blicano del Tribunal de Garantías y con una preocupación por resaltar una posición que denomina «como de la máxima justicialidad constitucional» (página 109).

Desde una lectura más puntual, destacaría además la articulación sistemática de los elementos del agravio en el proceso de amparo constitucional, que puede ayudar a un mejor análisis del objeto del mismo. Sensible, sin duda, el autor a la desprotección jurisdiccional que supondría un entendimiento excesivamente individualista y personal de la legitimación activa en el proceso de amparo, interpreta el concepto de persona directamente afectada del artículo 46, 1, a), de la LOTC, abarcando no sólo al titular del Derecho agraviado, sino también a toda persona natural o jurídica con un interés legítimo en que se repare o preserve el Derecho agraviado. Como sostuve hace ya tiempo al estudiar estos temas a nivel de Derecho comparado, esta postura de equilibrio—más fiel, sin duda, en nuestro caso a la letra del artículo 162, 1, b), de la Constitución—permitiría acudir ante el Tribunal Constitucional a terceros interesados, superándose en cierta manera el criterio de la lesión directa y personal.

Almagro Nosete se muestra también atento, como es lógico para un procesalista, a las cuestiones, nada fáciles ni pacíficas, que se refieren a la articulación de las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. Cualquier observador atento al tema sabe que ésta es una zona de posibles fricciones. En este aspecto, y sin entrar en el análisis de sus tesis, merecen destacarse los comentarios a las cuestiones prejudiciales e incidentales ante el Tribunal Constitucional del artículo 3.º LOTC y a las atribuciones de la jurisdicción ordinaria en materia de indemnización de daños y perjuicios por causa de medidas cautelares del artículo 58 LOTC.

En otro orden de cosas, el autor es partidario de excluir cualquier valoración peyorativa sobre el carácter encubiertamente dilatorio que pueda tener la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 35 LOTC. Y adopta una postura de comprensión que no suele ser frecuente (basta leer algunas intervenciones de los debates parlamentarios de la LOTC), respecto a la inclusión en el ámbito de atribuciones del Tribunal Constitucional, de la facultad de dirimir conflictos de competencia entre órganos constitucionales del Estado.

Almagro Nosete califica el control previo de los tratados internacionales como negocio de jurisdicción voluntaria constitucional y pondera las ventajas e inconvenientes del control preventivo del artículo 79 LOTC. Aunque personalmente pienso que el injerto del control previo de inconstitucionalidad en nuestro sistema de jurisdicción constitucional es—al margen de su posible bondad política—incorrecto, quizá pudiera sistematizarse en ese tipo de funciones, que realizan a veces los Tribunales Constitucionales, de carácter y naturaleza declarativas (basta pensar en los pronunciamientos sobre la admisibilidad de referéndum abrogativos).

Ahora bien, al margen de estos destacados aspectos puntuales, se delata, de nuevo, en este libro la ausencia de otras dimensiones, otro tipo de resonancias del pluridimensional fenómeno de la Justicia Constitucional. Entiéndase bien: no se trata de hacer una crítica por lo que no dice ni pretende la obra comentada, sino de proponer un diálogo, desde otra óptica, con la dimensión procesalista que el libro hace de la justicia constitucional, en base al articulado de la LOTC.

Aunque el autor afirma que España tiene prosapia en materia de justicia constitucional, reconoce lógicamente que ha estado carente muchos años de órganos jurisdiccionales en este campo, amén de que en definitiva sea una jurisdicción con poca historia (pp. 16, 79 y 109). Por ello y por otras razones, pienso que quizá sea más fecundo e ilustrativo confrontar los preceptos de la LOTC no tanto con nuestra experiencia republicana, que es en definitiva la historia de un fracaso, como con experiencias análogas más alentadoras del Derecho comparado. Ambito incluso del que todavía no se decanta, a pesar de estimables esfuerzos como los de Cappelletti o Fix Zamudio, entre otros, una aceptable teoría general de la defensa constitucional y de los sistemas de control de constitucionalidad.

Dentro del subjetivo campo de las posiciones y argumentos de *lege ferenda*, comparto la acertada alusión a favor del principio de publicidad (problema que en el fondo delata la compatibilidad de una determinada concepción de la democracia con un órgano de garantía jurisdiccional de la Constitución), pero no entiendo bien, en materia de nombramiento de magistrados, la «razonable prevalencia del poder legislativo dado su carácter de poder primario» (p. 70). ¿Acaso no parece más razonable que la instancia controladora se distancie lo máximo posible del órgano controlado, Confirmen esta exigencia fundamental de la máxima distancia, de una parte, algunos ejemplos de jurisdicciones constitucionales puramente semánticas donde, sin embargo, los miembros de sus órganos son elegidos todos ellos por la Asamblea legislativa (art. 94, 3, de la Ley constitucional checoslovaca de 27 de octubre de 1968), y de otra, autorizadas opiniones que previenen sobre la contradicción entre el Tribunal Constitucional y ciertas versiones del parlamentarismo que exageran o deforman la función, irrenunciable sin embargo, del partido político. Así escribe La Pégola: «Non a caso, ne a torto, lo stesso Kelsen avverte l'ingerenza dei partiti nella nomina e nella condotta dei giudici come il "punctum dolens" della intera concezione dell'organo, al quale egli intende evidentemente riconoscere la netta fisionomia di un imparziale organo giudicante» (prólogo de *La giustizia costituzionale*, de Hans Kelsen, Milán, 1981, p. X).

Siguiendo con este tema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder legislativo, pienso que la solución a hipotéticos conflictos no podría darse en último término, desde una dimensión puramente jurídica (Almagro habla de una especie de interdicto constitucional), sino desde una dimensión política. Por ello la mejor doctrina apunta que la garantía está

en el *fair play* de las Asambleas legislativas como un deber de *correttezza* constitucional. La reacción del Parlamento francés en estos días (enero de 1982) frente al Consejo Constitucional, aludiendo incluso al posible uso de la reforma constitucional, es sin duda un buen ejemplo de lo que decimos.

En otro orden de cosas, me parece discutible la tesis según la cual «de todos los vicios de inconstitucionalidad, sea cual sea el rango de la norma o la naturaleza del acto, debe conocer el Tribunal Constitucional» (p. 111). Sin entrar a fondo en los argumentos contrarios a tan capital posición, sólo quisiera recordar que ya a comienzos de los años veinte, Kelsen (cuyas reiteradas citas en este campo nunca pueden resultar ociosas) escribía que «entre la jurisdicción constitucional y la administrativa existe una fundamental diferencia teórico-jurídica, que justifica la distinción técnico-jurídica de las dos funciones, y es la diferencia entre la constitucionalidad y la mera legitimidad de los actos jurídicos... jurisdicción constitucional es ante todo control de constitucionalidad de las leyes... el límite teórico-jurídico entre jurisdicción constitucional y jurisdicción administrativa resulta pues de la distinción entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta» (confróntese *op. cit.*, pp. 17, 18 y 19). De la labilidad y relatividad de este último criterio diferencial es sin embargo bien consciente el ilustre jurista vienés, que propuso incluso, pocos años más tarde, la extensión del ámbito de la jurisdicción constitucional al control de constitucionalidad de los simples reglamentos complementarios; atendiendo —según él— al criterio de la frontera natural entre actos jurídicos generales y actos jurídicos individuales. En esta delicada materia, dirá Kelsen, es necesario —guardándose de todo prejuicio doctrinal— combinar estos dos criterios según las necesidades de la Constitución considerada. Y en este sentido pienso que nuestra Constitución ha optado por una solución que se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 106, 1 («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa...»), 153, a) y c) (relativo al control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas), y 161, 1, a) (recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley), de nuestra norma fundamental. Solución que en vía de principio es compatible con los supuestos particulares del artículo 161, 2, de la Constitución y de los artículos 61, 62 y 63 de la LOTC. El criterio de la máxima justicialidad constitucional encuentra así unos concretos límites en el Derecho positivo. Por otra parte, no parece de recibo un entendimiento tan flexible y relativo del concepto de fuerza de ley, que acabe despotenciando el principio de legalidad administrativa. En nuestro sistema de fuentes sigue teniendo sentido y relevancia la categoría de fuerza de ley, en cuanto concepto-clave —como diría Quadri—, para la determinación de la relación ley-reglamento. Lo que no impide, evidentemente, que para la determinación constitucional de algunos reglamentos pueda jugar el principio de competencia, como ocurre con frecuencia en el caso

de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o el principio de autonormatividad para el caso de los reglamentos de las Asambleas legislativas, o atendiendo a otros principios constitucionales se excluya del régimen general de fiscalización la potestad reglamentaria de algunos órganos constitucionales.

Por último quisiera reiterar que una perspectiva interdisciplinar y comparatista de la Justicia Constitucional, enriquecería sin duda temas concretos tales como la doctrina general de la tutela privilegiada de los derechos fundamentales o el análisis de los conflictos interorgánicos. A este respecto he de decir que si bien es cierto que Crisafulli afirma el carácter lagunoso de las disposiciones en vigor y la ausencia de una experiencia fáctica, mínimamente consistente en materia de conflictos entre poderes del Estado (cfr. Almagro, p. 280), afirma también —lo que se le escapa al autor— la larga y nutrida experiencia jurisprudencial italiana en materia de conflictos entre Estado y regiones. Efectivamente, basta asomarse al repertorio de sentencias de la Corte Costituzionale para comprobar el papel determinante que han adquirido las mismas en la reconstrucción del ámbito de extensión y contenido del conflicto constitucional de competencias.

Al margen ya de estos dos libros, yo no sé exactamente si la época de la *constitutional justice* representa —como ha dicho Cappelletti con cierta proclividad idealista—, la síntesis dialéctica y superadora de las etapas de *natural justice* y *legal justice*; y tampoco sé, como ha escrito García de Enterría, si el tema del Tribunal Constitucional es aquel en que nuestra Constitución se juega literalmente sus posibilidades y su futuro. Lo que sí me parece más evidente y comprobable es que la jurisdicción constitucional española va a representar, aparte de su impulso revitalizador del Derecho constitucional, un importante factor de garantía y coherencia de todo ordenamiento jurídico en general y de la Constitución en particular. Desde esta perspectiva y para esta tarea, bien venidos sean estos dos primeros comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.