

EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA EUROPA CONTEMPORANEA

Franck Moderne

Catedrático de la Universidad de París I
(Sorbona)

Para hablar correctamente del control previo —a priori— de constitucionalidad no es inútil hacer algunas consideraciones igualmente previas. Habrá que presentar después los rasgos característicos del funcionamiento de los diferentes sistemas europeos que han adoptado este tipo de control. Y concluiremos por una valoración global de la validez y de la eficacia de dicho control.

I. CONSIDERACIONES... PREVIAS

El control previo de constitucionalidad (el llamado control a priori, o *ex ante* o preventivo) es una técnica de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas (esencialmente de las leyes y de los tratados internacionales, pero también de otros actos eventualmente sometidos al juez constitucional) que tiene algunas aplicaciones relevantes en la Europa de hoy (Francia, Portugal, varios países de Europa oriental) y otras de menor importancia (España, Italia, Austria).

Los denominados recursos previos de inconstitucionalidad se producen en el curso de procedimiento de elaboración de las normas, por ejemplo antes de la promulgación de las leyes aprobadas, antes de la ratificación de los tratados (más ampliamente de los acuerdos o convenios internacionales) ya firmados o antes de la entrada en vigor de los reglamentos parlamentarios adoptados, según el caso.

Es clásica y relevante la distinción entre el control constitucional a priori y el control constitucional a posteriori o represivo o *ex post*.

Antes de presentar los sistemas de control previo de constitucionalidad en Europa, se debe plantear el problema más general del control de constitucionalidad en estos países.

Se trata en efecto de un control concentrado y no de un control difuso de tipo americano (*judicial review*).

Es evidente que de la configuración de un sistema de control difuso en el cual se atribuye al organismo judicial ordinario la salvaguardia de la Constitución (generalmente

"dentro de una controversia concreta y predominando los efectos particulares de la decisión de inconstitucionalidad")¹ puede deducirse que el control se realiza exclusivamente sobre normas que han adquirido un carácter definitivo y nunca sobre normas incompletas, porque la actividad ordinaria de los jueces y tribunales no tiene sentido fuera de las normas en vigor, nacionales o internacionales². Así en los Estados Unidos se desconoce todo control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.

Cierto es que se podría concebir en dichos sistemas tal o tal forma de control previo de las normas, pero no sería un control de constitucionalidad en sentido estricto sino un dictamen consultivo más o menos vinculante.

El sistema de control concentrado ha sido adoptado, como es sabido, por la gran mayoría de los Estados europeos. Un órgano único, cuyo nombre es variable (Corte constitucional, Tribunal constitucional, Consejo constitucional) tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las normas y particularmente de las leyes y de los tratados internacionales. Tal es la situación actual de Alemania, Italia, España, Francia, Portugal, Austria, Polonia, Hungría, Bulgaria, Bélgica, Suiza, etc.³

En estas democracias, el principal objetivo de la actividad de los tribunales constitucionales, por lo que se refiere al control abstracto, lo constituye el recurso de inconstitucionalidad que se interpone a posteriori, es decir,

¹ H. FIX-ZAMUDIO, *Veinticinco años de la evolución de la justicia constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1965, p. 17.

² A. J. GÓMEZ MONTORO, "El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas", R.E.D.C., 1988, pp. 121 y ss.

³ Véase L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, París, P.U.F., 1986.

contra normas que, por haber terminado su proceso de elaboración, son ya perfectas.

Pero se puede admitir, dentro del propio control a posteriori, otras opciones, por ejemplo la de un control concreto, sin perjuicio de la coexistencia de ambos sistemas.

Por eso debemos aludir al problema de la naturaleza jurídica del control preventivo, comparándolo con el control a posteriori.

Se ha dicho a veces que este tipo de control no merece la calificación de "jurisdiccional", que se trata de un control político exclusivamente, tanto por el objeto de dicho control (porque está previsto para actuar sobre textos que aún no han entrado a formar parte del derecho positivo propiamente dicho) como por los efectos del mismo (no reparar el orden jurídico infringido, sino evitar la infracción); de aquí que, por un lado, sea la suspensión del procedimiento legislativo un efecto de la presentación misma del recurso y, por otro, que el efecto de este control (es decir, de la resolución del juez) sea o bien permitir la culminación del procedimiento legislativo, o bien expulsar de la norma referida determinados preceptos, incluso la totalidad de la norma, y hacer que la ley futura o el tratado internacional no las contenga o sea descartado *in globo*.

Desde un punto de vista jurídico, algunos autores han estimado que el control previo contiene elementos que parecen propios de la actividad consultiva, en la medida en que el objeto de ésta es también algo que no ha entrado aún en el mundo del derecho⁴. El juez constitucional, al conocer de la posible contradicción entre las estipulaciones de un tratado, o los preceptos de una ley votada pero no promulgada, y la Constitución, no realizaría una actividad auténticamente jurisdiccional o procesal. De modo que el acto en el que se concreta la actuación del juez constitucional sería un dictamen, un informe, una opinión, no una decisión⁵.

Agregan los mismos autores que el efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad es la anulación y que, en el control previo, ésta no se produce porque, o bien se considera que la ley aprobada o el tratado internacional firmado es inconstitucional y entonces se suspende la tramitación (la promulgación de la ley o la ratificación del tratado por el órgano

competente) o bien se declara su conformidad con la Carta fundamental y se siguen los trámites previstos.

Por eso, el Tribunal Constitucional actuaría como un cuasi legislador no sólo negativo, como en la clásica función de control a posteriori de la constitucionalidad, sino positivo, puesto que, para que una ley o un tratado llegue a ser tal y desarrolle sus efectos jurídicos auténticos, el pronunciamiento del juez constitucional en favor de su constitucionalidad sería necesario, junto a la actuación del Parlamento y del Poder Ejecutivo.

Eso dicho, nos inclinamos por último por considerar que el control previo de constitucionalidad es un control jurídico más próximo al control jurisdiccional que a las otras funciones (consultiva, legislativa, etc.) de los poderes públicos.

No estamos ante un mero control político, aunque, por supuesto, se presta a ser utilizado para resolver cuestiones de carácter político. No se debe olvidar que se articula conforme a criterios y procedimientos jurídicos, que se trata de cuestiones de derecho, comparando una ley (ya votada) o un convenio internacional (ya firmado) con una norma de referencia (la Constitución, o más ampliamente en ciertos países, el "bloqueo de constitucionalidad"). Eso es una tarea jurídica y no política. De cualquier forma se podría decir a propósito de las Cortes Supremas (en los sistemas de control difuso) que son órganos políticos por su nombramiento o por el mero hecho que juegan un papel de "legislador negativo", como lo afirmaba H. Kelsen.

Hay que subrayar en este sentido que la decisión de un Tribunal Constitucional, en el marco del control previo de constitucionalidad, es vinculante⁶, no siendo por tanto la resolución una mera información, como es lo propio de la función consultiva.

No se puede afirmar tampoco que el juez constitucional, cuando verifica previamente la constitucionalidad de una ley votada o de un tratado firmado, juega el papel del legislador. No fija al legislador los términos de la ley o del tratado para que sea constitucional, no interviene en el contenido de la futura ley o del futuro tratado⁷. Se puede sostener, meramente, que el control de constitucionalidad de la

⁴ MAURO CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 5 y ss.

⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1978, pp. 269 y ss.

⁶ Id.

⁷ Esta preocupación es constante en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés: véase su decisión Nº 74-54 DC de 15 de enero de 1975 (*Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 6ième éd., 1991, p. 286, obs.

norma ha sido adelantado al momento inmediato anterior a su promulgación o a su ratificación. El control previo es de la misma naturaleza y de la misma calidad que las de un control a posteriori, con la sola diferencia de que se puede bloquear así la entrada en vigor de una norma.

La gran mayoría de los autores franceses admiten hoy la naturaleza jurisdiccional del control previo de constitucionalidad; no se discute más el papel de juez desempeñado por el Consejo Constitucional⁸.

De todas formas nos parece difícil afirmar, en los supuestos de acumulación en un mismo sistema del control previo y del control a posteriori de las normas (lo que es frecuente en el derecho comparado)⁹, que el control previo no es jurisdiccional y que el control posterior sí lo es, cuando se trata de las mismas normas.

Después de estas consideraciones generales, cabe presentar los sistemas europeos actuales de control previo de constitucionalidad.

II. PRESENTACION DE LOS SISTEMAS EUROPEOS DE CONTROL PREVIO

Varios son los sistemas europeos que han adoptado, por lo menos en una cierta medida, el denominado control previo de constitucionalidad.

L. Favoreu y L. Philip: "El artículo 61 de la Constitución, artículo que fundamenta al control previo de constitucionalidad de las leyes ordinarias, no otorga al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntico al del Parlamento"; v. también la decisión de 8 de agosto de 1985 (ibíd., p. 636): "El objeto de este control no es de frenar o retrasar el ejercicio del poder legislativo sino de verificar su conformidad con la Constitución".

⁸ Véase, entre otros, F. LUCHAIRE, "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction?", R.D.P., 1979, pp. 27 et s.; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Grandes décisions...*, op. cit., pp. 636 y ss.; F. MODERNE, "Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil Constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État", in *Conseil Constitutionnel et Conseil d'État*, L.G.D.J., Paris, 1988, pp. 313 y ss.

⁹ V. la obra colectiva, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Colonia (Alemania), 1962.

Se puede establecer una gradación, una jerarquía entre estos sistemas, partiendo del caso "puro" (el control a priori como único tipo de control), pasando por los sistemas mixtos para terminar con los sistemas en los cuales el control previo de constitucionalidad desempeña un papel reducido¹⁰.

A) *Los sistemas de control preventivo exclusivo: el caso francés*

Es el caso francés, sin lugar a dudas, el sistema en el que el control previo adquiere mayor importancia. Merece por ello un análisis más profundo que servirá de apoyo para entender las particularidades de la regulación de los efectos de esta forma de control.

La pureza del modelo francés es más bien la excepción en el derecho comparado, donde abundan los supuestos de acumulación de los controles preventivo y posterior.

La Constitución francesa vigente, de 4 de octubre de 1958, ha sido recientemente modificada para tomar en cuenta la ratificación del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea; ella atribuye al Consejo Constitucional el control previo de la constitucionalidad de las leyes ordinarias y orgánicas, de los reglamentos parlamentarios y de los tratados o acuerdos internacionales¹¹.

Se ve claramente a partir de esta enumeración que el Consejo Constitucional francés no regula o controla toda la actividad normativa de los poderes públicos, sino solamente aquella que tiene por objeto la producción de los actos fundamentales o inmediatos a la Constitución.

Quedan excluidas de este control las normas jurídicas de valor reglamentario, que tradicionalmente han quedado sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa encabezada por otra famosa institución, el Consejo de Estado¹².

¹⁰ A. J. GÓMEZ MONTORO, "El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas", R.E.D.C., 1988, pp. 121 y ss.

¹¹ No parece útil dar una bibliografía completa sobre el tema de la jurisdicción constitucional. Véase para todos L. FAVOREU y L. PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, P.U.F., 5ème éd., 1992; F. LUCHAIRE, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, 1980; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2ème éd., 1992, Montchrestein, Paris; B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, S.T.H., Paris, 1988.

¹² Se puede observar que el juez administrativo está facultado para enjuiciar la legali-

En todos estos casos, el control tiene carácter previo, efectuándose exclusivamente antes de la entrada en vigor de las normas recurridas. Ello hace aparecer que el Consejo Constitucional francés ejerce una función de regulación de la actividad esencial de los poderes públicos¹³.

Este control preventivo se ejerce de manera distinta según se trate de un control preceptivo o de un control facultativo.

No vamos a insistir sobre el control preceptivo: la Constitución se refiere a los reglamentos parlamentarios (es decir, los reglamentos de las dos Asambleas electas que, en Francia, forman el Parlamento, la Asamblea Nacional y el Senado)¹⁴, y a las leyes orgánicas (leyes de regulación de las instituciones fundamentales del Estado, con un procedimiento de elaboración y aprobación diferente y reforzado en relación con el de las leyes ordinarias)¹⁵.

Más significativo es el control facultativo de las leyes ordinarias y de los tratados internacionales.

El control previo de la constitucionalidad de las leyes ordinarias ha venido a ser con mucho la función más importante y de mayor relevancia de todas cuantas realiza el Consejo Constitucional en la actualidad. Ello ha permitido al Consejo Constitucional elaborar una jurisprudencia que ha ido, por un lado, asentando y reforzando progresivamente las bases constitucionales del derecho positivo y, por otro lado, convirtiendo el Consejo Constitucional en una instancia defensora de los derechos fundamentales al más alto nivel, puesto que se ha encargado de sancionar las eventuales violaciones de dichos derechos realizadas por el propio legislador (lo que no correspondía en absoluto a la tradición jurídico-política francesa que, desde la Revolución de 1789, había prácticamente excluido la ley, como expresión de la voluntad general, de cualquier tipo de fiscalización de naturaleza jurisdiccional).

dad de los actos administrativos, así como su constitucionalidad.

¹³ Hay que precisar que el Consejo Constitucional francés desempeña otras atribuciones donde no actúa controlando proyectos de normas sino resoluciones o actos jurídicos no normativos o se limita a declarar la existencia de presupuestos de hecho que tienen relevancia jurídica; por ejemplo, el Consejo Constitucional es encargado del control de las elecciones políticas o de los referendos.

¹⁴ Art. 61, al. 1, de la Constitución de 1958.

¹⁵ Art. 61, al. 1, de la Constitución de 1958.

Para el ejercicio de sus nuevas funciones, el Consejo Constitucional ha utilizado como normas de referencia no sólo la Constitución propiamente dicha sino también otros elementos del "bloque de constitucionalidad": la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y de 1958 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (es decir, desde la Primera República a finales del siglo XVIII, etc.).

Este control previo de constitucionalidad no es preceptivo como ya lo hemos subrayado. Depende, pues, su iniciación de la presentación del correspondiente recurso por parte de alguno de los órganos legitimados para hacerlo, órganos que, desde la reforma de 1974, son el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, y sesenta diputados o sesenta senadores. El mero hecho de que la ley pueda ser remitida al Consejo Constitucional a instancia de una minoría de parlamentarios le ha permitido examinar casi todas las leyes importantes aprobadas por el Parlamento y particularmente las que afectan a los derechos o a la vida cotidiana de los ciudadanos.

Por lo que se refiere a los tratados internacionales, el artículo 54 de la Constitución francesa de 1958 (modificado en 1992) dice que el control de la constitucionalidad de los compromisos internacionales (lo que engloba a todos los tratados, acuerdos y convenios sometidos a ratificación o aprobación) se efectúa ante la ratificación o aprobación a instancia de las mismas autoridades o del mismo número de representantes electos de la nación. En caso de resultar el compromiso internacional contrario a la Constitución, la ratificación o aprobación sólo podrán tener lugar mediante previa reforma de aquélla.

De cualquier forma, además de esta vía particular, los compromisos internacionales pueden ser sometidos al Consejo Constitucional a través del procedimiento normal del artículo 61-2 de la Constitución, es decir, a través de la ley de ratificación (exigida en Francia para los tratados más importantes).

Se ve claramente que, en el marco de la teoría del monismo, que es la teoría oficial (en materia de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno), lo que implica que los tratados o acuerdos internacionales integrados en el ordenamiento jurídico interno tienen un valor y un rango superiores a los de la ley, el Consejo Constitucional puede declarar la incompatibilidad de la Constitución y del tratado o acuerdo cuestionado. En este caso, la Constitución debe ser revisada; de lo contrario, el compromiso internacional no será ratificado o aprobado.

La jurisprudencia del Consejo Constitucional francés recientemente comprobó el funcionamiento del sistema del artículo 54 de la Constitución al declarar algunas de las cláusulas del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea contrarias a la Constitución de la Quinta República, concretamente las estipulaciones relativas al derecho de voto en las elecciones locales o a la formación de una moneda única¹⁶. El proceso de revisión constitucional ha sido inmediatamente puesto en marcha y la revisión tuvo lugar en junio de 1992¹⁷. La ratificación del Tratado fue sometida el 21 de septiembre de 1992 al referéndum popular.

Como se puede observar, el Consejo Constitucional no ha mostrado ninguna tendencia a inhibirse del examen de las cuestiones de derecho internacional o, lo que es más, ha llegado a interpretar sus atribuciones al respecto de manera extensiva¹⁸.

B) Los sistemas mixtos

La denominación de "sistema mixto" se justifica para calificar a estos sistemas que adoptan tanto el control previo como el control posterior de constitucionalidad, de manera más o menos equilibrada.

Se destacan entre estos sistemas los de Portugal y de varios países de la Europa oriental ex comunistas.

1. En Portugal, el control preventivo se introdujo por la Constitución de 2 de abril de 1976. En la reforma de la Constitución aprobada en 1982 se pretendió atenuar el carácter político de la Comisión Constitucional inicialmente creada. El nuevo Tribunal Constitucional tiene competencia para ejercer el control preventivo de cualquier ley ordinaria aprobada

por la Asamblea de la República, cuando fuera requerido por el Presidente de la República (o bien, en caso de decretos legislativos regionales, cuando lo solicitaran los ministros de la República). Si el Tribunal se pronuncia por la inconstitucionalidad, el texto debe ser vetado por el Presidente de la República (o por los ministros de la República según el caso).

Sin embargo, si la Asamblea de la República se pronuncia en favor del texto cuestionado por mayoría calificada de dos tercios de los diputados presentes, el Presidente de la República tiene la posibilidad (no la obligación) de promulgarla. En este caso, la ley puede ser recurrida a posteriori ante el Tribunal Constitucional¹⁹.

Una nueva reforma constitucional, en 1989²⁰, introdujo algunas modificaciones en el control a priori: esta forma de control fue extendida a los referendos y a las leyes orgánicas, siendo estas últimas una creación del mismo texto constitucional (se trata de las leyes más importantes y más próximas a la propia Constitución)²¹. Las leyes orgánicas (aprobadas según un proceso particular) pueden ser sometidas al Tribunal Constitucional no sólo por el Presidente de la República sino también por el Primer Ministro y la quinta parte de los diputados de la Asamblea de la República, antes de la promulgación de la ley recurrida. La Constitución establece un plazo de 25 días para resolver tal recurso²².

En pocas palabras, el control previo de constitucionalidad ha sido extendido a nuevas normas de particular importancia.

Sin embargo, el recurso previo se articula en Portugal junto con las clásicas formas de control de constitucionalidad a posteriori: la Constitución portuguesa ha previsto tanto el control posterior concreto (art. 280) como el control abstracto (art. 281) o el control de inconstitucionalidad por omisión (art. 283).

De todos modos eran pocos los recursos a priori antes de la reforma constitucional de 1989²³. La situación política actual del Portugal (con un Presidente socialista y una mayo-

¹⁶ Decisión Nº 92-308 de 9 de abril de 1992, J.O. 11 de abril, p. 5354; R.F.D.C. 1992, Nº 10, p. 334, obs. L FAVOREU; R.F.D.A., 1992, p. 373, obs. B. GENEVOIS; J.C.P., 1992.II.21853, obs. NGUYEN VAN TUONG; Rev. aff. eur. 1992, Nº 3, obs. J. RIDEAU; Europe, mayo 1992, p. 1, obs. D. SIMON; Les Petites Affiches 26 juin 1992, obs. B. MATHIEU ET M. VERPEAUX; Rev. trim. dr. eur. 1992, p. 251, obs. J.P. JACQUÉ; R.D.P. 1992, p. 589, obs. F. LUCHAIRE; Rev. adm. 1992, p. 126, obs. R. ETIEN; ibid., p. 218, obs. R. Etien.

¹⁷ Ley constitucional Nº 92-54 de 25 de junio de 1992, J.O. 26 de junio, p. 8406.

¹⁸ V. la decisión Nº 92-312 DC de 2 de septiembre de 1992, a propósito del mismo Tratado de Maastricht, a instancia de 60 senadores (J.O. 3 de septiembre, p. 12095).

¹⁹ Véase (en francés), P. BON y otros, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Economica 1989, pp. 107 y ss.

²⁰ J. MIRANDA, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, pp. 613 y ss.

²¹ Arts. 167 y 169 de la Constitución (v. J. MIRANDA, *Funções, órgãos e atos de Estado*, Lisboa 1990, pp. 222 y ss.).

²² Alrededor de 30.

²³ Id. nota 21.

ría de derecha) podría favorecer esta forma de control.

2. En varios países ex comunistas de la Europa oriental, el sistema mixto de control a priori/control a posteriori ha sido adoptado con varios matices. No se puede insistir en estas situaciones, ya que el control de constitucionalidad es demasiado reciente y sus resultados poco conocidos. Además, algunas constituciones (las de Rusia o de Checoslovaquia) están sometidas a un proceso de revisión.

Por lo que se refiere a Polonia²⁴, un Tribunal Constitucional ha sido creado en 1982²⁵; el control de constitucionalidad es normalmente un control *ex post*. Pero la revisión constitucional ha previsto la posibilidad para el Presidente de la República de remitir al Tribunal Constitucional las leyes ya aprobadas antes de su promulgación²⁶. Habrá que precisar el alcance de esta reforma²⁷.

Existe también un control *ex ante* en la Constitución de la República de Rumania²⁸ para las leyes ordinarias y los reglamentos parlamentarios; en la Constitución de la República de Bulgaria²⁹ para las leyes ordinarias o los tratados internacionales; o en la Constitución de Hungría, revisada en 1989³⁰, para las leyes aprobadas (a instancia del Presidente de la República), las propuestas de ley (a instancia de la Asamblea, de su Comisión perma-

nente o de 50 diputados), los reglamentos parlamentarios (a instancia de la Asamblea) o los tratados internacionales (a instancia del Presidente de la República o del Consejo de ministros).

C) Los sistemas de control previo excepcional

En esta categoría residual se sitúan algunos sistemas europeos que no han rechazado completamente la fórmula del control previo, pero lo consideran como una excepción a la técnica generalizada del control posterior. Tal es el caso de España, de Italia y de Austria.

1. En España, la evolución es característica, ya que el control previo de constitucionalidad de las leyes, inicialmente previsto, ha sido suprimido en 1985 y se mantiene sólo para los tratados internacionales.

Cierto es que la Constitución española de 28 de diciembre de 1978 no mencionaba directa o indirectamente el control previo de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la Ley Orgánica, de 3 de octubre de 1979, del Tribunal Constitucional (L.O.T.C.) había introducido un título VI con la rúbrica siguiente: "Del control previo de constitucionalidad", distribuido entre dos capítulos que tenían como materia, respectivamente, el primero "Declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales", y el segundo, "Del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de autonomía y de leyes orgánicas"³¹.

Pero, en la práctica y por diferentes razones, este sistema planteó varios y complejos problemas, esencialmente en materia de leyes orgánicas. La excepción que dicho sistema constituía respecto del principio general recogido en la Constitución de control a posteriori

²⁴ N. GAJL, "Les caractéristiques de l'activité du Tribunal constitutionnel de Pologne", Les Petites Affiches, 12 de febrero de 1990, pp. 14 y ss.

²⁵ Constitución de la República Popular de Polonia, de marzo de 1982, modificada por la ley de abril de 1989 (J.O., 1989, pp. 101 y ss.).

²⁶ Art. 27, al. 4, de la Constitución; N. GAJL, *op. cit.*, p. 15; L. GARLICKI, V. "Pologne", A.I.J.C., 1989, pp. 595 y ss.

²⁷ L. GARLICKI, *op. cit.*, p. 596; este autor indica (A.I.J.C., 1990, pp. 827 y ss.) que tal control fue ejercido una vez en 1990; en 1991, la ley de expropiación de los bienes del ex Partido Comunista fue deferida al Tribunal Constitucional por el Presidente Jaruzelski, pero el proceso fue bloqueado por el nuevo Presidente L. Walesa.

²⁸ Constitución de 8 de diciembre de 1991, art. 144.

²⁹ Constitución de 12 de julio de 1991, art. 149.

³⁰ Ley XXXII de 1989 de la Corte Constitucional (Magyar Küstöny de 30 de octubre de 1989; v. G. HALMAI, "Hongrie", A.I.J.C., 1990, pp. 745 y ss.).

³¹ V. J. PÉREZ ROYO, "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas", R.E.D.C., 1986, pp. 137 y ss.; M. ALBA NAVARRO, "El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de leyes orgánicas". Rev. Der. pol. 1982-1983, Nº 16, pp. 167 y ss.; F. SANTOOLALLA LÓPEZ, "Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad", *ibíd.*, 1983, Nº 18-19, pp. 179 y ss.; P. CRUZ VILLALÓN, "El control previo de constitucionalidad", *ibíd.*, 1981, Nº 82, pp. 12 y ss.; A. J. GÓMEZ MONTORO, "El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas", R.E.D.C., 1988, Nº 22, pp. 121 y ss.; M. MONTORO PUERTO, *Jurisprudencia constitucional y procesos constitucionales*, Colex, 1991, pp. 292 y ss.

explica la ausencia de una regulación global de esta institución. La intervención del Tribunal Constitucional en el control de las leyes orgánicas más polémicas³² ha sido considerada como una injerencia en el procedimiento legislativo, incluso como una posible obstrucción de hecho sin que el recurso previo tenga la ventaja de acabar definitivamente con los problemas, ya que existe la posibilidad de acudir después a la vía ordinaria del control a posteriori³³.

Por eso, la Ley Orgánica de 7 de junio de 1985 derogó el artículo 79 de la L.O.T.C. y sustituyó la rúbrica del Título VI por la siguiente: "De la declaración sobre la inconstitucionalidad de los tratados internacionales".

Este último tipo de control previo es, pues, el único que existe en España, conforme al artículo 95 de la Constitución española. Una ilustración reciente de tal mecanismo puede ser encontrada en la declaración de 1 de julio de 1992, a propósito del Tratado de Maastricht.

El artículo 95-1 de la Constitución establece que "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional"; y el artículo 95-2 añade: "El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir el Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esta contradicción".

No vamos a pormenorizar el estudio del control previo de los tratados internacionales en España. Es evidente que el antecedente más extrapolable a España de este sistema es el artículo 54 de la Constitución francesa³⁴, del que ya hemos hablado.

2. En Italia y en Austria el control previo de constitucionalidad se encuentra establecido, pero su importancia es mínima.

En Italia existe la posibilidad de un control previo de las leyes regionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución de 1947, precepto desarrollado por la ley de 11 de marzo de 1953 sobre el funcionamiento de la Corte Constitucional: las leyes elabora-

das por los Consejos regionales deben ser enviadas al Comisario del Gobierno que tiene que dar el visto bueno en 30 días, salvo que el Consejo de ministros decida reenviar el texto al legislador regional. Después de la discusión de los motivos del envío en el Consejo regional, el Consejo puede rechazar tales motivos por mayoría absoluta; entonces, el Gobierno puede, en el plazo de 15 días, impugnar el texto ante la Corte Constitucional en proceso de vía directa y con carácter previo. De la resolución del Tribunal dependerá que la ley pueda o no promulgarse³⁵.

En Austria, la Corte Constitucional está facultada por el artículo 138, al. 2, de la Constitución para delimitar las competencias respectivas de la Federación y de los *Laender* y dar una interpretación de la Constitución al respecto. A instancia del Gobierno federal o del Gobierno de un *Land*, la Corte precisa cuál es el titular de la competencia discutida³⁶.

Su papel se limita a esta declaración, no siendo legitimada la Corte para controlar a priori las otras inconstitucionalidades eventuales del proyecto recurrido.

Se puede decir, por lo que se refiere a Italia y a Austria, que el control previo de constitucionalidad se explica más por la naturaleza del Estado federal o regional que por el sistema de justicia constitucional. De todos modos, esta forma de control parece poco utilizada en ambos países³⁷.

III. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cuáles son los inconvenientes, cuáles son las ventajas del control previo de constitucionalidad de las leyes o de los tratados internacionales?

Los inconvenientes no pueden ser ocultos; siendo la finalidad del control previo evitar la aplicación de normas inconstitucionales (normas internas o normas internacionales), el riesgo es la interrupción de un proceso de

³² Ley de elecciones locales; ley orgánica de amonización del proceso autonómico; ley de despenalización del aborto; ley sindical; ley orgánica reguladora del derecho de la educación.

³³ Véase J. PÉREZ ROYO, *op. cit.*, *eod. loc.*; A. J. GÓMEZ MONTORO, *op. cit.*, *eod. loc.*

³⁴ Véase M. MONTORO PUERTO, *op. cit.*, pp. 307 y ss.; J. L. REQUEJO PAGES, "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", R.E.D.C., 1992, pp. 41 y ss. (Nº 34).

³⁵ Véase G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2ª ed., Bolonia, 1988, pp. 171 y ss.

³⁶ S. PEYROU, *La Cour Constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois en Autriche*, thèse Pau, 1991, pp. 135 y ss.; J.C. ESCARRAS, *La justice constitutionnelle en Italie*, Cah. C.D.P.C., Toulon, 1987, Vol. I, pp. 27 y ss.

³⁷ S. PEYROU, *op. cit.*, *eod. loc.*; J.C. ESCARRAS, *op. cit.*, *eod. loc.* V. la ley austríaca de 1953 relativa a la Corte Constitucional, *Verfassungsgerichtshofgesetz*, §. 53 y ss.

aprobación y entrada en vigor de normas democráticamente elaboradas por un órgano de justicia constitucional que no procede de la elección. En pocas palabras: el gobierno de los jueces. En la medida en que el juez constitucional retrasa (voluntariamente o no) su decisión, ello puede suponer maniobras dilatorias por parte de la oposición mediante la impugnación previa de la ley contestada. El juez constitucional se ve así obligado a desempeñar un papel que no corresponde a su naturaleza.

Se puede añadir que el control previo de constitucionalidad no constituye una garantía total de que las normas vigentes no resulten contrarias a la Constitución. La exclusividad de este tipo de control no impide la entrada en vigor de leyes inconstitucionales o de tratados inconstitucionales: se debe recordar que el control no es automático y que el juez, por razones diversas, puede no detectar una inconstitucionalidad residual de la norma recurrida.

Frente a estos inconvenientes, las ventajas del recurso previo son evidentes. El control a priori, al adelantar la verificación de la constitucionalidad de la ley o del tratado internacional al momento anterior a su promulgación o a su ratificación, permite evitar los efectos traumáticos de la anulación de una norma inconstitucional aplicada durante un período más o menos largo, período en que su aplicación podría dar lugar a perjuicios quizás de imposible reparación (tratándose por ejemplo de derechos fundamentales o de obligaciones internacionales). En el caso de los tratados internacionales, la mayoría de los autores están de acuerdo en reconocer las ventajas que supone el control previo ya que, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (de 23 de mayo de 1969), "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" sin que quepa que una de las partes invoque "las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".

Otra ventaja que no puede ser minusvalorada: la rapidez de la intervención del juez constitucional para controlar la constitucionalidad de las normas a él sometidas. En la mayoría de los sistemas que han adoptado este procedimiento, los plazos para la resolución de los recursos son relativamente breves.

Se puede añadir que el recurso previo se acerca más al principio de igualdad entre los ciudadanos que el control concreto a posteriori. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son necesariamente *erga omnes*.

A modo de conclusión, tres puntos merecen una breve aclaración.

- El primero es la acumulación eventual del recurso a priori y del recurso a posteriori (sea éste abstracto o concreto). No hay, en mi opinión, una incompatibilidad entre ambos modelos, pero la legitimidad esencial del control previo es precisamente evitar los efectos negativos de una declaración posterior de inconstitucionalidad. Eso significa que la combinación de los recursos debe ser cuidadosamente organizada. Por ejemplo, en la medida en que una ley no haya sido recurrida entre la jurisdicción constitucional, un control a posteriori sería perfectamente justificado. Aun cuando el control hubiere sido efectuado a priori, se puede concebir que no ha sido completo y que, en algunos puntos, un control a posteriori sería útil, etc.

- En segundo lugar, el plazo fijado al juez para controlar la constitucionalidad de una norma a título preventivo debe ser reducido. El fracaso del control a priori de las leyes orgánicas en España se explica, en una cierta medida, por la duración excesiva de las instancias, lo que ha alimentado el acoso de bloqueo de la actividad legislativa. En Francia, por ejemplo, el Consejo Constitucional dispone de un plazo de un mes para resolver los recursos y 8 días en caso de urgencia.

- Finalmente, a efectos de impedir la utilización frívola de ese control previo, la técnica más adecuada consiste en la restricción de la legitimación para acceder a esta vía de control. Eso no significa que tal legitimación sea reservada a uno o dos órganos constitucionales. Parece conveniente, por ejemplo, que una minoría parlamentaria sea legitimada para presentar el recurso previo contra una ley o contra un tratado internacional.

El control a priori no es un arma decisiva: a nadie se le oculta que ésta es, quizá como todas, un arma de doble filo. El problema de todos modos no es la calidad del arma sino la calidad de su utilización.