

SOBRE EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

(A propósito de la *Declaración* del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992)

AGUSTÍN S. DE VEGA (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS.—3. LA RESTRICTIVA LEGITIMACIÓN PARA ACTIVAR EL CONTROL PREVIO.—4. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO.—5. UNA BREVE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el llamado «poder exterior» de los Estados ha sido refractario a la técnica constitucional hasta la generalización de las instituciones democráticas. Hace algunos años, se pensaba que el problema planteado por la relación entre Derecho Internacional y Constitución era puramente teórico y académico (1). Hoy, ciertamente, no se puede mantener esa opinión. Si es cierto que la clásica tripartición de poderes ignoraba el poder exterior (2), quedando éste en los *arcanæ imperii*, también lo es que a medida que el constitucionalismo fue penetrando en la regulación del *Treaty making power*, comenzó a imponerse el principio de legitimidad constitucional (3). Por otra

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca.

(1) P. DE VISSCHER: «Les tendances internationales des Constitutions modernes», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, I, 1952, tomo 80, pág. 545.

(2) W. LEISNER: «La funzione governativa di politica estera e la separazione dei poteri», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, pág. 356.

(3) Cfr. J. L. CASCAJO CASTRO: «Notas sobre el control parlamentario de la política exterior», en M. RAMÍREZ (ed.), *El control parlamentario del Gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, págs. 352 y sigs.

parte, es igualmente cierto que el Derecho Internacional hoy no sólo es ordenamiento para la coexistencia de los Estados, sino también y principalmente para la cooperación entre los mismos; y que la madurez de la Constitución ha obligado a la diplomacia a someterse a la justicia constitucional y al principio democrático, exigiendo al estudioso descender del mundo de las decisiones políticas al del razonamiento jurídico contenido en la argumentación jurisprudencial.

En nuestra Constitución se contienen varias cláusulas relativas a lo que, desde MIRKINE-GUETZEVITCH (4), se ha llamado Derecho Constitucional Internacional. Una de ellas prevé el control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales (art. 95), que, con motivo de la ratificación por España del Tratado de Maastricht, ha sido puesto en práctica por primera vez (5). Precisamente la articulación de esta competencia de nuestro Tribunal Constitucional, que culminó en la *Declaración de 1 de julio de 1992*, plantea algunas cuestiones jurídicas sobre las que merece la pena reflexionar para contribuir al balance de este capítulo de nuestro Derecho Constitucional.

2. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS

Puede informarse que, aunque todavía hoy puede discutirse acerca de las ventajas e inconvenientes de los controles previos de la constitucionalidad, nuestro constituyente optó deci-

(4) MIRKINE GUETZEVITCH: *Derecho Constitucional Internacional*, Madrid, 1936.

(5) En virtud del Requerimiento 1236/1992 del Gobierno de la Nación. Con anterioridad, y con motivo de la Adhesión de España al Tratado del Atlántico Norte, el Grupo Socialista del Congreso presentó una «proposición no de ley» solicitando a la cámara que se efectuase el requerimiento al Tribunal para que éste se pronunciara sobre si existían o no estipulaciones contrarias a la Constitución. La proposición no logró la mayoría de la cámara y, obviamente, no fue presentado el requerimiento. Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, de 16 de septiembre de 1981, pág. 1901; y *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 191, de 27 de octubre de 1981, págs. 11295 y sigs., donde se contiene el debate correspondiente.

didamente por el control *a posteriori*, desde el momento en que confirió naturaleza jurisdiccional al conflicto entre Constitución y norma primaria del ordenamiento (6). Solamente en un caso concreto estableció una excepción al conflicto entre Constitución y norma en vigor; caso que obliga al Tribunal Constitucional a emitir su juicio con anterioridad al conflicto: el control previo de constitucionalidad de los Tratados.

La propia previsión de esta competencia en el artículo 95 de la Constitución y no en el Título IX, relativo al Tribunal Constitucional, es un indicio de su singularidad con respecto a las demás atribuciones del Tribunal. Es ésta una competencia que, como ha señalado reiterada doctrina, procede del sistema francés de justicia constitucional y resulta literalmente extraída del conocido artículo 54 de la Constitución gala, que se ha interpretado como «la manifestación de un reflejo nacionalista» (7) porque inserta el control de constitucionalidad en el procedimiento necesario para la estipulación y ratificación de los Tratados Internacionales. Sin embargo, esta apreciación no puede servir para explicar el sistema español, jurisdiccional y en el que el control previo es una excepción constitucional. Por una parte, el artículo 54 de la Constitución francesa, responde a unos presupuestos históricos, políticos e ideológicos que sustentan un Consejo Constitucional con una estructura y una técnica de control de la constitucionalidad —en la que el control previo es la regla general— que difieren sensiblemente del modelo español. Por otra parte, nuestro texto constitucional no mantiene una filosofía hermética acerca de la primacía de la Constitución como expresión de la soberanía. A la vista

(6) Sobre el control jurisdiccional del conflicto normativo, vid. las apreciaciones de H. SÖHN en: «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, Tubinga, 1976, pág. 314.

(7) QUOC DINH: «La Constitution de 1958 et le Droit International», *Revue de Droit Public*, 1959, pág. 515 y sigs. En el mismo sentido, C. BLUMANN: «L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des Traités en France», *Revue Générale de Droit International Public*, 2, 1978, pág. 566 y sigs.

está su generoso artículo 93, que prevé la posibilidad de atribuir mediante Tratado a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución; o el artículo 96. Por ello, si bien puede decirse que el artículo 95 de la Constitución tiene su origen formal en el texto constitucional francés (8), sin embargo, entronca con un sentimiento de respeto hacia el Derecho Internacional, ya presente en 1931 (9), que no olvida asegurar la primacía de la Constitución. Quizá por ello la doctrina internacionalista suele expresar una opinión, en general, positiva sobre nuestro sistema de Derecho Constitucional Internacional, al que califica como «moderado y razonable» (10). El Derecho Internacional prima sobre el Derecho interno en virtud de la fuerza de resistencia del Tratado frente a la Ley (art. 96). Pero la posición jerárquica de los Tratados no ofrece dudas en cuanto a su subordinación a la Constitución (art. 95).

Precisamente esa posición del Tratado, subordinada a la Constitución, es la base jurídica sobre la que se asienta el artículo 95.1, según el cual «la celebración de un Tratado Internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». De este modo, la supremacía de la Constitución se ve garantizada a través del procedimiento previsto en el Título X y mediante el Tribunal Constitucional, cuya misión es, a la postre, en palabras del Pro-

(8) Así lo ha mantenido la práctica totalidad de la doctrina española, y no otra puede ser la conclusión derivada de los exiguos debates constituyentes al respecto: la competencia atribuida al Tribunal Constitucional por el artículo 95 tuvo su origen en la enmienda número 779 del Grupo Centrista del Congreso y fue aprobada tanto en Comisión (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 81, de 6 de junio de 1978), como en Pleno (*D.S.C.D.*, 109, de 13 de julio de 1978). Encontró su formulación definitiva tras la enmienda número 343 del Senador L. Sánchez Agesta, al deslindarse los aspectos materiales de los procesales en dos apartados distintos.

(9) Cfr. J. RODRÍGUEZ ZAPATA: «Los Tratados Internacionales y los controles de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 30, 1981, pág. 473.

(10) J. A. PASTOR RIDRUEJO: *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1986, pág. 170.

fesor P. DE VEGA, «impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución» (11). Ciertamente es que aquella supremacía queda en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2.c, 31 y 32 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los Tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Pero con el mecanismo previsto en el artículo 95.1 CE, además de preservar la Constitución y garantizar relativamente la futura existencia pacífica del Tratado en el orden jurídico interno, se hace posible la adecuación de la realidad jurídica a la realidad política sin la perturbación que para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de un Tratado Internacional.

La doctrina y la propia *Declaración* del Tribunal Constitucional coinciden en definir la *ratio* del precepto y en justificar su presencia en el sistema. Algunos autores han advertido su valor «profiláctico» para el «diagnóstico precoz» de la inconstitucionalidad de los Tratados (12). Otros han afirmado que estamos ante un «mal menor», habida cuenta las tensiones, inseguridades y responsabilidades internacionales a que daría lugar una declaración de inconstitucionalidad *a posteriori* de un Tratado, «por rozar las posiciones dualistas» (13). Pero reiteradamente se mantiene que la comprobación de vicios de inconstitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal en el ejercicio de esta competencia, evita los efectos negativos de una sentencia de inconstitucionalidad dictada tras la entrada en vigor del Tratado; y, por

(11) P. DE VEGA: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pág. 53.

(12) A. REMIRO BROTONS: «Artículo 95. Inconstitucionalidad en Tratado Internacional», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, VII, Madrid, 1985, pág. 556.

(13) P. CRUZ VILLALÓN: «El control previo de constitucionalidad», *Revista de Derecho Público*, 82, 1981, pág. 7.

ser respetuoso con el Derecho Internacional, concilia la primacía de éste sobre la ley frente a la adopción de convenios internacionales que comprometen a la propia Constitución.

Mas, el control previo de los Tratados delinea un mecanismo que, soslayando tal eventualidad *a limine*, sin embargo abre una fase adicional en el *iter* de gestación de la voluntad del Estado en obligarse mediante Tratados, que posee características singulares respecto del recurso de inconstitucionalidad. Mientras que el control sucesivo está, por definición, dirigido a reforzar la supremacía y rigidez constitucionales, el control previo está destinado a averiguar si la inserción de normas nuevas en el ordenamiento, que tienen su origen en un Tratado, debe seguir el procedimiento ordinario de incorporación previsto en el Capítulo III del Título III de la Constitución, o bien requiere la previa reforma de la Constitución. De esta suerte, el control preventivo se orienta a evitar la eventualidad política de las temidas consecuencias jurídicas en el plano internacional, pero cumple, a su vez, una cierta función monitoria de los órganos titulares del *Treaty making power*, capaz de indicarles «la vía correcta para incorporar un determinado Tratado al ordenamiento del Estado» (14); esto es, si su procedimiento de incorporación debe cubrir o no previamente la reforma de la Constitución.

Ello no puede llevarnos a pensar, sin embargo, que la declaración del Tribunal que pone fin al control previo «no impide tanto la entrada en vigor del Tratado en su formulación originaria, cuanto impone la revisión de las disposiciones constitucionales incompatibles con el mismo» (15). Ni tampoco que el precepto examinado tiende a armonizar todas las

(14) P. CRUZ VILLALÓN: ob. cit., pág. 13.

(15) G. ROLLA: *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pág. 294.

normas del Derecho interno con los tratados internacionales, más que a asegurar la rigidez constitucional (16).

Lo que sucede es que cuando el Tribunal Constitucional verifica la conformidad de un Tratado vigente con la Constitución lo hace defendiendo y reafirmando la supremacía y la rigidez de los preceptos constitucionales. Sin embargo, cuando el control de constitucionalidad opera según lo dispuesto en el artículo 95.1, lo que se verifica es la inserción de nuevas normas en el orden interno; lo que se comprueba es si ese tratado puede ser incorporado mediante el *iter* ordinario de prestación del consentimiento, o bien si es necesaria la previa revisión constitucional. Esto es, el juicio de contraste que efectúa el Tribunal entre la Constitución y el Tratado no finaliza en la declaración de inconstitucionalidad de este último, con la consabida prohibición de que produzca efectos en el ordenamiento, sino en la declaración de contradicción del Tratado con la Constitución y, consecuentemente, en la obligación de revisar ésta con anterioridad a la prestación del consentimiento del Estado (17), si se persiste en ello. De esta suerte, mediante el artículo 95 no se tutela solamente la integridad de la Constitución, sino también la integridad del Tratado. En el primer caso, por tratarse de la norma suprema del ordena-

(16) *Ibidem*, pág. 295.

(17) A este respecto el fallo de la Declaración del Tribunal Constitucional es elocuente: «1. Que la estipulación... es contraria al artículo 13.2 de la Constitución (...). 2. Que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse para obtenerse la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el del artículo 167». No parece, sin embargo, acertado el modo en que se expresa el fundamento jurídico 1 (párrafo 6) de la *Declaración*, cuando en él se afirma: si el contenido del Tratado «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». Quizá en la rotundidad del párrafo convendría haber aclarado que, tras la declaración, a los órganos del *Treaty making power* les quedan aún tres opciones: aprobar el Tratado, reformando previamente la Constitución; no ratificar el Tratado, y, en consecuencia, no reformar la Constitución; y oponer reservas a las estipulaciones declaradas contrarias a la Constitución, si el Tratado lo permite.

miento; en el segundo, por ser un acto jurídico plurilateral, de cuyo contenido el Estado no puede disponer unilateralmente, salvo que el propio Tratado admita la reserva de sus cláusulas. La declaración de contradicción habrá servido para avalar de antemano una reforma de la Constitución, propiciada por la decisión de la mayoría de incorporar al ordenamiento un Tratado y ratificada por el poder de revisión.

La Constitución, de esta suerte, seguirá siendo suprema en la medida que sea objeto de reforma; seguirá regulando una realidad política en permanente devenir. A su vez, lejos de verse a merced de los avatares políticos, seguirá presentándose, gracias a la institución de la reforma, como *lex superior*. Y el poder de revisión seguirá manteniendo el monopolio de la instauración y de la disciplina de las fuentes cuando de lo que se trata es de adecuar el ordenamiento interno a exigencias que, inherentes a la subjetividad internacional del Estado y al ejercicio de los consiguientes poderes, ascienden al plano de la propia Constitución (18).

3. LA RESTRICTIVA LEGITIMACIÓN PARA ACTIVAR EL CONTROL PREVIO

¿Qué órganos pueden requerir al Tribunal Constitucional para que verifique la constitucionalidad de los Tratados mediante el control previo? Tanto la Constitución como la LOTC han previsto una regulación bastante restrictiva de la legitimación para interponer el requerimiento. El Gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal para que declare si existe o no contradicción entre el Tratado y la Constitución (art. 95.2 CE). Así pues, se puede afirmar que la legitimación activa del control previo está conferida a las mayorías políticas que tienen atribuido el poder de dirección política y que con-

(18) Cfr. A. LA PERGOLA: *Constitución del Estado y normas internacionales*, México, 1985, pág. 13.

forman, también, la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente

La doctrina, en general, ha criticado el exiguo ámbito de acción que el ordenamiento deja en manos de las minorías en orden a articular esta competencia del Tribunal Constitucional. Y coincide en señalar que la alusión al Gobierno es clara, por parte del constituyente, en cuanto mayoría que gobierna y sobre la que recae un papel destacado en la perfección de los Tratados. Precisamente por ello no parece el órgano más adecuado para defender mediante esta vía la constitucionalidad del Tratado. Convencido de la necesidad o conveniencia política de ratificarlo, parece improbable su disponibilidad para ejercitar la facultad que se le reconoce.

Caso distinto es la legitimación de «cualquiera de las cámaras». La expresión genérica «las cámaras» del artículo 95.2 CE habilita al legislador para precisar en qué medida las minorías pueden acceder al Tribunal Constitucional planteando el control previo. Sin embargo, dicha expresión se repitió en los mismos términos en la LOTC (art. 78.1), pero fue concretada en los Reglamentos del Congreso y del Senado, exigiéndose el acuerdo de la mayoría simple de la cámara para interponer el requerimiento del control y regulando incluso con cierto rigor la iniciativa de los parlamentarios y de los Grupos para solicitar de la cámara el acuerdo (19). Los motivos aducidos para restringir la legitimación activa al Gobierno y a las cámaras, excluyendo a las minorías, fueron principalmente políticos: desnaturalización del Tribunal Constitucional al trasladarle mediante el requerimiento el conflicto político suscitado en las cámaras; instru-

(19) La referencia genérica a «las cámaras» no ha servido para desplegar, ni en la LOTC, ni en los Reglamentos parlamentarios el posible abanico de sujetos legitimados. El Senado es, quizá, más generoso con las minorías al atribuir a un solo grupo parlamentario o a veinticinco senadores la facultad para plantear la iniciativa o la propuesta de requerimiento ante la cámara (art. 147 del Reglamento del Senado). En el Congreso, sin embargo, se precisa la iniciativa de dos grupos o la firma de una quinta parte de los diputados para que el Pleno adopte un acuerdo al respecto (art. 157 del Reglamento).

mentalización del control previo con fines retardatarios y obstruccionistas respecto de la conclusión de los Tratados; etc. Frente a ellos, argumentos como la ponderación del número de parlamentarios para efectuar el requerimiento, la agilización del procedimiento mediante el principio de sumariedad o la salvaguardia de la Constitución por las minorías frente a los actos de la mayoría, podrían haberse tomado en cuenta para establecer la legitimación de manera más accesible.

Otro tanto sucedió con la legitimación de las «minorías autonómicas», en ocasiones meros sujetos pasivos de eventuales obligaciones internacionales impuestas por la firma de Tratados que afectan a su propio ámbito de autonomía (20). Su participación en el control previo fue deshechada durante el debate constituyente (21), a pesar de que las leyes sobre delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas forman parte del llamado «bloque de la constitucionalidad». Ambos son argumentos suficientemente importantes como para que la preterición absoluta de éstas en el control previo de los Tratados sea discutible; aunque es bien cierto que la solución podría venir dada por la ponderación del número de diputados o senadores facultados para requerir el control, así como por la consabida adaptación del Senado como cámara de representación territorial.

Resulta, pues, ciertamente criticable esta regulación de la legitimación activa, al menos por las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque las minorías quedan exiguamente am-

(20) Vid. A. LA PERGOLA: «Autonomía regional y ejecución de las obligaciones comunitarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, 1985, pág. 9 y sigs. Del mismo autor, «Note sull'esecuzione degli obblighi internazionali nelle materie di competenza del legislatore regionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, págs. 1050 y sigs.

(21) La enmienda número 62 del Senado (del Grupo Progresistas y Socialistas Independientes) proponía la legitimación de los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y de la tercera parte de los parlamentarios de sus Asambleas. Pero, retirada en Comisión por el senador Villar Arregui, no llegó a ser objeto de debate. Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, 50, de 6 de septiembre de 1978

paradas ante la decisión de la mayoría de ratificar un Tratado que pudiera contener estipulaciones contrarias a la Constitución. Como se ha advertido, «dado el juego de la mayoría parlamentaria en que se basa la acción de Gobierno, éste podría violar fácilmente la Constitución por vía de Tratado... utilizando su mayoría parlamentaria para aprobar un Tratado con estipulaciones de dudosa constitucionalidad» (22). Es decir, el juego de la mayoría haría que en vez de quedar ésta sometida a la Constitución, sería la Constitución la que se vería a merced de los avatares de la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno. Con lo que la Constitución perdería el carácter de institución protectora de las minorías, donde radica, en palabras de G. SARTORI (23), «la esencia de la democracia moderna». Por otra parte, es sabido desde KELSEN que son las minorías las que merecen estar legitimadas para proteger intereses jurídicos de la Constitución, que la mayoría por estar en esa situación puede violar. El constante compromiso entre los grupos que representan la mayoría y las minorías en el Parlamento es para lo que la justicia constitucional sirve como instrumento idóneo (24).

En segundo término, la opción querida por el constituyente y por el legislador no asegura un mínimo equilibrio entre exigencias técnicas e implicaciones políticas. Porque las exigencias de técnica jurídica favorecen el control previo de constitucionalidad de los Tratados, a fin de evitar las antinomias normativas, y porque con la eficacia política del control previo lo que se persigue es sustraer al Tribunal Constitucional de dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de un Tratado en vigor, abriendo paso a la responsabilidad internacional, no se comprende porqué se ha privilegiado la eficacia política sobre las exigencias técnicas, haciendo del control previo una posibilidad remota. A fin de cuentas, entre quien conforma el Tratado y quien ha de requerir al Tribunal hay una plena coinci-

(22) A. MANGAS MARTÍN: *Derecho Comunitario europeo y español*, Madrid, 1986, pág. 127.

(23) G. SARTORI: *Aspectos de la democracia*, México, 1965, pág. 18.

(24) H. KELSEN: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», *Revue du Droit Public*, 1928, pág. 253.

dencia política: la misma mayoría que insta el control previo es la que ha de resultar controlada. De suerte tal que sólo en supuestos de «mayorías minoritarias» en el seno de las cámaras o de Gobierno de coalición, o también en caso de un dictamen radicalmente desfavorable del Consejo de Estado (art. 22 LOCE), podría acabar siendo articulada de manera efectiva esta competencia.

En tercer lugar, la atribución de legitimación activa a la mayoría política proyecta la imagen, sobre el Tribunal Constitucional, de la función consultiva que corresponde a los órganos auxiliares: parece como si la competencia del control previo tuviera un origen *instrumental* con respecto a las funciones de gobierno y parlamentaria. Es decir, sólo en el caso de que al Gobierno o a cualquiera de las cámaras les asaltara una duda real acerca de sus propias funciones constitucionales, podría articularse el control previo. El esquema es parecido al de funcionamiento de los órganos auxiliares: el órgano que auxilia ejercita su función –y ésta tiene sentido y justificación– en la medida que el órgano al que auxilia lo necesita y lo solicita expresamente. El órgano auxiliar, así requerido, emitirá su Dictamen fundado en Derecho, que podrá tener o no naturaleza vinculante. Quizá, por ello, parte de la doctrina ha mantenido el carácter consultivo de esta competencia del Tribunal Constitucional, habida cuenta la imagen que la legitimación, así regulada, proyecta sobre la configuración del control previo como función consultiva. Sin embargo, estimamos que la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional, por obra del requerimiento, no puede mutar, como bien dice la *Declaración de 1 de julio de 1992*, en una suerte de cuerpo consultivo del Gobierno y de las cámaras. Tiene razón, al respecto, J. RODRÍGUEZ ZAPATA cuando advierte que no parece constitucionalmente lógico que otros órganos constitucionales del Estado puedan solicitar el auxilio del Tribunal Constitucional requiriendo dictamen sobre el ejercicio de las funciones propias que la Constitución les encomienda (25).

(25) J. RODRÍGUEZ ZAPATA: *ob. cit.*, pág. 474.

Por último, la legitimación activa, tal y como es regulada actualmente por la Constitución, la LOTC y los Reglamentos de las cámaras, resulta incongruente con otros preceptos constitucionales. En efecto, no parece acertado que para prevenir la inconstitucionalidad de un Tratado se exija la misma mayoría que para autorizarlo. Pero, además, el hecho de facultar restrictivamente al Gobierno o a la mayoría de las cámaras para poner en marcha el control previo, frente a la amplia posibilidad de que cincuenta diputados o cincuenta senadores estén legitimados para recurrir un Tratado ya en vigor, favorece indirectamente la imputación de responsabilidad internacional al Estado, aderezándola, además, por la difícil justificación, ante el Derecho Internacional, del incumplimiento del Tratado basado en disposiciones de Derecho interno (26).

Así las cosas, no creemos que una regulación más permisiva de la legitimación activa contradiga ni la letra ni los valores que la Constitución consagra. Por contra, abrir la participación de las minorías en el control previo de constitucionalidad de los Tratados revitalizaría la propia Constitución en lo mucho que ésta tiene de institución protectora de la democracia.

(26) A. MANGAS MARTÍN: *ob. cit.*, pág. 128. Salvo que «se haya caído en el maquiavélico cálculo de que el Tribunal siempre será reacio a declarar la inconstitucionalidad de un Tratado ya en vigor o de que los parlamentarios de la oposición, perdida la batalla política de la conclusión, menguarán en su interés por suscribir el recurso», el hecho más común será que el control de la constitucionalidad de los Tratados quede casi reducido al Gobierno y a la mayoría parlamentaria. (Vid. A. REMIRO BROTONS: *ob. cit.*, pág. 561.) Es curioso observar cómo durante el debate que precedió a la votación de la proposición no de ley con motivo del Tratado OTAN, los artífices de la proposición amenazaron con la interposición del recurso de inconstitucionalidad si no se sometía la cuestión a control previo del Tribunal. Sin embargo, como es sabido, el recurso no llegó a plantearse nunca. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 191 de 27 de octubre de 1981, págs. 11295 y sigs.

4. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento del control previo de la constitucionalidad de los Tratados es coherente con la particularidad de la propia atribución. La solicitud del requerimiento debe ser presentada antes de haberse prestado el consentimiento del Estado y siempre que el texto del Tratado se halle ya «definitivamente fijado» (art. 78.1 LOTC); viéndose constreñido el Tribunal a emitir su declaración tras un procedimiento bastante perentorio, que retrasa lo menos posible la gestación ordinaria de la voluntad del Estado (art. 78.2 y 78.3 LOTC) (27).

La doctrina, sin embargo, está significativamente dividida acerca de cuál es la naturaleza, jurisdiccional o consultiva, del procedimiento y de la declaración. Se ha dicho que es un proceso sin partes, que no tiene carácter contencioso, que se inicia con un «requerimiento» y no con una demanda, que culmina en una «declaración» y no en una sentencia; y que por ello su naturaleza jurídica es consultiva y no jurisdiccional.

Ciertamente, en el control previo no se manifiestan tan claramente como en los otros procesos constitucionales las características propias de los procedimientos jurisdiccionales. Pero ello no puede llevarnos a extraer conclusiones precipitadas acerca de la naturaleza jurídica de la función que cumple el Tribunal cuando ejercita esta competencia. A este respecto, el Tribunal, en su *Declaración* (Fundamento Jurídico 1), efectúa tres afirmaciones en las que fija su posición, inequívocamente jurisdiccional, sobre el procedimiento y la declaración en que culmina el control previo de los Tratados.

(27) No parece, pues, que el requerimiento y el procedimiento a que da lugar, puedan ser utilizados como medio de obstrucción de la dirección política exterior, habida cuenta de la sumariedad y preferencia implícitas en su regulación: en tres meses, como máximo, habrá de dictarse la declaración con que culmina el procedimiento.

a) En primer lugar, afirma la inequívoca naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional, que no se ve afectada por el carácter no necesariamente contencioso del procedimiento de control previo: *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.*

b) En segundo término, el Tribunal trata de establecer un paralelismo entre éste y otros procedimientos constitucionales, centrándose en la iniciación a instancia de parte que caracteriza, en general, a todos ellos: *el artículo 95.1 de aquélla [la Constitución] 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 constitucional de congruencia.*

c) Por último, el Tribunal alude expresamente a la eficacia vinculante de la declaración con que termina el control previo, afirmando, con rotundidad, que lo que de este órgano se puede solicitar *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.*

Autorizada doctrina ha puesto de manifiesto cómo la frontera entre lo jurisdiccional y lo consultivo es, en ocasiones, bastante lábil e imprecisa (28). Es importante recordarlo, porque las nuevas formas procesales que están surgiendo en el seno de los ordenamientos modernos, atípicas desde el esquema proce-

(28) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Administración española*, Madrid, 1972, pág. 35 y sigs.

sal clásico, e impuestas por la influencia anglosajona o por el surgimiento de nuevas formas de integración política de los Estados, nos sugiere afrontar el problema de la naturaleza jurídica del control previo de los Tratados sin el rigor con que se ha revestido tradicionalmente a las características del proceso judicial. De otro modo serían difícil de expolicar jurídicamente figuras como las *advisory opinions* americanas, que, en ciertos casos, gozan de la misma fuerza legal que las decisiones de los Tribunales Supremos estatales; o los *declaratory judgements* del sistema anglosajón; e incluso sería complejo de entender la atribución de eficacia vinculante y de valor de cosa juzgada material a ciertos Dictámenes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por ello, se hace necesario el examen de los caracteres del control previo de constitucionalidad de los Tratados, porque la posición de quienes mantienen la naturaleza consultiva del Tribunal en el ejercicio de esta competencia tienen abiertos varios flancos a la crítica.

A) Que en el control previo no existan *partes* en sentido estricto, más que una excepción, en la justicia constitucional parece la regla general. El concepto de parte en los procesos constitucionales está relativizado, desde el momento en que la jurisdicción constitucional no se desvincula de su carácter objetivo en ninguno de los procedimientos que se sustancian ante el órgano que la ejerce.

Es el interés constitucional de eliminar o impedir los actos normativos contrarios a las normas constitucionales, el que se hace patente en estos procesos; y no las posiciones de parte, que, aun estando presentes en el juicio porque afloran al inicio del mismo impulsándolo, posteriormente quedan desvinculadas y diluidas en el objeto central del proceso (29). Las partes no

(29) Cfr. D. ENGELHARDT: «Die richterliche-Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat», *Jahrbücher des öffentlichen Rechts*, 8, 1959, pág. 121. A. SANDULLI: *Il giudizio sulle leggi*, Milán, 1967, pág. 39, nota 71.

son, pues, elementos esenciales para construir su propio concepto en los procesos constitucionales: «en ellos –ha dicho nuestro Tribunal– las partes litigantes y el Tribunal que decide son órganos del Estado, sin intereses contrapuestos, pues el interés fundamental para todos ellos es buscar una mejor y más correcta aplicación e inteligencia de la Constitución» (30).

La naturaleza jurisdiccional de la cuestión de inconstitucionalidad, escasamente discutida, también se asienta en la idea de un proceso sin partes necesarias. Así se desprende del artículo 37.2 LOTC, que con la expresión «podrán personarse» confirma la existencia de un proceso que se desarrollará de oficio, incluso sin existencia de contradicción entre los sujetos personados.

B) Por otra parte, se ha dicho que la ausencia del elemento contencioso, así como del *recurso*, impiden calificar como jurisdiccional la función que desarrolla el Tribunal Constitucional en el control previo de los Tratados. Sin embargo, el hecho de que la LOTC no denomine «recurso», sino «requerimiento» al instrumento procesal en el que se contiene la pretensión –al menos la del Gobierno consistente en firmar el Tratado ya negociado– no es obstáculo para que, de hecho, exista contradicción entre las posiciones del solicitante y los demás sujetos legitimados, así como entre éstas y las de aquellos otros sujetos citados a consultas por el propio Tribunal para formular «cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias» (art. 78.3 LOTC) (31). Nada, pues, nos induce a pensar que el artículo 78 LOTC niegue o no admita la controversia ante un Tribunal vinculado al principio de congruencia; la presupone, y

(30) ATC 221/1984, de 5 de abril; FJ 1.

(31) Y no olvidemos que entre ellos se encuentran «personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas» (art. 78.3). Sería conveniente, a este respecto, que las minorías, habida cuenta su exclusión de la legitimación para plantear el requerimiento, pudieran ser oídas, al menos, en este momento procesal.

precisamente por ello, mediante el procedimiento de control previo «trata de zanjar una litis potencial» (32).

Además, lo que el requerimiento incorpora –ha dicho el Tribunal– es la exposición de una «duda razonable». De manera que no bastará ni una consulta genérica sobre problemas del llamado «poder exterior», ni la alegación de sus dudas políticas. La controversia acerca de la eventual inconstitucionalidad del Tratado habrá de ser real, fijada con precisión y claridad (art. 85.1 LOTC) y razonada en estrictos términos jurídicos; de otro modo, debería ser rechazada *in limine litis*.

Obvio es decir que, de nuevo, sucede lo mismo que en la cuestión de inconstitucionalidad. La propia *Declaración* lo reconoce en su fundamento jurídico 1. En efecto, el juez o tribunal *a quo* no interpone un recurso ante el Tribunal Constitucional o un *petitum*, sino que se ciñe a plantear una «duda razonable» sobre la posible colisión entre una norma aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, y la Constitución (art. 163 CE). Por lo demás, el requerimiento, en paralelismo con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, suspende, por lógica, el *iter* de formación de la voluntad del Estado en obligarse mediante Tratados (33).

Baste, pues, con afirmar que si no existen especiales problemas para calificar la cuestión de inconstitucionalidad como un proceso jurisdiccional, tampoco debiera haberlos para predicar dicha naturaleza jurídica del procedimiento de control previo de constitucionalidad de los Tratados, al menos por lo que respecta a las dos características del procedimiento expuestas.

(32) J. RODRÍGUEZ ZAPATA: *ob. cit.*, pág. 477.

(33) Así lo confirman los Reglamentos del Congreso (art. 157.2) y del Senado (art. 147).

C) Pero quizá la controversia doctrinal mayor es la que versa sobre la anticipación del control a la perfección de los Tratados y sobre la naturaleza de la declaración con que culmina el procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

El objeto del control previo de constitucionalidad es el «Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado» (art. 78.1 LOTC); o mejor, el Tratado ya autenticado. No parece que se susciten dudas a este respecto, pues el momento del control se sitúa, de modo certero, tras haber finalizado la fase de negociación del Tratado. En el caso de adhesión a Tratados multilaterales, cuyo texto estuviere ya en vigor o en cuya negociación no hubiere participado España, el momento oportuno para el control «ha de ser antes de manifestar el consentimiento en obligarse, pues este último opera como límite en todo caso» (34). Así, pues, no podrá admitirse el control previo sobre negociaciones o intenciones diplomáticas, lo cual redundaría en contra del carácter consultivo de la función del Tribunal. Y sin embargo sí será posible solicitar el requerimiento —al menos para el Gobierno— después de la autorización de las Cortes Generales (ex. arts. 93 y 94), en tanto no se haya manifestado el consentimiento del Estado.

Concebido de este modo, el control previo no puede provocar la imputación de responsabilidad internacional, ni la condena de España por la realización de actos encaminados a frustrar el objeto y el fin del Tratado (como dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). La intervención del Tribunal Constitucional, ex. artículo 78 LOTC, iría encaminada a dificultar la ejecución del Tratado sobre el que se le requiere, sino precisamente a desvanecer cualquier error sobre la posibilidad misma de su ejecución posterior.

(34) L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: «Los Tratados Internacionales como fuente del ordenamiento jurídico español», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1984, Alava, 1985, pág. 183.

No obstante, se plantean problemas principalmente en lo que respecta a la dificultad de hacer efectivo el control previo de los Tratados a que se refiere el artículo 94.2. CE (que únicamente impone el Gobierno el deber de informar inmediatamente al Congreso y al Senado de su conclusión). Así las cosas, si las cámaras tienen conocimiento de la tramitación de algún Convenio de esta naturaleza antes de la prestación del consentimiento, podrán ejercitar el control previo. De otro modo (el más probable), sólo el Gobierno, único sujeto que interviene en el proceso de elaboración del Tratado, podrá activar la competencia del Tribunal. Es de temer, pues, que, en frecuentes ocasiones, el Parlamento quede al margen de la legitimación para plantear el requerimiento (35).

Desde otro punto de vista, no entorpece la naturaleza jurisdiccional del control previo el hecho de que estemos ante un supuesto de inexistencia, todavía, de conflicto real entre normas jurídicas. Pero el dato, sobre el que hemos reflexionado ya, no altera la naturaleza del Tribunal Constitucional cuando ejercita esta competencia: «el Tribunal actúa aquí –en sus propias palabras extraídas de la *Declaración*– como el órgano jurisdiccional que es». Y la conclusión a la que llega en este tipo de procedimientos no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales adoptadas dentro de los límites inmanentes al razonamiento jurídico. La anticipación del control de constitucionalidad a un momento anterior al conflicto normativo, al margen de sus consecuencias políticas, no altera la estructura del razonamiento jurídico. Lo que sucede es que obliga al Tribunal a pensar no en términos de eliminar una antinomia existente, sino en términos de voluntad de Constitución, comprobando la inconstitucionalidad virtual de una serie de actos prenormativos que, en caso de convertirse en normas jurídicas, serán inconstitucionales.

(35) Vid. M. ARAGÓN: «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, 7, 1979, pág. 183.

El supuesto no se aleja de otros procedimientos constitucionales que proporciona el Derecho Comparado, de los que no se duda de su naturaleza jurisdiccional. La doctrina italiana ha calificado inequívocamente como «juicio» el control *sull'ammissibilità del referendum* (36). Y del mismo modo, los *declaratory judgements*, de naturaleza jurisdiccional, y en los que una de las partes obtiene una decisión preventiva y vinculante de un tribunal antes de que se produzca una vulneración de sus intereses, se asemejan al control previo de constitucionalidad de los Tratados (37).

En fin, la declaración –se ha dicho (38)– no puede ser considerada como una auténtica sentencia. Así parece deducirse de la interpretación literal de los artículos 78, 86.2 y 90.2 LOTC, que se empeñan en diferenciarla de la sentencia. Mientras los demás procesos constitucionales terminan con «sentencia», el control previo de constitucionalidad de los Tratados finaliza con un pronunciamiento denominado «declaración», al que se le atribuye «carácter vinculante». La doctrina, no obstante, no ha llegado a conclusiones unívocas. Algunos han calificado la declaración como un «dictamen consultivo» (39). Otros como «negocio de jurisdicción voluntaria» (40). Incluso se ha llegado a afirmar que estamos ante un «veto judicial por inconstitucionalidad» (41).

(36) C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Padua, 1976, pág. 1470 y sigs. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, Padua, 1978, pág. 432 y sigs.

(37) J. RODRÍGUEZ ZAPATA: *ob. cit.*, pág. 475.

(38) Entre otros, J. GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho Internacional Público*, Oviedo, 1983, 3.ª ed., pág. 144; L. I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ: *ob. cit.*, pág. 184.

(39) J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, 1980, pág. 270.

(40) J. ALMAGRO NOSETE: *La justicia constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980, pág. 348.

(41) L. SÁNCHEZ AGESTA: *Sistema Político de la Constitución española de 1978* pág. 385, nota 16.

El propio Tribunal Constitucional ha querido dejar zanjado el problema de los efectos de la declaración, expresando rotundamente que no se trata de un dictamen, sino de una «decisión jurisdiccional» que goza no sólo de eficacia vinculante y *erga omnes*, sino que también aparece recubierta por el valor de cosa juzgada material. A ello habríamos de añadir que la propia LOTC exige su publicación en el «BOE», lo que manifiesta —en palabras del profesor J. L. CASCAJO CASTRO— sus efectos generales (42), y la califica acertadamente como «fallo» (art. 86.2).

Pero si cierto es que las normas se crean en su literalidad y se recrean en su interpretación, quizá convenga detenerse brevemente en los efectos de la declaración. La declaración no es sólo una mera opinión fundada en Derecho; no es únicamente un parecer jurídicamente fundado, sino que se trata de un pronunciamiento o un fallo vinculante, en cuanto predetermina la elección del procedimiento constitucionalmente correcto para incorporar un Tratado al Derecho interno. Hemos de partir, pues, de que el efecto vinculante a que se refieren la Constitución y la LOTC es *impropio*, porque abre paso a una estricta alternativa sobre la que deben elegir los órganos titulares de la función de dirección política del Estado y del *Treaty making power*: o bien persisten en la ratificación del Tratado, en cuyo caso inexorablemente y bajo condición previa habrá de reformarse la Constitución en los términos de la argumentación del Tribunal; o, de lo contrario, se inclinan por no acometer la revisión constitucional, en cuyo caso desistirán de prestar la manifestación del Estado en obligarse mediante el proyecto de Tratado declarado contrario a la Constitución.

Mas, conviene hacer algunas precisiones finales sobre los términos en los que se expresa la *Declaración* del Tribunal. Quizá por aseverar con toda rotundidad su carácter de órgano ju-

(42) Cfr. J. L. CASCAJO CASTRO: «Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional», *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1986, pág. 9 y sigs.

risdiccional, el Tribunal ha atribuido a la declaración que resuelve el control previo no sólo eficacia vinculante y efectos *erga omnes*, sino también valor de cosa juzgada, sin distinguir, al respecto, entre declaraciones que constatan la contradicción entre el Tratado y la Constitución, y decisiones que declaran la no contradicción. *Pero, en cualquier caso, –se expresa el Tribunal– bien la resolución emanada de este Tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen, y bien declare, por el contrario, su no 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 in fine CE) 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 este punto convendría recordar que de la regulación de la eficacia jurídica de las resoluciones del Tribunal sobre inconstitucionalidad pueden extraerse tres tipos de efectos diferentes: a) eficacia *erga omnes* (art. 164.1 CE); b) eficacia vinculante para todos los poderes públicos (arts. 38.1 y 78.2 LOTC); c) valor de cosa juzgada (art. 164.1 CE). Que las sentencias dictadas en procesos de declaración de inconstitucionalidad gozan de la triple eficacia señalada, no hay duda. La incertidumbre es si este triple efecto jurídico puede ser atribuido a la declaración, y en qué medida.

a) *La eficacia general* tiene lugar desde la publicación de la decisión en el «BOE» (art. 86.2 LOTC). Pero lo complejo es aplicar a la declaración el deslinde que efectura el artículo 38.1 y 39.1 LOTC respecto de las sentencias; porque si las sentencias estimatorias (anulatorias según el artículo 39.1 LOTC) son actos de fuerza igual y de signo contrario a los del acto que rechazan,

las desestimatorias, si bien no provocan tal alteración jurídica, no por ello carecen de relevancia, pues también constituyen la «doctrina constitucional» (arts. 13 y 40.2 LOTC) que vincula a poderes públicos y operadores jurídicos con el fin de dotar al ordenamiento jurídico de una interpretación y una aplicación constitucionalmente adecuadas.

¿Podría ser este esquema aplicable a las declaraciones dictadas con motivo del control previo de los Tratados? En nuestra opinión sería posible hasta cierto punto, porque la declaración de contradicción entre el Tratado y la Constitución no provoca la misma alteración jurídica que la sentencia estimatoria. Sólo habilita a la mayoría política para que si persiste en su voluntad de perfeccionar el Tratado, lleve a efecto la alteración jurídica que comporta activar el poder de revisión constitucional, de conformidad con la propia declaración.

Lo que sucede es que en la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma, la alteración del ordenamiento tiene su origen en un acto jurisdiccional del Tribunal: la propia sentencia. En la declaración de contradicción, sin embargo, la alteración tendrá lugar con motivo del acto político en que los órganos del *Treaty making power* deciden celebrar el Tratado que contiene cláusulas contradictorias con la Constitución, acto que pasa necesariamente por la reforma de la Constitución; precisamente entonces, como afirma F. RUBIO LLORENTE, la utilización de la reforma como instrumento al servicio de otros complejos normativos se habrá consumado (43). Pero si la declaración del Tribunal fuera de inexistencia de contradicción entre el Tratado y la Constitución, el paralelismo con la sentencia resulta evidente: por una parte, no se provocaría alteración jurídica alguna en el ordenamiento; y por otra, la argumentación del Tribunal operada en la declaración conformaría también la «doctrina constitucional».

(43) F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, pág. 187.

Los efectos jurídicos de la declaración de contradicción, por tanto, no se ciñen *ad causam*; son generales, pero se proyectan hacia el futuro en espera de la decisión final de los órganos titulares del poder para celebrar Tratados y del poder de revisión constitucional. De esta suerte, se descubre la «valencia» política del control previo: la mayoría verá reforzada su propia decisión y orientación política sobre la base de una declaración de inexistencia de contradicción; o bien recibirá un autorizado y fundamentado aval jurídico a su decisión de reformar el texto de la Constitución, si la declaración fuera de existencia de contradicción.

b) La *eficacia vinculante para todos los poderes públicos* se refiere más a la incidencia de la llamada «doctrina constitucional» —que se contiene en los argumentos jurídicos del Tribunal— sobre el resto de los órganos y poderes del Estado, que a los efectos innovadores que la declaración producirá en el ordenamiento jurídico. La doctrina del Tribunal Constitucional no procede solamente de la disimilitud entre validez/invalidéz, sino también y principalmente de la interpretación suprema de los preceptos constitucionales sometidos a su juicio. De suerte tal que la argumentación mantenida en la declaración determina obviamente, el sentido de la revisión constitucional, si ésta se produce.

Porque, como se ha dicho, los fallos miran hacia el presente, mientras que la *ratio decidendum* proyecta sus efectos hacia el futuro (44), las motivaciones que fundamentan las decisiones del Tribunal son la ocasión propicia para elaborar mejor el Derecho Constitucional y determinar de modo vinculante su contenido (45). Por ello las consideraciones jurídicas que sustentan el fallo, en que el Tribunal asienta su declaración —tanto de contradicción, como de inexistencia de contradic-

(44) R. BOCANEGRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pág. 64, nota 58. Vid., también, el Auto del Tribunal Constitucional 232/1982, de 30 de junio (FJ 1).

(45) K. SCHLAICH: «Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania», *Quaderni costituzionali*, 3, 1982, pág. 581.

ción— posean la eficacia vinculante a que se refiere el artículo 78.2 LOTC. En ambas el Tribunal apunta *trends* interpretativos acerca de la relación Tratado-Constitución, en cuanto a los preceptos sometidos a su juicio. En este contexto, reflexionar sobre el concepto de vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional es uno de los problemas que hoy tiene planteados la doctrina constitucionalista.

c) Con respecto a la atribución del *valor de cosa juzgada material* a la declaración, convendría hacer las siguientes apreciaciones. Obviamente, si la declaración es de *inadmisión* (la declaración no recae sobre el fondo del asunto), podrían traerse aquí los efectos atribuidos a las sentencias y aclarar que, en efecto, poseen valor de cosa juzgada material (46). Usando las palabras del Tribunal sobre este instituto jurídico-procesal, la cosa juzgada despliega un doble efecto: positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y un efecto negativo que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema» (47).

En cuanto a las *declaraciones que recaen sobre el fondo*, por lo que respecta a las declaraciones *de contradicción del Tratado con la Constitución*, el valor de cosa juzgada material es palpable: los poderes públicos están obligados a respetar y ajustarse al contenido de la declaración (art. 87.1 LOTC), y la estipulación objeto de la resolución no podrá ser objeto de *thema* de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*. El efecto es constitucionalmente lógico: o el Tratado no se ratifica, en cuyo caso nunca se incorporará, con las mismas cláusulas, al ordenamiento; o bien se habrá procedido a la revisión de la Constitución, previa a la ratificación del Tratado, en cuyo caso las estipulaciones objeto del *thema* ante el Tribunal serán plenamente acordes con el nuevo texto de la Constitución que su ratificación propició.

(46) Vid. ATC 17/1983, de 18 de enero (FJ 3).

(47) STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3).

Ahora bien, más discutible es la atribución del valor de cosa juzgada material a la declaración del Tribunal que resolviendo sobre el fondo, constate *la inexistencia de contradicción* entre el Tratado y la Constitución. A nuestro juicio, los pronunciamientos que declaran la no contradicción, no pueden cerrar las vías contenciosas del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Primero, porque, no lo olvidemos, la declaración se produce respecto de un Tratado aún no en vigor. Segundo, porque la LOTC expresamente prevé que los Tratados Internacionales son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad mediante recurso y cuestión (art. 27.2.c LOTC). Posibilidad ésta que no puede ser cercenada por la doctrina constitucional contenida en la *Declaración de 1 de julio de 1992*, a menos que consecuentemente se derive para ese precepto del Tratado la naturaleza de «super ley» inatacable, que se excluya de raíz a las minorías del control de constitucionalidad *a posteriori*, y que incluso —lo que es más grave aún— se someta al propio Tribunal Constitucional a una suerte de «autovinculación», imposible de variar o romper. Y tercero, porque esta afirmación del Tribunal choca con la tendencia jurisprudencial que ha mantenido a lo largo de estos años con respecto a las sentencias constitucionales. En virtud de este *trend* interpretativo se tratan de integrar dos exigencias de signo opuesto: por un lado, mantener la concepción de una doctrina constitucional evolutiva a través de la cosa juzgada, admitiendo que el objeto de control de constitucionalidad no son las normas, sino los textos de las disposiciones en que aquéllas se encuentran contenidas; y por otro, la de arbitrar cauces que no lleven a concluir que la disposición declarada no contraria al texto de la Constitución es invulnerable a todo control de constitucionalidad ulterior (48).

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN

Por todo ello, la naturaleza jurisdiccional de la declaración en que culmina el control previo de constitucionalidad de los

(48) STC 82/1982, de 11 de diciembre (FJ 1). STC 41/1983, de 18 de mayo (FJ 1).

Tratados es incuestionable. Escasos, son los aspectos de esta competencia del Tribunal Constitucional que no podrían ser incluidos en el ámbito de la función jurisdiccional, por no decir que ninguno. Sin embargo, sí provocan sorpresa algunas afirmaciones excesivamente arriesgadas del propio Tribunal acerca de los efectos que produce la Declaración que pone fin al control previo de los Tratados. Desde nuestro punto de vista, no puede atribuirse valor de cosa juzgada material a la declaración de contradicción, so pena de socavar algunos de los cimientos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento constitucional. En este sentido, la afirmación del Tribunal según la cual también las declaraciones de no contradicción de un Tratado con la Constitución producen el efecto de cosa juzgada material nos parece, cuando menos, poco acertada.