

## VINCULACION DE LA CONSTITUCION Y CONTROL DE LAS LEYES

FERNANDO SANTAOLALLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES FRENTE A CONTROL CONCENTRADO.—II. SISTEMA INSTAURADO EN ESPAÑA.—III. LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 9.1 DE LA CONSTITUCIÓN.—IV. LA DIFÍCIL COMPATIBILIDAD ENTRE EL CARÁCTER NORMATIVO INMEDIATO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA AFIRMACIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.—V. REFLEJO PRÁCTICO DE ESTA DIFICULTAD.—VI. EL PROBLEMA A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.—VII. ALTERNATIVAS QUE SE OFRECEN AL PROBLEMA EXAMINADO.—VIII. NOTA ADICIONAL.

## I. INTRODUCCIÓN. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES FRENTE A CONTROL CONCENTRADO

### A. *Control difuso de la constitucionalidad de las leyes*

Es sobradamente conocida la distinción de dos sistemas principales de control de constitucionalidad de las leyes: el concentrado y el difuso (1).

El control difuso, primero en su aparición histórica, supone que todos los tribunales están capacitados para enjuiciar la conformidad a la Constitución de las leyes ordinarias, pudiendo dejar de aplicarlas en el caso concreto sometido a su fallo cuando estimen que no hay tal conformidad. No se produce la derogación de la norma sino sólo su inaplicación, por vía de excepción, en un caso concreto (2). La pluralidad de instancias judiciales y el consiguiente

---

(1) Para una exposición general de este tema *vid.* M. CAPELETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1972, págs. 49 y sigs.; P. HAEBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1977; D. VASQUEZ DEL MERCADO, *El control de la constitucionalidad de la ley*, Ed. Porrúa, Méjico, 1978.

(2) *Vid.*, aparte de la bibliografía ya citada en nota anterior, J. AROZAMENA, «El Recurso de inconstitucionalidad», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, editada por la Dirección General de lo Contencioso, Madrid, 1981, Tomo I, págs. 139 y sigs.

peligro que para la seguridad jurídica supondría la diversa valoración sobre la constitucionalidad de una misma ley, por afirmarse en unos casos y rechazarse en otros, se conjura a través del principio de que las resoluciones de los tribunales superiores, especialmente del Tribunal Supremo, se hacen vinculantes para los inferiores, de tal forma que si este último dictamina la inconstitucionalidad de una ley, su decisión, como fuente jurisprudencial, se sigue por los restantes tribunales (3).

Todos los jueces y tribunales pueden dejar de aplicar una ley cuando no la estimen ajustada a la Constitución, pero las decisiones de las instancias superiores sientan doctrina obligatoria para las inferiores, por lo que la proclamación de la inconstitucionalidad de una ley por una de las primeras hace inútil la facultad de excepcionar su aplicación por las segundas. La ley pierde en este caso su fuerza vinculante con carácter general, haciéndose de imposible observancia.

Este sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes nace en Norteamérica, donde se consagra con la ya famosa sentencia del Juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury v. Madison*, como una derivación lógica de la concepción vigente en dicho país sobre la Constitución como norma jurídica suprema (4). La ley fundamental contiene un haz de preceptos directamente aplicables y, al mismo tiempo, por su condición de *higher law* resulta inmune a lo que puedan disponer las emanaciones del poder legislativo

---

(3) Vid. sobre este extremo L. LÓPEZ GUERRA, «El Tribunal Constitucional y el principio "stare decisis"», en *El Tribunal Constitucional*, ob. cit., tomo II, págs. 1439 y sigs. También con referencias muy concretas E. ALONSO GARCÍA, «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en Norteamérica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6 (1982), págs. 211 y sigs., y 221 y sigs.; del mismo autor, *La interpretación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1984, págs. 165 y sigs.

(4) Vid. sobre el tema NOWAK, ROTUNDA y YOUNG, *Handbook on Constitutional Law*, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1978, págs. 1 y sigs.; FREUND y otros autores, *Constitutional Law, cases and other problems*, Little Brown and Co., Boston, 1977, págs. 1 y sigs.; GUNTHER, *Cases and materials on Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, N.Y., 1980, págs. 2 y sigs.; BARROW y DIENES, *Constitutional Law: Principles and policy*, The Michie Company, Virginia, 1982, págs. 2 y sigs.; entre la bibliografía española vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 101 y sigs.

ordinario. Es la *supreme law of the land*, por lo que en caso de conflicto con otras normas inferiores no puede dejarse de aplicar. El *judicial review* deriva de la imposibilidad constitucional de que los jueces apliquen una ley que contradice lo dispuesto en la Constitución. Como reza su artículo VI, «los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de los Estados». La Constitución americana supone la proyección sobre un texto positivo de las concepciones históricas sobre la permanencia e inmodificabilidad de las leyes naturales destinadas a preservar la propiedad y la libertad de los hombres frente a cualquier decisión del legislador. La transmutación en el texto constitucional de esta consideración sobre el supervalor de ciertos principios, mantenidos por el iusnaturalismo racionalista, llevó consigo la obligación de los jueces de excepcionar la aplicación de cualquier otra norma positiva que pudiese resultarle contraria.

#### B. *Control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*

Frente al sistema anterior, el de control concentrado surge mucho después, en la primera posguerra europea, y sobre unas premisas jurídico-políticas harto diferentes. Este segundo sistema supone la atribución a un único órgano de la potestad de invalidar las leyes que resulten contrarias a la Constitución, de tal forma que los restantes jueces y Tribunales vienen obligados a aplicar las leyes supuestamente inconstitucionales hasta tanto tal circunstancia no se proclama por dicho órgano único. Una vez que éste resuelve sobre la inconstitucionalidad de un acto legislativo, su decisión, por gozar de fuerza vinculante general, debe observarse por todos los órganos estatales.

Tal régimen está relacionado con una concepción mucho más limitada sobre el papel de la Constitución, en cuanto norma reducida a establecer el sistema de fuentes jurídicas de una comunidad y la distribución de competencias entre algunos órganos estatales, pero sin que la misma tenga el carácter de disposición normalmente aplicable por los Tribunales. Los jueces están sujetos al imperio de la ley, pero sólo de la ley ordinaria aprobada por el Parlamento.

La consideración de este último como órgano soberano determinaba tanto la imposición de sus decisiones a las restantes instancias estatales y a los ciudadanos (es lo que constituye el principio de legalidad), como la imposibilidad de que sus decisiones pudiesen ser fiscalizadas, desde el punto de vista de la constitucionalidad, por estos otros órganos (5). La calificación de estos últimos como instancias inferiores les vedaba una función semejante, a la par que el dogma de la soberanía parlamentaria impedía el establecimiento de cualquier otra institución que se superpusiese a las Asambleas legislativas.

Andando el tiempo, esta última concepción constitucional había de evolucionar hacia postulados más cercanos a los vigentes en Norteamérica. La reducción de la ley fundamental a un esquema organizativo del Estado fue superada con la inclusión de una parte dogmática más amplia, estableciendo un amplio elenco de derechos individuales y sociales y, sobre todo, con el propósito de que estos nuevos principios y derechos quedasen garantizados frente al propio legislador ordinario. Todo ello reclamaba un control de la constitucionalidad de los actos legislativos aprobados por el Parlamento. Sin embargo, la desconfianza frente a los jueces, a los que no se quería ver fiscalizando las leyes aprobadas por los representantes populares, hizo eludir el control difuso por los tribunales. En cambio apareció un nuevo sistema, consistente básicamente en la atribución a un órgano especial, no encuadrado en el poder judicial ordinario, de la función de decidir con efectos *erga omnes* sobre la constitucionalidad de las leyes (6). Este control concentrado a

---

(5) Vid. sobre este punto E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 99 y sigs., y F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en la obra colectiva editada por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, tomo I, págs. 57 y sigs.

(6) KELSEN justificó este sistema en que el control de la constitucionalidad de las leyes no era, materialmente hablando, una actividad jurisdiccional sino legislativa, o, mejor, de legislación negativa, no pudiendo entonces atribuirse a un órgano jurisdiccional sino a un órgano legislativo distinto del Parlamento. *Vid.* «La garantie juridictionnelle de la Constitution», en *Revue du Droit Public et de la Science politique*, 1928, pág. 224.

través de un solo órgano apareció en la Constitución austriaca de 1920.

Esta Constitución, en el que tanta influencia tuvo el gran jurista HANS Kelsen, se convirtió pronto en modelo imitado por otras Constituciones de países europeos, como la española de 1931. El nuevo procedimiento de enjuiciamiento de los actos legislativos se construyó al principio sobre una acción reservada a muy concretos órganos estatales, en cuya virtud sólo la impugnación de estos últimos posibilitaba la intervención de ese Tribunal Constitucional u órgano especializado en el control de la constitucionalidad de la legislación. Sin embargo, pronto se hizo patente que vía tan angosta ni aseguraba el adecuado sometimiento a la ley fundamental de las decisiones del Parlamento ni garantizaba a los particulares la aplicación preferente de la Constitución sobre cualesquiera otras normas en los pleitos en que se viesan envueltos. El propio Kelsen, tras ponderar las ventajas e inconvenientes de la introducción de la acción popular en la impugnación de las leyes, aconsejó un sistema intermedio basado en el planteamiento de cuestiones incidentales en los procesos judiciales o administrativos (7). Así se reformó la Constitución austriaca en 1929 para permitir que los órganos judiciales, a través de la vía de los incidentes, pudiesen diferir al Tribunal Constitucional el juicio sobre la constitucionalidad de una ley (8). No cabe duda de que con esta modificación, también imitada en otros países europeos, el sistema de jurisdicción concentrada sufrió un giro en sentido convergente con el americano de jurisdicción difusa. Los jueces y Tribunales no podían por sí mismos excepcionar la aplicación de una norma presuntamente inconstitucional, pero sí quedaban habilitados para someter en todo caso esta cuestión al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, cuya decisión cobraba fuerza vinculante general.

---

(7) *Vid. ob. cit.*, págs. 245 y sigs.

(8) Sobre el sistema austríaco de control de constitucionalidad de las leyes *vid.* E. ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Constitucional Austríaco», en la obra *El Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*, tomo II, págs. 439 y sigs.

## II. SISTEMA INSTAURADO EN ESPAÑA

### A. *Postura de las Cortes Constituyentes*

Se ha convenido casi unánimemente que el sistema instaurado entre nosotros por la Constitución de 1978 obedece al modelo austriaco de jurisdicción concentrada. Un único órgano, el Tribunal Constitucional, no encuadrado en el aparato judicial ordinario, es el competente para enjuiciar y resolver sobre la conformidad constitucional de las leyes. La actuación puede deberse a una acción directa reservada a unos concretos agentes (artículo 162.1 b) de la Constitución) o a una cuestión incidental planteable por jueces y tribunales a raíz de un litigio sometido a su fallo (artículo 163). En todo caso es él el único para decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma legal o con rango de ley.

Durante los debates parlamentarios sobre estos preceptos de la Constitución fueron numerosas las voces que se pronunciaron expresa o tácitamente por un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, si bien se admitió con la misma intensidad que ello no debía hacerse en su primigenia modalidad pura sino con la importante matización que suponía la cuestión de inconstitucionalidad. Tal fue el caso de los diputados ALZAGA VILLAMIL y PECESBARBA MARTÍNEZ (9) y de los senadores OLLERO GÓMEZ, VILLAR ARREGUI, SÁNCHEZ AGESTA, SÁINZ DE VARANDA JIMÉNEZ, etc. (10).

### B. *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*

Esta misma parece ser la interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante L.O.T.C.), cuyo artículo 35.1, como no podía ser menos, asume el contenido del artículo 163 de la Constitución, sin introducir variaciones respecto a la cuestión que aquí interesa. Ambos preceptos obligan a los jueces y tribunales a someter mediante una cuestión de inconstitucionalidad

---

(9) *Vid. Diario de Sesiones del Congreso, Comisión Constitucional*, número 92 (1978), págs. 3453 y sigs.

(10) *Vid. Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, número 55 (1978), págs. 2728 y sigs.

al Tribunal Constitucional aquellas leyes que afectando al fallo puedan ser contrarias a la ley fundamental.

### C. *Doctrina del Tribunal Constitucional y de autores*

Más explícita todavía ha sido la interpretación del propio Tribunal Constitucional, sobre el alcance concentrado de su jurisdicción, imposibilitando que los restantes órganos judiciales puedan dejar de aplicar por sí mismos una ley que consideren no conforme a la Constitución. Así, ya en su primera sentencia, de 2 de febrero de 1981 («B.O.E.» de 24 de febrero), el alto Tribunal, tras manifestar que los jueces pueden dejar de aplicar sin más las leyes anteriores a la Constitución que resulten derogadas por la misma, proclamó que «frente a las leyes posconstitucionales (supuesto ordinario) el Tribunal *ostenta un monopolio* para enjuiciar su conformidad a la Constitución», añadiendo más adelante que «el enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución es... una *competencia propia del mismo* (del Tribunal Constitucional) que, *sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución*, corresponde también a los jueces y tribunales integrados en el Poder Judicial, *los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador* —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente— sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma...» (11).

Igualmente, en la posterior sentencia de 29 de abril de 1981, manifestó que los artículos 163 de la Constitución y 35.1 de la

---

(11) De todas formas, es importante recordar que, según las sentencias de 2 de febrero y 29 de abril de 1981, la facultad de los Jueces y Tribunales de inaplicar las leyes preconstitucionales que entiendan derogadas por la *norma normarum*, no se opone a que, si tuviesen dudas al respecto, puedan formular una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general.

Para un resumen de lo anterior, *vid.* J. SALAS, «El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativos, ejecutivo y judicial» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6 (1982) págs. 164 y sigs.

L.O.T.C. suponían que «...carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución...», aduciendo que «en el esquema lógico de la decisión judicial (según dichas normas), el Juez o Tribunal considera que una norma, aplicable al caso, pugna con la Constitución, y como no puede invalidar la norma y tampoco dejar de aplicarla, plantea la cuestión al Tribunal Constitucional, como órgano al que la Constitución y su L.O.T.C. atribuye el enjuiciamiento de las leyes». En definitiva, y como también se reconoce en la sentencia de 1 de junio de 1981, la prohibición de inaplicación de ley tachada de inconstitucionalidad es absoluta, y no sólo en los casos en que los jueces o tribunales tengan dudas fundadas sobre esta circunstancia, sino también en aquellos en que les resulte evidente (12). En ambas situaciones deben abstenerse de excepcionar por sí mismos la ley cuestionada y someterla, en cambio, al Tribunal Constitucional mediante el oportuno incidente de inconstitucionalidad siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 35.2 L.O.T.C.

En el mismo sentido, la doctrina ha catalogado a nuestro sistema de control de las leyes como una manifestación más del kelseniano o de jurisdicción concentrada. De todas formas, la equiparación no es total con el modelo originario, admitiéndose por la mayoría de los autores la existencia de unos elementos o matices que vienen a corregirlo en parte y, de esta forma, a acercarlo al de jurisdicción difusa (13).

---

(12) En esta última sentencia de 1 de junio de 1981 se dice que los Jueces y Tribunales deben examinar la posible inconstitucionalidad de las leyes que deben aplicar, pero que «el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal (el Constitucional)».

(13) Sobre este tema *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 114 y sigs.; J. AROZAMENA, *ob. cit.*, págs. 145 y sigs.; M. ARAGÓN, «Dos cuestiones interesantes en nuestra Jurisdicción Constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *Tribunal Constitucional, ob. cit.*, tomo I, págs. 565 y sigs.; L. PASTOR RIDRUEJO, «Aplicación de la ley y control de constitucionalidad» en *El Tribunal Constitucional, ob. cit.*, tomo III, págs. 2019 y sigs.; PECES-BARBA y PRIETO SANCHÍS, *La Constitución española de 1978*, F. Torres, editor, Valencia, 1981, pág. 98; F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN, «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución Española de 1978, ob. cit.*, págs. 807 y sigs.

Al igual que en la jurisprudencia ya vista del Tribunal Constitucional, se admite que los jueces y tribunales tienen capacidad para comprobar la constitucionalidad de las leyes, esto es, de verificar que las normas legales que se disponen a aplicar en un caso no contradicen a la ley fundamental, y también para rechazar la aplicación de aquéllas que siendo anteriores a la Constitución hayan quedado derogadas por ella. Asimismo, les es obligado interpretar todo el derecho positivo al amparo de los principios constitucionales, buscando en lo posible su adaptación a éstos, de tal forma que la declaración de inconstitucionalidad se reduzca a los casos de objetiva contradicción entre la Constitución y las normas inferiores. También pueden dejar de inaplicar los reglamentos y disposiciones infralegales, anteriores o posteriores a la Constitución, que les resulten contrarios.

#### D. *Resumen*

En definitiva, las facultades que normalmente se aceptan en favor de los Jueces y Tribunales para que su función juzgadora se amolde a los dictados constitucionales son las siguientes:

— Inaplicación, por vía de excepción, de los reglamentos administrativos y disposiciones de rango inferior a las leyes que a su juicio pueden resultar inconstitucionales.

— Comprobación de la constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley, anteriores o posteriores a la Constitución, que deban observar en sus fallos.

— Inaplicación de las leyes anteriores a la Constitución que entiendan derogados por ésta, al resultar contrarias a sus preceptos y al amparo de su disposición derogatoria (14).

— Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a las leyes posteriores a la Constitución que vulneren lo en ésta establecido.

---

(14) Sobre el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto a la derogación de leyes anteriores a la Constitución, véase lo recogido, en nota anterior, núm. 11.

— Interpretación de todo tipo de normas conforme a los principios y normas constitucionales, de tal forma que sólo se convenga en su derogación o en su inconstitucionalidad cuando resulten probablemente contrarias a la ley fundamental.

Obsérvese, por tanto, la coincidencia sobre la imposibilidad de que Jueces y Tribunales dejen de aplicar una ley posconstitucional que contradiga la Constitución. La cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse en todo caso: no solamente cuando los órganos jurisdiccionales tengan fundadas dudas sobre la inconstitucionalidad de una disposición legal, sino también cuando esta circunstancia les resulte indubitada (15). De esta forma la facultad de rechazar la observancia de una ley por inconstitucional se presenta como un atributo exclusivo del Tribunal Constitucional.

### III. LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ARTÍCULO 9.1 DE LA CONSTITUCIÓN

El carácter de jurisdicción concentrada que, como hemos visto, se reconoce pacíficamente en favor del Tribunal Constitucional, en cuanto revestido del monopolio de decidir la inconstitucionalidad de las leyes, puede resultar cuestionable si se pone en relación con el artículo 9.1 de la Constitución. Recordemos que este precepto, incluido en el Título Preliminar en el que se recogen sus principios jurídico-políticos, establece que *los ciudadanos y los poderes públi-*

---

(15) Una excepción a este estado de cosas ha sido defendida con acierto por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA a la vista del art. 53.1 de la Constitución, dando un nuevo paso en la evolución del sistema de jurisdicción concentrada sobre la constitucionalidad de las leyes al de jurisdicción difusa. El citado precepto dispone que los derechos y libertades del Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, y que la ley que los regule deberá en todo caso respetar su contenido esencial. Si la ley reguladora de estos derechos, posterior a la Constitución, no respetase ese contenido esencial, podría dejar de ser aplicada por el Tribunal de amparo, ordinario o constitucional, sin necesidad de que «el Tribunal ordinario tenga que demorar dicho amparo para sustanciar un incidente previo de inconstitucionalidad». *Vid. ob. cit.*, págs. 125 y sigs.; también en el *Curso de Derecho Administrativo*, I, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 105 y sigs.

*cos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

#### A. *Significado del artículo 9.1 de la Constitución*

La norma transcrita precisa que la Constitución es parte del ordenamiento jurídico al tiempo que la dota de *vis* vinculante respecto a todos los ciudadanos y poderes públicos. Semejante mandato imposibilita la aplicación a nuestro sistema jurídico de la concepción tradicional sobre la necesidad del desarrollo legislativo para que las previsiones constitucionales resulten operativas respecto a autoridades y particulares. Según tal concepción, la Constitución sólo obliga al poder legislativo, pues sus disposiciones no pueden ser hechas valer sino en tanto en cuanto sean asumidas y desarrolladas por las *leyes* ordinarias aprobadas por la representación parlamentaria.

El artículo 9.1 de la Constitución de 1978 hace vinculantes el conjunto de sus disposiciones para ciudadanos y poderes públicos, que vienen así obligados a cumplir sus determinaciones sin necesidad de desarrollo legislativo. Pero no sólo esto, sino que da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional (16). En efecto, no solamente hace operativa a la Constitución considerándola como parte ordinaria del derecho vigente, lo que se revela en la expresión *al resto del ordenamiento jurídico*, sino que la reconoce en primer lugar y de modo inequívoco como núcleo vinculante. La Constitución se recubre de una supremacía como norma jurídica invocable en cualquier supuesto. Su obligatoriedad es la más fuerte, y sus disposiciones gozan de una resistencia frente a lo dispuesto en las normas inferiores, que son las integrantes del resto del ordenamiento jurídico. Los mandatos constitucionales son verdaderas normas supremas que se imponen sobre cualquier otra fuente jurídica, circunstancia que se reitera por el apartado 3 del mismo artículo, al recoger como principio garantizado por la propia Constitución el de jerarquía normativa.

De esta forma, nuestra máxima ley da un giro decisivo respecto

---

(16) *Vid.* para esto, muy especialmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 111 y sigs.

a nuestros antecedentes constitucionales y a los europeos, y se sitúa abiertamente en el movimiento iniciado por el constitucionalismo americano, por el que se reconoce a la Constitución como auténtica norma jurídica de rango superior, inmune a cualesquiera otras inferiores y, por ende, a las leyes ordinarias.

### B. Origen histórico del carácter normativo de la Constitución

Semejante concepción constitucional surge históricamente como una proyección de los principios del iusnaturalismo racionalista sobre la ley constitucional (17). Se considera que hay unos principios —destinados a proteger la libertad y la propiedad de los individuos— que son inmutables por sí mismos, de tal modo que cualquier disposición que atente contra ellos debe reputarse nula. La lucha independentista norteamericana va a trasladar por vez primera este esquema a una Constitución escrita, afirmándose —y ésta es una de sus grandes aportaciones— que en la misma están embebidas esas reglas naturales inalterables. A partir de tal momento, hay una norma positiva, la Constitución, de la que se predica ese carácter intangible con la consecuencia de que toda disposición que la infringa debe considerarse nula, sin que se la pueda aplicar, pues de otra forma se dejaría de cumplir lo ordenado en la propia Constitución. Esto es, en definitiva, lo que recoge el artículo VI de la Constitución federal de 1787, al calificar a la misma como *the supreme law of the land*, que los jueces están obligados a observar.

Casi como un corolario lógico de esta supremacía normativa de la Constitución se derivó el *judicial review*, o facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Como después precisaría el juez MARSHALL, en el asunto *Marbury v. Madison* (1803), consolidando el sistema que ya se venía practicando, si dos leyes están en conflicto entre sí el juez sólo puede aplicar la superior, esto es, la Constitución, ya que en caso contrario aplicaría una norma nula

---

(17) *Vid.* sobre este tema el comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *ob. cit.*, págs. 99 y sigs., donde reconoce que el artículo 9.1 supone la presencia en nuestro sistema de elementos propios del norteamericano de supremacía constitucional.

por mor de esa contradicción: *If the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply* (18). Obsérvese —que es lo importante aquí— que esta primacía normativa de la Constitución, que la hace inmune frente a otras disposiciones (incluso leyes) inferiores, se traduce en la facultad o, mejor, en la obligación de los jueces de inaplicar las que le resulten contrarias. Así, el ya citado artículo VI de la Constitución de 1787 proclama la obligación de los jueces de atender lo dispuesto en la misma «no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o de las leyes» de los Estados miembros.

Ahora bien, los jueces norteamericanos, al amparo de esta cláusula, no anulan por sí la disposición legal que valoran contraria a *the higher law*, sino que se limitan a excepcionar su aplicación en el caso concreto sometido a su consideración. El alcance de su decisión respecto a la inconstitucionalidad de una norma es *inter partes*, sin gozar de relevancia general. No obstante, como los fallos del Tribunal Supremo se siguen por los inferiores, si esta instancia máxima aprecia la inconstitucionalidad de una disposición legal, su decisión cobra efectos *erga omnes* (18 bis). Con ello, la seguridad jurídica no se ve turbada por la facultad de los jueces de excepcionar la aplicación de la ley tachada de inconstitucional: la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a resolver posibles discrepancias sobre el particular precedente de distintos tribunales, estableciendo un criterio uniforme que ha de seguirse por todos ellos.

---

(18) Para el texto de la sentencia he manejado la versión que figura en G. GUNTHER, *ob. cit.*, págs. 3 y sigs.

Sobre este punto, además de la bibliografía citada en nota (4), puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, especialmente págs. 31 y sigs.

(18 bis) *Vid.* G. GUNTHER, *ob. cit.*, págs. 34-48. Entre nosotros E. ALONSO GARCÍA, «Los efectos formales...», *ob. cit.*, págs. 211 y sigs.

C. *Emparentamiento del artículo 9.1 con el constitucionalismo americano*

Pues bien, el artículo 9.1 viene a imprimir a nuestra ley de leyes esas características de obligatoriedad inmediata y general, nacidas con el constitucionalismo americano, y a posibilitar la revisión judicial de las leyes ordinarias, que se desprende a la postre de esos mismos principios. Con ello, se produciría un importantísimo paso del constitucionalismo romano-germánico —en cuanto representa una situación casi inédita en el mismo— en sentido convergente con el anglosajón.

Es cierto que, como se señaló en algún momento, el repetido artículo 9.1 parece inspirarse en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho*). Sin embargo, un simple cotejo sirve para mostrar las abismales diferencias que existen entre ambos preceptos: mientras que la fórmula española extiende la vinculatoriedad de la Constitución no sólo a todos los poderes públicos sino también a los ciudadanos, la alemana restringe esta misma vinculación al poder legislativo, siguiendo así la concepción más clásica, antes esbozada, de tal forma que los poderes ejecutivo y judicial sólo resultan alcanzados por las disposiciones constitucionales cuando se desarrollan por decisiones legislativas de la representación popular, quedando en todo caso sin prever una posible obligatoriedad inmediata de la Constitución para los ciudadanos (19). Por consiguiente, y por debajo de la primera apariencia, la disposición española comentada se emparenta, no con las constituciones de los sistemas jurídicos romano-germánicos, sino más bien con la fórmula ya apuntada de la Constitución norteamericana de 1787, que obliga a los jueces a aplicarla con preferencia —de ahí su relevancia inmediata— sobre lo dispuesto en las Constituciones y demás leyes de los Estados miembros.

---

(19) Una valoración crítica de este apartamiento del modelo alemán en S. VARELA, «La Constitución española en el marco del derecho constitucional comparado», en *Lecturas sobre la Constitución española*, edición de Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1978, tomo I, pág. 19.

#### D. *El artículo 9.1 en los debates constituyentes*

La decisiva alteración que el artículo 9.1 suponía en relación a los antecedentes constitucionales españoles y, en general, a los continentales europeos no pasó desapercibida para nuestros constituyentes, de donde se infiere que existió voluntad o conciencia para la introducción de ese sistema de obligatoriedad inmediata de la Constitución para los ciudadanos y los poderes públicos, esto es, para los operadores jurídicos en general, sistema del que se derivan la supremacía constitucional y la posibilidad de dejar de aplicar las normas que le resulten contrarias.

Así, el diputado PECES-BARBA, al discutir el texto propuesto por la Ponencia para el artículo 9.1 del entonces proyecto de Constitución (prácticamente igual al que resultaría definitivo), dijo que debía mantenerse «la literalidad que tiene en el texto propuesto por la Ponencia», añadiendo que «alabamos de manera importante el texto de la Ponencia en tanto en cuanto recoge un principio que no ha sido normalmente habitual en los textos constitucionales» (20), palabras en las que se reconocía abiertamente la innovación que encerraba el citado artículo constitucional.

En la Comisión de Constitución del Senado se entabló (agosto de 1978) un interesante debate sobre el alcance de este artículo (21). Además de recordarse que la Constitución no se contrapone al ordenamiento jurídico, sino que forma parte esencial del mismo, lo que se plasmó en la fórmula «al *resto* del ordenamiento jurídico», se polemizó sobre si la Constitución debía o no vincular a los ciudadanos. Junto a la postura contraria de los senadores MARTÍN-RETORTILLO, PÉREZ PUGA y VILLAR ARREGUI que, singularmente este último, adujeron la ausencia de precedentes constitucionales sobre este extremo, proponiendo una fórmula más cercana a la del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, otros se manifestaron partidarios de dicha vinculación general. El senador VIDA SORIA, portavoz del Grupo Socialista, dijo en este último sentido que «a nosotros nos

---

(20) *Vid. Diario de Sesiones del Congreso* (en adelante *D. S. C.*) núm. 67 de 11 de mayo de 1978, pág. 2381.

(21) *Vid.* para lo que sigue *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, núm. 41, de 22 de agosto de 1978, págs. 1717 y sigs. y núm. 42, de 23 de agosto, págs. 1726 y sigs.

parece que la referencia a los ciudadanos no es innecesaria y es buena en este primer apartado del artículo 9.º En consecuencia, mantendremos el apoyo a la referencia a los ciudadanos». Como corolario de este debate, se aprobó una enmienda *in voce* que venía a sustituir el texto del Congreso de los Diputados, por la siguiente fórmula: «Los poderes públicos quedan sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.» Sin embargo, esta sustitución tuvo corta vida ya que la Comisión mixta Congreso-Senado decidió proponer la vuelta a la fórmula originaria del Congreso, lo que sería ratificado más tarde por los plenos de ambas Cámaras, pasando así al texto definitivo de la Constitución.

Queda claro, por tanto, que se conoció y debatió el problema que suponía establecer la obligatoriedad general y directa de la Constitución y que, sobre este fondo, se optó conscientemente por la postura afirmativa. Además de ello, e independientemente de las voces favorables o contrarias a esta situación, en el debate citado de la Comisión de Constitución del Senado sí que existió una práctica unanimidad sobre la conveniencia de que la Constitución tuviese relevancia inmediata para los poderes públicos y, por consiguiente, no sólo para las Cortes sino también para las Administraciones públicas y los Tribunales de Justicia, entre otros. Senadores que se habían manifestado en contra de que la fuerza vinculante alcanzase a los ciudadanos aceptaron expresamente que se extendiese, en cambio, sobre los poderes públicos (OLLERO GÓMEZ, VILLAR ARREGUI, PÉREZ PUGA y MARTÍN-RETORTILLO) (22). La intención del constituyente no fue, pues, la de plasmar la concepción tradicional europea sobre el alcance de la Constitución, sino que, en el fondo y tal vez sin la total representación de sus consecuencias, se estaba buscando un sistema equivalente al de los Estados Unidos.

---

(22) Es más, el Senador MARTÍN-RETORTILLO dió a entender que si se oponía a la referencia expresa a los ciudadanos era por entenderla implícita en la de poderes públicos: «... es a los poderes públicos a quienes vincula la Constitución, y por eso no es preciso que se diga que los ciudadanos también quedan sujetos». *Vid. Diario, ob. cit.*, pág. 1718.

### E. *Doctrina del Tribunal Constitucional y de los autores*

De otra parte, esta naturaleza normativa inmediata y general de la Constitución ha sido reconocida no sólo por sus progenitores sino también, muy especialmente, por la doctrina y el Tribunal Constitucional. Así, este último, en su sentencia de 8 de junio de 1981 (recurso de amparo 13), señaló que «sus principios (de la Constitución) son de aplicación inmediata», y poco después (sentencia de 15 de junio de 1981, recurso de amparo número 16) aclaró que «...los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución) y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos». Posteriormente, en la sentencia 16/1982, de 28 de abril (recurso de amparo número 38) dijo claramente que «conviene no olvidar nunca que *la Constitución, lejos de ser un nuevo catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y, por consiguiente, también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella* (artículos 9.1 y 117.1 CE). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante *los Tribunales* (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), *quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución* (artículo 53.1 CE)». Más claramente, en la sentencia 80/1982, de 20 de diciembre (recurso de amparo 160/1982) señala que el artículo 9.1 significa la *sujeción o vinculatoriedad normativa* de la Constitución desde su entrada en vigor, añadiendo que esta vinculatoriedad es *inmediata* respecto a sus artículos 14 a 38. Finalmente, en la sentencia 101/1983, de 18 de noviembre (recurso amparo 163) proclama que «*la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución...* los titulares de los poderes públicos tienen además un *deber general positivo de realizar sus funciones*

*de acuerdo con la Constitución...». (Los subrayados son, obviamente, nuestros.)*

Entre los autores y por citar unos ejemplos, merece recogerse la valoración de GARCÍA DE ENTERRÍA del artículo 9.1 como determinante no sólo del «carácter vinculante general de la Constitución, sino algo más, el carácter de esta vinculación como "vinculación más fuerte" en la tradicional expresión de constitucionalismo norteamericano...», bien que luego este autor matiza las consecuencias que se derivarían de este postulado (23). Por su lado, GARRIDO FALLA, además de considerar positiva la referencia a la sujeción constitucional de los ciudadanos, reconoce la transformación de la Constitución en fuente del derecho directamente aplicable (24).

#### F. Conclusión

Bien es verdad que hay disposiciones en la Constitución que necesitan de un desarrollo legislativo para su plena operatividad, esto es, para engendrar derechos y obligaciones. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con el Capítulo III del Título I, sobre los principios rectores de la política social y económica. Pero el principio fundamental que se deriva del artículo 9.1 es que, allí donde exista una norma constitucional completa, la misma deviene aplicable sin más por particulares y autoridades, y que, por otra parte, esos mismos principios programáticos adquieren carácter normativo inmediato en cuanto determinan la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de cualesquiera disposiciones que se les opongan. No contento con la proclamación de ese principio de sujeción general a la Constitución, su artículo 53.1 vuelve a reiterarlo respecto a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I, afirmando que los mismos *vinculan a todos los poderes públicos*, fórmula en

---

(23) *Vid. ob. cit.*, págs. 112 y sigs.

(24) *Vid. Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 105 y sigs. En el mismo o parecido sentido pueden citarse también O. ALZAGA, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pág. 133; PECES-BARBA y PRIETO SANCHÍS, *ob. cit.*, pág. 98; J. DE ESTEBAN y otros, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980, Tomo I, págs. 118 y sigs.

sí misma innecesaria por tratarse de algo ya asegurado por el artículo 9.1. Lo que sí es nuevo respecto a este último es la posterior reserva que se hace en favor del legislador para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, así como el reconocimiento de su tutela por el recurso de amparo previsto en el artículo 161.1. b). En cualquier caso, debe significarse esta preocupación del constituyente por dotar a nuestra ley de leyes de ese carácter normativo inmediato y superior, manifestada, por si quedase alguna duda, en la reiteración del principio del artículo 9.1 respecto a los derechos y libertades del Capítulo II del Título I.

#### IV. LA DIFÍCIL COMPATIBILIDAD ENTRE EL CARÁCTER NORMATIVO INMEDIATO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA AFIRMACIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN CONCENTRADA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

En los apartados precedentes se ha podido comprobar la pacífica aceptación, por un lado, del sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, en el sentido de que sólo el Tribunal Constitucional puede decidir sobre su inconstitucionalidad y consiguiente inaplicación, y, por otro, el carácter normativo inmediato y superior de la Constitución, que la hace directamente obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos e inmune a lo dispuesto en cualquier norma inferior.

Sin embargo, ambas consideraciones no siempre resultan armonizables entre sí. Cuando la Constitución no encuentre precepto inferior que se le oponga, sus normas se hacen observables directamente (siempre, claro está, que las mismas sean susceptibles de ello). En tal caso es evidente la sujeción a la misma de los ciudadanos y poderes públicos.

En cambio, si la Constitución colisiona con una norma legal, esta vinculación inmediata o más fuerte se hace dudosa en tanto en cuanto se afirme paralelamente el control concentrado de las leyes. En tal caso los ciudadanos y los poderes públicos están obligados a observar la norma legal, olvidándose de lo que pueda disponer la Constitución, hasta que el Tribunal Constitucional dictamine su inconstitucionalidad, pues no otra cosa implica el control

concentrado. Aquí no hay una vinculación a la Constitución sino a las leyes inferiores, máxime teniendo en cuenta que ni los ciudadanos ni los poderes públicos están obligados a instar el reconocimiento de la inconstitucionalidad de un precepto legal, con la excepción de los tribunales cuando de su validez dependa el fallo que hayan de pronunciar, según advierte el artículo 35.1 LOTC. Por consiguiente, los ciudadanos y los poderes públicos —que no sean los Tribunales en la tesitura mencionada— estarían actuando conforme a derecho cuando se atengan a lo dispuesto en las leyes contrarias a la Constitución, aunque esta circunstancia les resulte indubitada. La sujeción se produce entonces respecto a las leyes, y no a la Constitución. Es más, en tal caso está implícita la licitud de todo comportamiento inconstitucional con tal de que esté ajustado a las leyes.

Así las cosas, resulta que los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución quedan desvirtuados en buena parte en tanto se afirme el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. La vinculación inmediata sólo se produce cuando aquélla pueda aplicarse sin contrariar lo previsto en las leyes inferiores. En cambio, cuando surja esta contrariedad la normatividad de la Constitución queda suspendida, y pierde su *vis* vinculante respecto a los ciudadanos y los poderes públicos (que no sean los tribunales en el supuesto del artículo 35.1 LOTC), los cuales deben acomodar su conducta a las leyes inconstitucionales hasta tanto esta circunstancias se proclame por el Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, la normatividad de la Constitución no posee el carácter absoluto que se deduce de su artículo 9.1, sino más bien uno parcial, y su vinculatoriedad no tiene el alcance inmediato y general con que se ha interpretado sino uno relativo y dependiente. Reconocer esto es fundamental para una coherente defensa del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

También en el constitucionalismo clásico existían disposiciones —generalmente de tipo orgánico— susceptibles de aplicación directa, en cuanto no necesitadas de concreción o desarrollo normativo (25). La posibilidad de cumplimentar directamente disposicio-

---

(25) Aunque la cuestión demandaría un trabajo monográfico, parece que diversas disposiciones orgánicas de nuestras Constituciones decimonónicas

nes constitucionales no es, por tanto, una novedad respecto a situaciones anteriores. Lo que realmente aportan los artículos 9.1 y 53.1 es el reconocimiento de que *toda* la Constitución está investida del mismo atributo, lo que tiene una relevancia especial en materia de derechos y libertades y, sobre todo, la declaración de que afecta directamente a todos los sujetos públicos y privados. Ahora bien, si esta inmediatidad se detiene allí donde exista una ley contraria, la misma no es general sino parcial. Y si es parcial no hay una gran diferencia con fases constitucionales anteriores. Ciertamente el control de la constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional constituye una sustantiva innovación frente al constitucionalismo decimonónico, pero se trata de una cuestión diversa de la normatividad o vinculación inmediata de la Constitución. Si se parte de la limitación de esta última por la ley ordinaria no puede afirmarse la existencia de un salto cualitativo respecto al constitucionalismo clásico. Sólo la admisión de un control difuso de la constitucionalidad de las leyes permitiría defender que la vinculatividad de la Constitución es la más fuerte, o lo que es lo mismo, que su normatividad tiene un alcance inmediato y general.

## V. REFLEJO PRÁCTICO DE ESTA DIFICULTAD

Y, como para muestra bien vale un botón, expondremos unos casos tomados de la realidad, donde se manifiesta la difícil armonía entre los principios de vinculación constitucional inmediata y de control concentrado de las leyes.

### A. *El problema en las Cortes Generales*

Es sabido que el artículo 79.2 de la Constitución exige para la validez de los acuerdos de las Cámaras, que sean aprobados por la *mayoría (simple) de sus miembros presentes* (26), permitiendo

---

eran aplicadas directamente. Tal es, por ejemplo, lo que ocurría con preceptos sobre composición y elección de las Cortes, facultades del Rey, sucesión a la Corona, Regencia, etc.

(26) Este precepto ha sido interpretado, a nuestro juicio correctamente, como referido a la mayoría simple por los arts. 79.1 del Reglamento del Con-

sólo las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para la elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras. Así, pues, la regla general es la de la mayoría simple, admitiéndose como únicas excepciones las dispuestas en la propia Constitución o en leyes orgánicas o en los Reglamentos parlamentarios para la elección de personas. A pesar de ello, el artículo 7.1 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y Televisión, vino a establecer la mayoría de dos tercios del Congreso de los Diputados y otro tanto del Senado para la elección de los seis miembros del Consejo de Administración del Ente público RTVE que corresponde a cada Cámara. Obsérvese que esta mayoría especial de dos tercios no estaba amparada en ninguna de las tres excepciones a que nos hemos referido, por ser la ley 4/1980 una ley ordinaria y, por consiguiente, no identificable ni con la Constitución, ni con una ley orgánica ni con los Reglamentos parlamentarios. En consecuencia, el mencionado artículo 7.1 de la ley 4/1980 incurría en una palmaria vulneración de lo previsto en una norma constitucional, a la que se debe reconocer, por obra del artículo 9.1, una vinculación prioritaria y general.

No interesa en este punto estudiar la forma con que se han aplicado ambas disposiciones en la práctica (27), sino la solución que *teóricamente* debe defenderse a la luz de los principios y de la lógica constitucionales. Importa ahora determinar, en base a este ejemplo, cuál es el criterio válido con carácter general para casos equivalentes y no el mero enjuiciamiento de una concreta decisión.

El caso expuesto muestra perfectamente que si se defendiese la aplicación de una ley de evidente inconstitucionalidad, con olvido del artículo 79.2 de la Constitución, se desvirtuaría por completo lo establecido en su artículo 9.1. No habría tal vinculación priori-

---

greso, y 93.1 del Reglamento del Senado. En el mismo sentido *vid.* DE ESTEBAN, *ob. cit.*, tomo II, págs. 125 y sigs.; F. SANTAOLALLA, *Derecho parlamentario español*, Ed. Nacional, Madrid, 1984.

(27) Tal vez porque no se reparó en la contradicción que la ley 4/1980 suponía respecto a la Constitución, el caso es que el Congreso de los Diputados (*vid.* D.S.C. núm. 77, de 27 de marzo de 1980, pág. 5175; 80, de 15 de abril, pág. 5398, y 126, de 30 de octubre, pág. 7926) aplicó expresamente la regla de los dos tercios para la elección de los seis consejeros que le correspondían, haciéndose lo mismo por el Senado (*vid.* D.S.S. núm. 81 (1980), pág. 4115).

taria y general de la Constitución por ceder la misma ante una disposición legal inferior. Por el contrario, omitiéndose la observancia del precepto tachado de inconstitucional, quedaría negado que únicamente el Tribunal Constitucional pudiese disponer sobre la inconstitucionalidad de las leyes, abriéndose paso un sistema de control difuso sobre este extremo.

Para ponderar aún mejor el problema examinado debe tenerse en cuenta que el caso expuesto no suponía una actividad legislativa de las Cámaras, sino de mera elección de titulares de cierto órgano (función que bien habría podido corresponder a otra institución estatal). La observancia del artículo 79.2 de la Constitución no se relacionaba con los aspectos sustantivos regulados en una hipotética ley en tramitación en las Cámaras, ni con sus aspectos procedimentales, sino con una cuestión enteramente distinta (28). Por consiguiente, ni siquiera cabrían aquí las garantías que suponen el recurso de inconstitucionalidad frente a los actos legislativos que vulneren nuestra norma suprema. La elección de los titulares de ciertos órganos por las Cámaras no es un acto, según el artículo 27.2 de la L.O.T.C., que pueda provocar un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad. Es más, tampoco podría pensarse en la utilización del recurso de amparo, en virtud de la previsión del artículo 42 de la L.O.T.C., para hacer frente a esa elección inconstitucional, ya que en la misma no hay violación de ninguno de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, que es el supuesto de hecho exigido para el recurso de amparo (artículos 161.1 b) de la misma y 41 y 43 de la L.O.T.C.). No hay aquí, por consiguiente, ningún medio —siquiera indirecto— para hacer efectiva la supremacía de la Constitución. Si se afirma que sólo el Tribunal Constitucional puede resolver sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional (en este caso la ley 4/1980), la consecuencia evidente es que se hace forzosa e ineludible la observancia de un precepto inequívocamente inconstitucional, con la secuela final de que la Constitución deja de ser inmune a cual-

---

(28) Se trata de lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado como preceptos orgánicos constitucionales, que son de inmediata aplicación para todos los poderes públicos y, en concreto, para los órganos a que la regulación constitucional se refiere. *Vid. La Constitución como norma jurídica, ob. cit.*, págs. 127 y 22.

quier otra disposición inferior. Si, por el contrario, el destinatario de la norma (en este caso el Congreso y el Senado) resuelve en aplicar la norma constitucional, omitiendo la disposición legislativa que le sea contraria, se hace efectivo el principio de vinculación inmediata y superior de la Constitución, pero, simultáneamente, se manifiesta que no hay control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, ya que un órgano distinto del Tribunal Constitucional ha excepcionado por sí mismo la observancia de una disposición considerada inconstitucional.

### B. *El problema en otras esferas*

El dilema expuesto no se limita a las Cortes como poder legislativo del Estado, sino que es trasladable a todos los operadores jurídicos, esto es, a los sujetos públicos y privados que aplican el derecho. En el ejemplo visto, las Cámaras se ven en la tesitura de inaplicar una disposición legislativa, para así dar cumplimiento preferente a la Constitución como norma suprema. Semejante actitud podría producirse perfectamente en cualquier otro órgano, pues es evidente que la elección de los consejeros de RTVE no corresponde por su naturaleza a las Cámaras, sino por una legítima y coyuntural decisión política, que tanto puede optar por su otorgamiento al poder legislativo (supuesto actual) como a otro órgano del Estado.

Obsérvese que situaciones equivalentes a la de la muestra pueden producirse respecto a cualquier operador jurídico. Una autoridad o agente administrativo puede constatar la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición legal sobre sus funciones, viéndose obligado entonces a optar entre dar efectividad al principio de primacía constitucional, con la consiguiente inaplicación de esa disposición legal, o aplicar esta última contraviniendo así el dictado del artículo 9.1 de la Constitución. A la vista de este artículo ¿cabría defender que la autoridad o funcionarios tuviese que resignarse a aplicar la ley supuestamente inconstitucional, con la única esperanza de que su decisión final fuese en algún momento impugnada ante la jurisdicción contenciosa-administrativa por un tercero, y que el mismo o el tribunal correspondiente plantease ulteriormente una cuestión de inconstitucionalidad?, ¿puede hacerse depender la supremacía de la Constitución de un *eventual* recurso contencioso-

administrativo y de una no menos *eventual* cuestión de inconstitucionalidad? Repetimos que la defensa del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes conllevaría en este caso la admisión de la aplicación de la ley inconstitucional, teniendo como única garantía el siempre *a posteriori* y aleatorio planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Pero, ¿dónde quedaría, entonces, esa vinculación inmediata y general de la Constitución?

### C. *El problema en el Gobierno*

Otro ejemplo de lo anterior se ha producido con los Decretos de nombramiento del Presidente del Gobierno Vasco. (Decretos 771/1984 y 82/1985). El artículo 4 de la ley del País Vasco 7/1984, de 30 de junio dispone que tales nombramientos deben refrendarse por el Presidente del Parlamento Vasco y, sin embargo, los mismos han aparecido refrendados por el Presidente del Gobierno nacional, sin duda como consecuencia de lo ordenado en el artículo 64.1 de la Constitución, que reserva al Presidente y a los ministros del Gobierno nacional el refrendo de los actos del Rey, sin más excepción que la del nombramiento del propio Presidente del Gobierno. La citada ley contraría a nuestro juicio la Constitución, tanto por olvidarse de lo dispuesto en su artículo 64.1 como por invadir un ámbito estatal (actos del Rey) que no le corresponden. Lo importante, a los efectos que aquí interesan, es que el Gobierno nacional no ha procedido a impugnar por inconstitucional la repetida ley sino que haciendo excepción de la misma, ha dado aplicación directa a la Constitución. De admitirse un control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, tal comportamiento no habría sido posible, puesto que habría tenido que esperar a la declaración de inconstitucionalidad de la ley vasca por parte del Tribunal Constitucional (29).

---

(29) Entendemos que la ley vasca tiene, en principio, la competencia para regular la forma y el procedimiento del nombramiento de un órgano autonómico como es el Presidente. Y no sólo por ser una materia correspondiente a su ámbito institucional (art. 148.1.1.ª de la Constitución), sino también por disponerlo así el art. 33.3 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Ahora bien, como quiera que éste último exige (art. 33.1) que el nombramiento se haga por el Rey, deben respetarse las limitaciones constitucionales dispuestas

Por eso, en los casos de *inequívoca* contradicción constitucional el principio de vinculación más fuerte, dimanante de los artículos 9.1 y 53.1, parece admitir que se dejen de aplicar las disposiciones legales en cuestión, dando prioridad a las normas constitucionales.

## VI. EL PROBLEMA A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Que la vinculatoriedad inmediata de una norma, sobre todo si es suprema, reclama la inaplicación de la inferior que le resulte contraria es también un postulado del actual derecho comunitario europeo, siendo dos aspectos tan íntimamente implicados que la supremacía de este derecho sobre el nacional de los Estados miembros se ha hecho derivar jurisprudencialmente del efecto inmediato del primero (30).

No existiendo en los Tratados de la CE una declaración general sobre la aplicabilidad inmediata del derecho comunitario, fuera del caso concreto de los Reglamentos (artículo 189.2 Tratado CEE), el Tribunal de Justicia de la CE hizo derivar este efecto de la propia naturaleza del Mercado Común, en el sentido de hacer surgir dere-

---

para los actos del Jefe del Estado, en cuya regulación, además, no puede intervenir tal ley por ser una institución ajena al ámbito comunitario.

Pero, también entendemos que el Gobierno de la Nación no podría explicar su comportamiento con una simple referencia a la manifiesta incompetencia —material y territorial— de la legislación autonómica para disciplinar el comportamiento de las instituciones centrales, como son el Rey y el propio Gobierno, pues siendo esto cierto no lo es menos que semejante circunstancia constituye precisamente un vicio de inconstitucionalidad de la ley. (Véanse sentencias 32/1981, de 28 de julio y 49/1984, de 5 de abril de 1984 del Tribunal Constitucional.)

(30) *Vid.* en este sentido S. BOULOIS y R. CHEVALIER, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Dalloz, París, 1978, pág. 172; J. V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, 2.ª edición, Bruselas-Luxemburgo, 1983, pág. 97; R. KOVAR, «Relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, editado por Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1984, especialmente págs. 118 y sigs. Sobre los problemas suscitados en Francia *vid.* el estudio del Conseil d'Etat, «Droit communautaire et Droit français», en *Notes et Etudes Documentaires*, núms. 4679-4681, especialmente págs. 41 y sigs. En relación a España, S. MUÑOZ MACHADO, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, 1980, págs. 87 y sigs.

chos que entren directamente en el patrimonio jurídico de los ciudadanos y que deben salvaguardarse por las jurisdicciones internas (Sentencias de 5 de febrero 1963, asunto 26/62 *Van Gend Loos* y de 19 de diciembre de 1968, asunto 13/68, *Salgoil*, entre otras).

A su vez este efecto directo tiene como consecuencia la primacía del derecho comunitario sobre cualquier disposición interna, constitucional, legislativa o reglamentaria. Ya en la sentencia de 15 de julio de 1984 (asunto 6/64, *Costa c/E.N.E.L.*) el Tribunal señalaba que el espíritu y la letra del Tratado de la CEE «out pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de reciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable» y que «le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de su nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne que qu'il soit sans perdre son caractère communautaire...». Más claramente en su famosa sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto *Simmenthal*) proclamaba que «tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droit que celui-ci confère aux particuliers, en *laisant inappliquée* toute disposition éventuellement contraire de *la loi nationale*, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire».

Así, pues, la inmediatividad del derecho comunitario se conjuga con una primacía que determina no sólo la facultad, sino la obligación del juez de excepcionar la norma legislativa interna contraria al derecho comunitario (31). Ciertamente, al amparo del artículo 177 del Tratado CEE, los tribunales nacionales que conozcan en instancia no susceptible de recurso deben plantear como cuestión prejudicial la compatibilidad entre una disposición comunitaria y una disposición interna. Aquí no habría propiamente un efecto inmediato ni un control difuso de la adaptación del derecho interno al

---

(31) Junto a bibliografía citada en nota anterior *vid.* sobre este punto FERRARI BRAVO, *Trattato istitutivo della CEE, Commentario*, Giuffrè, Milán, 1965, III, págs. 1324 y sigs.; VANDERSANDEN y BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1977, págs. 273 y sigs.

comunitario (32). Pero fuera de este concreto caso, los Tribunales deben proceder a excepcionar por sí mismos la ley nacional contraria a la norma comunitaria. El artículo 177 citado prevé como facultativo el planteamiento de una cuestión prejudicial (33), disposición que se ha entendido referida a los supuestos de duda sobre el sentido y alcance de las normas comunitarias. Cuando para los Tribunales resulte indudable que una norma interna se opone a una comunitaria deben excepcionar por sí mismos la primera. Con ello queda claro que la eficacia directa de la norma comunitaria implica no sólo su primacía sino la facultad-deber del juez de aplicarla con preferencia a la norma nacional contraria. Hay, por tanto, un verdadero control difuso del ajustamiento al Derecho comunitario de las disposiciones internas (34).

De otra parte, cuando se llega a formular una de estas cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia de la CE se limita a resolver sobre la interpretación adecuada y sobre la validez del derecho comunitario, sin extenderse al derecho interno. Así en la citada sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa/ENEL) el Tribunal reconoce que no puede ni aplicar el tratado comunitario a un caso determinado ni resolver sobre la validez de las normas del derecho interno en relación al mismo, y advierte que existe una neta sepa-

---

(32) En su sentencia de 27 marzo 1963 (asuntos 28 a 30/62) *Da Costas Administración neerlandesa*, el Tribunal Europeo disponía que los tribunales nacionales que conociesen en última instancia debían en todo caso plantear la cuestión prejudicial del art. 177. Tratado CEE. No obstante, admitía una excepción a esta obligación cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra ya resuelta a título prejudicial.

Sobre la teoría del «acto claro» como límite a la obligación de formular el recurso vid. los interesantes comentarios de B. GENEVOIS, «Le Conseil d'Etat et l'ordre juridique communautaire», *Etudes et documents*, 1979-1980, págs. 75 y sigs. Señala este autor que todo depende en definitiva de buena fe y voluntad de los jueces.

(33) A título de ejemplo, puede citarse la Sentencia de 12 de diciembre de 1981 (asunto 244/80, *Foglia-Novello*) en que el Tribunal reconoce que corresponde al juez nacional decidir sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial.

(34) Aunque la obligación de dar aplicación preferente al derecho comunitario se centra ante todo en los jueces, el Tribunal de Justicia de la C.E. ha reconocido que afecta también al conjunto de las autoridades estatales, a cada una según su propia naturaleza (Sentencia de 13 de julio de 1972, asunto 48/71).

ración de funciones entre las jurisdiccionales nacionales y el propio Tribunal (35).

Por consiguiente, al igual que en el constitucionalismo americano el reconocimiento de una norma como superior y directamente aplicable lleva consigo la posibilidad de inaplicar directamente la norma que le resulte contraria. Y si esto es así, parece que igual consecuencia puede extraerse de los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española dada la forma en que han sido interpretados.

Pero, más significativo es pensar en la situación de nuestros Tribunales si, como es esperado, se consuma la adhesión de España a la CE. Si deben excepcionar cualquier norma interna que resulte incompatible con el derecho comunitario, lo que alcanzaría a las leyes y hasta la propia Constitución, resultaría poco lógico que no dispusiesen de la misma facultad en el plano normativo interno. ¿Sería coherente que estuviesen obligados a excepcionar una ley nacional de (indiscutible) contrariedad con un reglamento o una directiva comunitarios y no pudiesen hacer lo propio cuando esa misma ley o cualquier otra vulnerase (de modo inequívoco) la Constitución? ¿Por qué no limitar la cuestión de inconstitucionalidad a los casos de duda o inseguridad y a los Tribunales que conozcan en última instancia a semejanza de lo que ocurre en el derecho comunitario?

La contestación negativa a estos interrogantes o, lo que es lo mismo, el mantenimiento de la situación actual crearía un estado de incoherencia, puesto que una misma ley se dejaría de aplicar en casos de colisión con normas de posible escasa importancia (reglamentos, directivas comunitarias) y, en cambio, habría que aplicarla en caso de vulneración de la Constitución. No parece exagerado afirmar que en el plano interno ésta tiene tanta o más trascendencia que cualquier disposición comunitaria, por la que no

---

(35) *Vid.* en el mismo sentido Sentencias de 4 de abril de 1968 (asunto 34/67 *Lück/Oficina de aduanas de Colonia*), de 5 de julio de 1967 (asunto 2/67, de *Moor/Caja de Pensiones de empleados privados*) y de 11 de diciembre de 1973 (asunto 120/73, *Lorenz/Rep. Federal de Alemania*). Concretamente en la primera de estas sentencias se proclama que corresponde a los Tribunales nacionales decidir si incompatibilidad entre una norma interna y la comunitaria afecta a la totalidad o sólo a parte de la primera, y si la misma supone su derogación, nulidad o cualquier otra solución.

sería disparatado revestirla de la misma protección, aligerando de paso al Tribunal Constitucional del conocimiento de cuestiones probablemente superfluas. Ciertamente, ese estado de incoherencia se presenta, a nuestro juicio, en diversos de los países miembros de la CE (Francia, Italia, R.F.A., etc.), sin duda porque sus respectivos regímenes constitucionales impiden otra solución. En cambio, los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española brindan una posibilidad para superar ese estado. Si se optase por llevar a sus últimas consecuencias el principio de normatividad directa y superior de su Constitución, podría reconocerse a ésta las mismas o parecidas garantías que al derecho europeo. El obstáculo que existe a estos efectos en otros países comunitarios no se presenta entre nosotros.

## VII. ALTERNATIVAS QUE SE OFRECEN AL PROBLEMA EXAMINADO

A la vista de lo anterior, no parece exagerado afirmar que hay dos únicas alternativas: o se reconoce que en España no hay propiamente una vinculatoriedad inmediata y superior de la Constitución, corrigiendo en buena parte lo proclamado en sus artículos 9.1 y 53.1, con lo que se mantendría coherentemente la jurisdicción concentrada en el control de la constitucionalidad de las leyes, o se admite en aras de ese principio un sistema de jurisdicción difusa. La opción por una u otra constituye claramente una decisión política, bien que siempre con las limitaciones advertidas. Queda ahora por demostrar si la introducción de un control difuso sobre las leyes es viable dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, si aceptada su conveniencia podría hacerse efectiva sin que se resintieran sus fundamentos y principios.

### A. *Interpretación posible del artículo 163 de la Constitución*

El control difuso parece resultar contrario a lo establecido en el artículo 163 de la Constitución, precepto que generalmente ha sido contemplado como postulante del sistema opuesto de jurisdicción concentrada. Sin embargo, bien mirado, este último artículo no impone tal solución, admitiendo otra armonizable con el artículo 9.1.

Obsérvese la letra de aquel precepto: «Cuando un órgano judicial considere... que una norma con rango de ley... *pueda ser contraria* a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional...». La expresión *pueda ser contraria* parece implicar la existencia de duda o inseguridad del tribunal sobre la constitucionalidad de una norma, de tal forma que sólo en este caso sería necesaria la formalización de un incidente de inconstitucionalidad. Semejante inciso debe referirse al caso en que el juez o tribunal advierta *la posibilidad* de que una norma sea inconstitucional, pero no a los de *convencimiento y certeza* sobre este extremo, en cuyo caso aquéllos podrían excepcionar por sí mismos la observancia de dicha norma. La expresión adecuada para establecer la cuestión de inconstitucionalidad en todo caso —incluso en los que tal circunstancia sea indubitable— sería la de «cuando el órgano judicial considere que una norma con rango de ley *es o pueda ser contraria* a la Constitución...» u otra expresión equivalente que revelase la inevitabilidad de dicho incidente procesal (36). Por consiguiente la letra del artículo 163 de la Constitución no necesariamente exige una jurisdicción concentrada en favor del Tribunal Constitucional, y, puede admitir una difusa.

Es cierto que, al redactar este precepto, nuestros constituyentes parecían estar pensando en un sistema del tipo austriaco o de jurisdicción concentrada, como ya pusimos de relieve anteriormente. Pero, no lo es menos que, aparte de expresarse esta aspiración de una forma poco precisa y rigurosa, se defendió también que el modo austriaco no tenía que ser trasladado en toda su pureza, sino con la importante corrección que suponía la cuestión de inconstitucionalidad (37) corrección de claro signo convergente con el

---

(36) Nótese cómo el art. 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn, mucho más preciso sobre este punto, se expresa en tono diferente, abarcando cualquier grado de apreciación de inconstitucionalidad como determinante del planteamiento de la cuestión ante la Corte Constitucional: «En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, deberá suspenderse el proceso...».

(37) Así, el Diputado Sr. ALZAGA criticó la fórmula que contenía el texto de la Ponencia sobre el proyecto de Constitución, en cuanto reservaba a los Tribunales de apelación o casación el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, postulando en su lugar —y como se aprobaría definitivamente— que fuese posible para toda instancia judicial (bien que en un

sistema americano de jurisdicción difusa, por lo que la interpretación ahora expuesta (y con las matizaciones que luego se indican) sólo resultaría un paso más adelantado en el control de la constitucionalidad de las leyes, nunca un sistema antitético del pensado por nuestros constituyentes. En todo caso, la interpretación sostenida por el autor de la norma no puede ser nunca el factor decisivo para su ulterior interpretación por los operadores jurídicos. Sobradamente conocida es la prioridad que otorga el artículo 3.1 del Código Civil al espíritu y finalidad de las normas sobre otros elementos interpretativos. En el mismo sentido debe tenerse en cuenta el primado de la *mens legis* sobre la *mens legislatoris*.

De otra parte, la posible y parcial incoherencia que pueda resultar en todo caso entre los artículos 9.1, 53.1 y 163, debería resolverse en beneficio de los primeros. Todas las disposiciones constitucionales han de interpretarse a la luz de los propios principios y valores constitucionales contenidos en su Título Preliminar, entre los cuales se encuentra precisamente el de vinculatoriedad inmediata y general del artículo 9.1, reforzado por el de jerarquía normativa del apartado 3 del mismo artículo, no debiendo olvidarse la aplicabilidad inmediata de esos principios o valores, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (sentencia de 8 de junio de 1981, en recurso de amparo 13). En parecido sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA se ha referido a la «primacía interpretativa absoluta» de los principios constitucionales contenidos en el preámbulo, Título Preliminar y Capítulo II, sección primera, del Título I de la Constitución sobre los demás de la Constitución, lo que permitiría hablar incluso —como ya ha hecho el Tribunal Constitucional alemán— de «normas constitucionales inconstitucionales», esto es, de preceptos de rango constitucional que deben ceder, al menos a efectos interpretativos, ante esos postulados y valores supremos constitucionales (38).

---

sistema de jurisdicción concentrada), para que el judicialismo «esté debidamente racionalizado». Por su parte, el Sr. PECES-BARBA MARTÍNEZ reconoció que el sistema español se inscribía en el modelo continental europeo, pero otorgando a los tribunales «la posibilidad de controlar jurídicamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias...». Vid. D.S.C. núm. 92, de 14 de junio de 1978, págs. 3453 y 35.

(38) Vid. *ob. cit.*, págs. 138 y sigs.

Por consiguiente, una interpretación finalista del artículo 163 de la Constitución y que, sobre todo, tenga en cuenta lo que se ha querido ver en su artículo 9.1, puede admitir la facultad de los órganos judiciales de dejar de aplicar cualquier disposición legal o infralegal que les resulte de *indudable* inconstitucionalidad, limitando el planteamiento del incidente ante el Tribunal Constitucional a los casos en que, por controvertirse esta situación por las partes en el proceso o por cualquier otra circunstancia, no les aparezca segura sino posible o dudosa. De este modo, y como en el *judicial review* americano, la inaplicación de esa norma supuestamente inconstitucional tendría efectos meramente *inter partes*, limitados al caso concreto sometido a su consideración, sin perjuicio de que los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional a través de los distintos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad tengan efectos *erga omnes*, imponiéndose sus decisiones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma a todos los sujetos, públicos y privados. Quedarían así equilibrados los principios sobre vinculación más fuerte de la Constitución (artículo 9.1 y 53.1) y de seguridad jurídica (artículo 9.3), así como el relativo a la existencia de un Tribunal Constitucional cuyas declaraciones de inconstitucionalidad *tienen plenos efectos frente a todos*, como dice su artículo 164.1 *in fine* (39). Los fallos del Tribunal Constitucional serían vinculantes e ineludibles para todos los operadores jurídicos, impidiendo que quedase mermada la seguridad del ordenamiento jurídico, pues a través de los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad se podría conjurar el peligro de una pluralidad de decisiones judiciales de signo diferente. El Tribunal Constitucional permanecería así como órgano encargado de uniformar con efectos vinculantes generales las decisiones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas legales. Pero, ello no impediría que los órganos judiciales pudieran por sí mismos —y hasta tanto se manifestase el Tribunal Constitucional— dejar de observar una ley o norma con rango de ley viciadas de inconstitucionalidad, que es lo que se corresponde con el tantas veces invocado principio de obligatoriedad inmediata de la Constitución.

---

(39) Sobre la efectividad de estas sentencias *vid.* A GARRORENA, «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 11; R. BOCANEGRA, *El valor de la sentencia del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, especialmente págs. 225 y sigs.

### B. *La quiebra aparente del principio de legalidad*

Ciertamente, un sistema semejante supone una quiebra del principio de legalidad, de sujeción de los órganos públicos y de los administrados a lo dispuesto en las leyes. Pero tal quiebra es sólo aparente. En realidad, constituye una reafirmación del mismo. Aquí deben invocarse una vez más las palabras del Juez MARSHALL cuando señalaba que si la Constitución y una ley ordinaria son aplicables a un caso concreto y si ambas son contradictorias entre sí, la conclusión es que la segunda es nula y no puede aplicarse por los jueces, pues es esta nulidad la única que garantiza la superioridad e inalterabilidad de la Constitución por medios ordinarios. Si por el contrario, se diese aplicación a la ley, simultáneamente se estaría inaplicando la Constitución, subvirtiendo así el fundamento de ésta. Por tanto, lo que se hace es defender el principio de legalidad, en cuando se da prioridad a la ley superior sobre la inferior, pues la Constitución no es otra cosa que la ley de mayor rango del ordenamiento o, dicho de otra forma, se deja de aplicar una ley que propiamente no es tal, sino nula o inexistente por contradecir lo ordenado en la ley superior.

Puede rechazarse por inapropiado a las circunstancias del país el control difuso de las leyes. Sería tan legítimo como oponerse a cualquier tipo de control de su constitucionalidad. Pero lo que no parece posible es negar ese control difuso cuando al mismo tiempo se afirma la vinculación general de la Constitución, y que esta vinculación sea la más fuerte dentro del ordenamiento jurídico. Si se acepta este último principio debe acogerse igualmente el primero, que tanto histórica como lógicamente ha constituido una derivación suya. La oposición a ese control difuso debe significar otro tanto respecto a que la Constitución tenga una vinculatoriedad *inmediata* sobre los ciudadanos y los poderes públicos. No hay obligatoriedad y primacía *generales* de la Constitución si en un caso de conflicto con la ley ordinaria los ciudadanos y los Tribunales no pueden darle aplicación prioritaria. En tal caso, a lo que estarían sujetos estos últimos, sería a la ley y no propiamente a la Constitución, pues no podrían observar lo en ella dispuesto hasta que el Tribunal Constitucional declarase inconstitucional la ley en cuestión.

Si se defiende entre nosotros que los jueces y demás órganos

estatales no pueden excepcionar la ley inconstitucional hasta que esta circunstancia sea declarada por el Tribunal Constitucional, ha de reconocerse que a lo que en realidad están sujetos los primeros, al menos de modo inmediato, es a la ley y no a la Constitución. Consecuentemente, ha de reconocerse que el artículo 9.1 de ésta es una proclamación vacía en buena parte y, por lo mismo, inaplicable en su literalidad. No se produce lo que realmente dice la norma sino lo que con mucha más exactitud establece el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, en concordancia con el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes allí imperante: «El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y el Derecho». Sería esta fórmula, más modesta y también más rigurosa, la que correspondería a nuestro sistema, y no la enfática proclamación del repetido artículo 9.1.

### C. *Control difuso y seguridad jurídica*

El sistema de jurisdicción difusa no hace resentirse la seguridad del ordenamiento jurídico. El caso de los Estados Unidos es paradigmático en este sentido, debiendo tenerse en cuenta que en dicho país tal circunstancia se consigue incluso en medio de la complejidad que supone un Estado federal, donde la Constitución de la Unión es paralela a la de cada uno de los Estados, y donde el Tribunal Supremo Federal se corresponde con la existencia de otros Tribunales Supremos en cada uno de éstos, por lo que no parece plantear problemas especiales su aplicación en España, donde existe un Tribunal Constitucional como órgano *ad hoc*, que puede resolver directamente sobre la constitucionalidad de las leyes a través de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

De otra parte, la jurisdicción difusa sobre la constitucionalidad de las leyes no puede valorarse como un sistema *enteramente* distinto a la posición adjudicada a nuestros jueces y tribunales en la ordenación de fuentes del derecho. Se trataría del ejercicio de una facultad que ha venido practicándose, nada menos que desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, respecto a un nivel inferior a la jerarquía de las fuentes: reglamentos y otras disposiciones

dictados por la Administración que a su juicio estén en desacuerdo con las leyes (artículo 7.º). Aunque no puede ocultarse el especial significado jurídico político que tendría esta facultad respecto a las leyes inconstitucionales, por afectar a las decisiones de los representantes populares, la misma responde en el fondo a la misma lógica que la facultad judicial de excepcionar la aplicación de los Reglamentos ilegales, que no es otra que dar efectividad a la norma superior sobre la jerárquicamente inferior (40). La técnica de la inaplicación de los reglamentos ilegales obedece a la necesidad de respetar prioritariamente la voluntad de los representantes populares (contenida en la ley) sobre la de los órganos administrativos sometidos. De la misma forma, la inaplicación de la ley inconstitucional se basa en el deber de cumplir lo ordenado por el poder constituyente con primacía sobre lo dispuesto en el poder legislativo ordinario, que es un órgano sometido al primero. La misma *ratio* existe, por tanto, para utilizar esa facultad en ambos niveles jurídicos. Si se niega que los jueces y tribunales pueden excepcionar la observancia de las leyes inconstitucionales, con la misma lógica debería rechazarse este poder respecto a los reglamentos ilegales, que deberían entonces diferirse a la instancia judicial con competencia para anularlos para que, como órgano único, se pronunciase sobre el particular.

Y, a su vez, si se admite esta facultad sobre leyes inconstitucionales en beneficio de los órganos judiciales, su mismo fundamento exige reconocerla también para los restantes órganos estatales y para los ciudadanos (41). Unos y otros están sometidos con la misma fuerza y en el mismo plano que los jueces, al principio de primacía general de la Constitución. Si la vinculatoriedad de la Constitución exige ese poder en manos de los jueces lo mismo debería trasladarse a los particulares y a los restantes órganos estatales. Recuérdese que el artículo 9.1 no hace distinciones al respecto,

---

(40) Sobre este tema *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *ob. cit.*, págs. 196 y sigs.

(41) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, *ob. cit.*, pág. 198, quien reconoce que la facultad de excepcionar los reglamentos ilegales tiene el mismo fundamento en los jueces que en los ciudadanos y funcionarios de la Administración. En el mismo sentido debe recordarse la postura del Tribunal de Justicia de las C.E. sobre vinculatoriedad de todas las autoridades estatales por el derecho comunitario.

mencionando expresamente a los ciudadanos y a los poderes públicos *in genere*. Por eso mismo, ya más arriba mostramos un caso en que las Cámaras deberían dejar de aplicar la Ley 4/1980 para, en su lugar, cumplimentar lo ordenado en el artículo 74.2 de la Constitución. También, entonces, se demostró que la tesis sobre el control concentrado de las leyes conducía a un resultado jurídicamente inaceptable.

Todo ello no excluye, evidentemente, que si se produjese una controversia sobre la constitucionalidad de una ley entre sujetos privados, o entre sujetos públicos, o entre unos y otros entre sí, que semejante contencioso pudiese diferirse mediante los cauces procesales oportunos a los órganos judiciales y que éstos, en caso de resultarles indubitada la inconstitucionalidad, pudiesen inaplicar por sí la ley correspondiente, o que, si tuviesen dudas o inseguridad al respecto, pudiesen formalizar una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional resolviese con carácter general.

#### D. *Equiparación de los jueces respecto a las leyes preconstitucionales*

Por otra parte, debe recordarse que tanto el Tribunal Constitucional (sentencias de 2 de febrero de 1981 y 24 de abril de 1981), como diversos autores (42) han reconocido que los jueces y tribunales pueden dejar de aplicar directamente las disposiciones legales *preconstitucionales* que hayan quedado derogadas por la Constitución como norma superior y posterior. Se admite expresamente que el órgano judicial debe verificar la constitucionalidad de las leyes previas, de tal modo que, si ésta existe, se aplica sin más la ley en cuestión, pero si de esta comprobación resulta que la ley es contraria a la Constitución, debe inaplicarse, en la inteligencia de que la misma ha quedado derogada por esta última. Aunque la situación que en esto plantean las leyes anteriores y las posteriores es distinta, por tratarse en el primer caso de un caso de comprobación de la existencia de una ley mientras que en el segundo se

---

(42) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma*, *ob. cit.*, págs. 115 y sigs.; L. PASTOR RIDRUEJO, *Aplicación de la ley...*, *ob. cit.*, pág. 2022.

trata de la verificación de su validez, no puede ignorarse que en ambos hay un juicio sobre su constitucionalidad. Respecto a las leyes preconstitucionales, el juez debe comprobar su conformidad a la norma suprema, rechazándolas cuando de este examen se derive que han quedado derogadas por resultarles contrarias. Independientemente de ciertas diferencias que —repetimos— se producen entre las leyes anteriores y las posteriores a la Constitución, debe tenerse en cuenta que el sistema de jurisdicción difusa respecto a las segundas no significaría otra cosa que la aplicación del mismo modo de proceder de los tribunales: el órgano judicial verificaría la constitucionalidad de la norma legal posterior, pudiendo disponer su inobservancia en el caso concreto sometido a su juicio cuando le resultase de inequívoca inconstitucionalidad. Al igual que en el caso de leyes preconstitucionales, no habría aquí una proclamación general sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, sino con efectos *inter partes*, dejando que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse en su momento, sobre la inexistencia de la ley previa o la invalidez de la posterior. En consecuencia, el sistema de jurisdicción difusa no implicaría ninguna alteración radical, sino una prolongación de postulados admitidos pacíficamente a unos nuevos supuestos (43).

Es más, si no se admitiese esta interpretación se llegaría al resultado paradójico de que las leyes anteriores a la Constitución estarían rodeadas de mayores garantías constitucionales que las posteriores. El juez ordinario (y el funcionario y el ciudadano) pueden dejar de aplicar una ley anterior que resulte contraria a la Constitución, pero, en cambio, se negaría este poder respecto a las decisiones del legislador posconstitucional, precisamente el que pudo y debió tener en cuenta lo establecido en la misma.

---

(43) Curiosamente, el esquema operativo sería el mismo que el defendido por el propio Tribunal Constitucional respecto a las leyes *anteriores* a la Constitución: si su constitucionalidad es problemática o dudosa, se puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad para que el órgano único la dirima con poder vinculante general; mientras que si la inconstitucionalidad es manifiesta, el juez o tribunal podría inaplicarlas por sí mismo (*vid.* Sentencia de 2 de febrero de 1981, *B.O.E.* de 24 de febrero y Sentencia de 24 de abril de 1981; *B.O.E.* de 21 de mayo). Si esta alternativa se ofrece respecto a las leyes anteriores a la Constitución, no debiera existir inconveniente en trasladarla a las posteriores.

### E. Otras consideraciones

De otra parte, y desde una perspectiva de política jurídica, no existe ninguna razón que se oponga a la introducción entre nosotros del control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Semejante sistema se ha aplicado con indudable éxito en Norteamérica, y de allí ha saltado a otros países muy diferentes: Japón, a partir de la Constitución de 1947, distintos países del *Commonwealth*, Suiza (bien que con ciertas limitaciones), Noruega, Dinamarca y Suecia, Alemania durante la Constitución de Weimar e Italia en el período 1948-1956 (44). Más recientemente lo ha establecido el artículo 207 de la Constitución portuguesa de 1976 (45).

La experiencia de estos países demuestra que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes viene a evitar importantes disfunciones del sistema opuesto, disfunciones que fueron incluso advertidas durante los debates constituyentes. El sistema de jurisdicción concentrada, con el apéndice de las cuestiones procesales de inconstitucionalidad, plantea el dilema de que, si se reconoce el derecho-deber de plantear estas cuestiones a todo juez o tribunal, puede desembocarse en una multiplicación indefinida de las mismas, con el consiguiente riesgo de que el Tribunal Constitucional se vea afectado por una avalancha de estas cuestiones. Si para eludir esta rémora se limita —como se defendió por algún parlamentario— el derecho-deber de plantearlas a los Tribunales de apelación y casación, se cierra entonces la vía para una aplicación de las leyes conforme a la Constitución en los Tribunales y Juzgados que conozcan en única instancia (46). Ambas opciones dentro del sistema de jurisdicción concentrada tienen, por tanto, serias limitaciones. En cambio, si se reconoce a los Tribunales la facultad de inaplicar las disposiciones legales o con rango de ley que se opongan a la Constitución, como se deriva de su artículo 9.1, se evitaría un sinnúmero de incidentes procesales que tendrían que trasladarse innecesariamente

---

(44) *Vid.* sobre la extensión de este sistema a otros países M. CAPPELLETTI, *ob. cit.*, págs. 52 y sigs.

(45) Para un estudio de este país *vid.* J. A. SOARES MANSO PRETO, «La fiscalización de la Constitucionalidad de las leyes» en el *Tribunal Constitucional*, *ob. cit.*, III, págs. 2570 y sigs.

(46) Sobre esta alternativa *vid.* los debates de las Cortes constituyentes: *D.S.C.* núm. 92 (1978), págs. 3453 y sigs.; *D.S.S.* núm. 55 (1978), págs. 2731 y sigs.

al Tribunal Constitucional, siempre en la inteligencia de que si se plantease cualquier *duda o controversia* sobre el particular existiría franca esta vía de las cuestiones de inconstitucionalidad para que resolviese esa instancia única.

Finalmente, dos palabras sobre la forma de hacer operativo en España el sistema de control difuso de las decisiones legislativas. De optar por esta alternativa, lo ideal sería una modificación del artículo 35.1 de la LOTC —que hasta ahora se limita casi a repetir el artículo 163 de la Constitución— en el sentido de mencionar la facultad que se ofrecería a todos los jueces, de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o de inaplicar la disposición legal que les resulte de inequívoca inconstitucionalidad, y sin perjuicio de que en una nueva instancia procesal pueda discutirse esta última decisión por la parte que se siente perjudicada. En tal caso, el Tribunal que conociese en vía de apelación o casación podría confirmar la resolución de primera instancia o proceder a formalizar la cuestión de inconstitucionalidad. A corto plazo, y entre tanto se reforma la LOTC, podría posibilitarse esta salida mediante una nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional en dicho sentido, jurisprudencia que vendría a sustituir a la hasta ahora mantenida en sentido opuesto.

#### VIII. NOTA ADICIONAL

Ya en prensa este trabajo conocemos la importante sentencia del Tribunal Constitucional 47/1985, de 27 de marzo («B.O.E.» 14 de abril de 1985), que incide directamente en el problema examinado al plantear la posible aplicación directa de la Constitución por los Tribunales en detrimento de las previsiones de la ley ordinaria.

Para comprender su alcance es preciso recordar que, según el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el despido «nulo» lleva aparejada la readmisión inmediata del trabajador, a diferencia de lo que ocurre con el despido «improcedente», en que el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o el abono de unas indemnizaciones (artículo 56). Sin embargo, esta diferencia quedó desvirtuada por la posterior Ley de procedimiento Laboral (Texto refundido aprobado por Real De-

creto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio), que al regular el trámite de ejecución de sentencias (artículos 208 y sigs., y especialmente 211) admite que la condena de readmisión que afecte a un empresario quede sin cumplimiento mediante el pago de la indemnización correspondiente al despido «improcedente». Semejante cláusula sustitutoria de la sanción que afecta a los despidos nulos fue considerada lícita por el propio Tribunal Constitucional, que en su sentencia 58/1983, de 19 de junio, afirmó «que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como la ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestaciones». Por consiguiente, la situación legal admitida por el Tribunal Constitucional era y es que en los supuestos de despido nulo cabe la sustitución de la obligación de readmisión por el abono de una indemnización.

Sin embargo, sobre este panorama el propio Tribunal Constitucional introdujo una importante excepción. En su sentencia de 23 de noviembre de 1981 (recurso de amparo 189/1981; «BOE» de 22 de diciembre de 1981) declaró que un determinado despido era, por discriminatorio, nulo, pero «con nulidad radical», acuñando así una nueva categoría que, según sus propias palabras, «comporta necesariamente la readmisión, excluyéndose toda facultad de opción ejercitable por el empresario».

Dando un paso más aparece la sentencia 47/1985, de 27 de marzo, citada al principio de este epígrafe. En ella, tras declarar que un determinado despido era discriminatorio y contrario a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución, se critica la sentencia recurrida de la Magistratura de Trabajo por haberse limitado a declarar el despido simplemente nulo, advirtiendo que en su lugar debió calificarlo de «nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental». A tal efecto el Tribunal Constitucional aduce varias razones, entre las que merecen destacarse, a los efectos que aquí interesan, las dos siguientes: primera, que con la mera declaración de nulidad «*el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla le conduce*»: segunda, que al pararse en el punto de la

legalidad, «incumple con el deber de tutela que la Constitución le impone ex artículo 53.2».

Obsérvese, por tanto, que se recrimina al Tribunal juzgador por quedarse en el plano de la legalidad y se le insta a aplicar preferentemente la tutela que se supone deriva de la Constitución. Al magistrado se le dice que lo que tendría que haber hecho es realizar una declaración que, como la de «nulidad radical», no está contemplada en el ordenamiento en vigor, apartándose por consiguiente de las normales previsiones legales (de otra parte, reconocidas como constitucionales por el propio Tribunal Constitucional). Y al efecto se invoca el tantas veces citado artículo 53.2 de la Constitución, de signo parejo al 9.1. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional admite —o parece admitir— que cuando estén en juego los derechos fundamentales puedan posponerse por los órganos judiciales las disposiciones legales para dar aplicación preferente a las garantías de plenitud de los mismos que se suponen ínsitos en la Constitución. Pues, indudablemente, si la ley hubiese recogido estas últimas bastaría con su cumplimiento para lograr el de la propia Constitución. Lejos de aceptar esta limitación el Tribunal insta a «no quedarse en el pleno de la legalidad». Con ello se reconoce, al menos tácitamente, que los tribunales puedan contrastar la constitucionalidad de las disposiciones legales referentes a los derechos fundamentales, dejándolos implicados cuando puedan repercutir en la integridad de estos últimos. Y esto no es otra cosa que un control difuso de la constitucionalidad de las leyes.