

# La justicia constitucional en España, logros y desafíos

*Silvio Luis Rivadeneira Stand\**

**Resumen:** El Tribunal Constitucional de España, muestra la importancia del control de constitucionalidad en los Estados democráticos, es reflejo de la concertación como forma de expresarse las distintas vertientes políticas y la aceptación del legislador negativo para contrarrestar el poder legislativo que muchas veces no muestra la verdadera intención del pueblo cuyo parámetro se plasmó en la Constitución Política. Como también podemos verlo en algunos países de Latinoamérica, la creación de órganos para proteger la carta magna de cada Estado tuvo un gran impacto y sus decisiones han causado gran revuelo, pero con el paso de los años, momentos históricos distintos, marcan un desafío para el Tribunal Constitucional que acostumbró a la comunidad a impactar con decisiones de gran aceptación pero a la vez con alto nivel académico y argumentativo.

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional Español, Constitución Política, control de constitucionalidad.

**Abstract:** The Constitutional Court of Spain, shows the importance of the control of constitutionality in democratic States, is reflection of the coalition as a way of expressing the various political aspects and the acceptance of the negative legislator to counter the legislature that often does not show the true intentions of the people whose parameter was expressed in the Constitution. As we can also see it in some countries of Latin America, the creation of bodies to protect the Constitution of each State had a great impact and their decisions have caused uproar, but with the passing of the years, different historical moments, make a challenge to the Constitutional Court that grew accustomed to the community impact with great acceptance decisions but at the same time with high level academic and argumentative.

**Key words:** Spanish Constitutional Court, Constitution, constitutional control.

## 1. Introducción

La existencia de tribunales constitucionales en el mundo, sin duda alguna han marcado una victoria importante en la intención de hacer respetar el contenido de la carta magna de cada país y el cabal acatamiento de las reglas de consenso que en estas se establecen, sobretodo en Estados donde en algunas épocas se ha presentado inestabilidad en su funcionamiento, ya sea por la presencia de guerras o la existencia de dictaduras que han coartado libertades, como bien supremo del ser humano.

La Constitución Española de 1978, indiscutiblemente es un gran logro del pueblo que trató de reflejar concertación entre diversas vertientes políticas, de tal manera que todos dentro de lo posible observaran sus intenciones o ideas plasmadas en la carta política. Dentro de esa labor debe destacarse el Tribunal Constitucional, el cual en su labor de control de normas con fuerza de ley, demuestra el carácter normativo de la Constitución y el deber de acatamiento o sujeción a lo dispuesto en ella.

\* Abogado de la Universidad Libre, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, con maestría en Derecho Público de la misma universidad y con estudios de especialización en Derecho constitucional en la Universidad de Salamanca (España), procurador judicial administrativo en Medellín, docente universitario, E-mail: silvioluis84@hotmail.com

Al verificar las decisiones del Tribunal a lo largo de estos años, encontramos varias sentencias que muestran el talante e importancia que dentro del ordenamiento jurídico español cumple este reflejo del control constitucional concentrado.

No obstante lo anterior, al paso de los años, los diversos integrantes que han conformado el Tribunal Constitucional dependiendo del periodo y la realidad que enmarca cada época, hace que sin perder su importancia dentro del ordenamiento, parezca el paso de una fase de innovación a una de estancamiento donde quizás sea necesario un mayor dinamismo y que independientemente de la materia sus decisiones no pierdan el rigor académico, respeto y novedad que han caracterizado su funcionamiento a lo largo de su existencia.

Mas allá de las demás funciones que tiene el Tribunal Constitucional español, en este escrito la intención es mostrar su rol en la función de controlar la constitucionalidad de la leyes a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, así como el control previo de tratados, resaltando sus resultados en el papel de legislador negativo inculcando el respeto debido a los valores y principios democráticos, cuya concertación quedó plasmadas en la Constitución de 1978.

De igual forma se llama la atención a cerca de los cambios que podrían implementarse para que en mi concepto se de mayor legitimidad a reformas constitucionales que aunque pocas, al existir solo dos, llama poderosamente la atención la forma como se han llevado a cabo, su finalidad y coherencia dentro del marco constitucional que ha se ha fijado en el ordenamiento jurídico español, sobretodo en la última reforma donde ha sido mayúsculo el sinsabor que se ha generado en la comunidad jurídica, máxime cuando es reflejo de imposiciones de otros

gobiernos y no de la decisión soberana de un pueblo que quiere cambiar sus reglas de juego.

¿Hasta donde debe llegar el juez constitucional? Es una pregunta de gran relevancia si queremos preservar la independencia de las instituciones pero respetando el orden constitucional.

## **2. Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente del Tribunal Constitucional**

La Constitución Española de 1931, en su artículo 121 estableció la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tenía la posibilidad entre otras funciones de conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes y del recurso de amparo, siendo este un antecedente de gran importancia en lo que posteriormente se reflejaría en 1978, dicho órgano fue regulado por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales del 14 de junio de 1933.

De tal Tribunal se indica que tuvo una notable influencia del sistema angloamericano pero también del sistema austriaco de justicia constitucional establecido en la constitución de 1920(Fix-Zamudio, H., 1980, p. 87).

Llama la atención del Tribunal de Garantías Constitucionales, su conformación por un presidente designado por el parlamento, el presidente del Tribunal de cuentas, dos diputados elegidos por las cortes, un representante de cada una de las regiones españolas, además de los cuatro profesores de facultad de derecho y dos miembros nombrados por colegios de abogados; y es que desde su conformación se notaba un alta incidencia política que de una u otra manera podía afectar su correcto funcionamiento y su rigor jurídico, máxime cuando tenía facultades de carácter jurisdiccional en conflictos electorales, así como el conocimiento de respon-

sabilidad criminal del jefe del Estado, del Presidente del Consejo, de los Ministros, así como del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

De hecho se indica por algunos, que sus funciones de contenido político, la conformación que llegaba a 25 vocales mas el presidente, los cuales venían de una formación mas política que jurídica, la no participación de los vocales en la designación del presidente y la escogencia de aquellos por las comunidades autónomas, lo cual afectaba su independencia, mostraron un órgano con poca credibilidad y prestigio desde su origen (Tomás y Valiente, F., 1988-1989, p. 40).

Su efímera existencia no pudo dejarnos muchas herramientas a cerca de su labor, mas allá de algunas sentencias de interés, pero no obstante se convirtió en inicio de lo que después se plasmó en la Constitución de 1978.

Una vez llega la Constitución de 1978, se crea el Tribunal Constitucional como característica de un modelo concentrado de control, aunque la participación de los jueces y tribunales del país en la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad plantea una intervención que aunque sin decisión definitiva muestra un rasgo del modelo estadounidense de justicia constitucional.

No sobra recordar que la Constitución de 1978, incorporó elementos nuevos producto de la experiencia propia como la vista en otros países y representa una innovación en por lo menos dos aspectos importantes, por un lado, su dimensión ideológica al prever un orden político dotado de una finalidad concreta, como lo es la protección de la libertad; y por otro lado reviste otra innovación la fuerza normativa vinculante que se atribuye al texto constitucional, reflejado en la labor del Tribunal Constitucional, de los

jueces en algunos casos y la cláusula derogatoria de las disposiciones que se oponen a la carta (López, L., 2010, p. 21).

Sin duda, se observa en la conformación y funciones del Tribunal que se trató de corregir posibles errores del pasado con el antecedente del Tribunal de Garantías Constitucionales, para que el nuevo órgano estuviera dotado de las herramientas necesarias para un control adecuado y ajustado al rigor jurídico que requiere el juez colegiado a quien se le designa la guarda y supremacía de la Constitución mas allá del impacto político de sus decisiones.

### **3. Conformación del Tribunal Constitucional Español y sus funciones**

Luego del antecedente del Tribunal de Garantías Constitucionales, y porque no del artículo 89 de la constitución austriaca de 1920 a quien se le atribuye ser la primera en crear un órgano especialmente encargado del control constitucional, en la Constitución de 1978 se introduce la figura del Tribunal Constitucional, integrada por 12 magistrados, los cuales una vez postulados, cuatro por el Congreso, cuatro por el Senado, dos por el gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial, se nombran por parte del Rey, para un periodo de nueve años, renovando cada tres la tercera parte de ellos. De igual forma como garantía de estabilidad se dispone que los magistrados del Tribunal son independientes e inamovibles durante su periodo.

El presidente del Tribunal cuyo periodo es de tres años, tiene la potestad de desempatar ya que goza del voto de calidad de acuerdo al artículo 92 de la LOTC, solucionando el inconveniente de estar conformado por un numero par de integrantes, facultad que fue utilizada por ejemplo para resolver el empate presentado en la sentencia STC-111/1983, del 2 de diciembre de 1983 donde se dis-

cutió lo relativo a la expropiación por razones de utilidad pública de bancos y demás bienes del grupo RUMASA desestimando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto; y también sirvió para desempatar en la STC 53/1985, cuyo análisis se hará en líneas posteriores.

Tal como ocurre con la rama judicial, la jurisdicción del tribunal se extiende al todo el territorio sin importar la comunidad autónoma, conociendo del recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo, los conflictos de competencia que se susciten entre las Comunidades Autónomas o de éstas con el Estado y de las cuestiones que los órganos judiciales le planteen en algún proceso, cuando se considere que la norma con rango de ley de cuya validez dependa el fallo, pueda ser incompatible con la carta magna.

En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 165 de la Constitución Española, se expidió la ley orgánica No 2 del 3 de octubre de 1979, por la cual se regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional, la forma de actuar ante este, las condiciones para el ejercicio de las acciones y el estatuto de los integrantes del mismo.

Es importante anotar que la Ley Orgánica del Tribunal, ha sido reformada en varias oportunidades, empezando con la ley orgánica 8 de 1984, que regula el régimen de recursos en los casos de objeción de conciencia y derogó el artículo 45 de la LOTC; la 4 de 1985 relativa a la declaratoria de Constitucionalidad de los tratados internacionales; la 6 de 1988 que modifica los artículos 50 y 86.1 y regula aspectos relacionados con la inadmisión del recurso de amparo; la 7 de 1999 sobre los conflictos en defensa de la autonomía local; la 1 de 2000 que extiende a nueve meses el periodo en el cual se puede interponer el recurso de inconstitucionalidad en los casos en que haya existido acuerdo en relación con la modificación a

texto normativo, en la Comisión Bilateral de Cooperación entre la administración general del Estado y la Comunidad autónoma; la 6 de 2007 donde se establecen reformas importantes respecto del recurso de amparo Constitucional, cuestión interna de Constitucionalidad y organización del tribunal; la 1 de 2010, relacionada con el control de Constitucionalidad de las normas que regulan la foralidad vasca y; ley orgánica 8 del mismo año que entró a regular lo concerniente a la forma de llenar las vacantes de los magistrados diferente a la culminación de periodo.

Teniendo en cuenta que la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley se da a través del recurso de Constitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, es importante anotar como funciona cada una de estas figuras de acuerdo a lo establecido en la Constitución española y en la LOTC, situación que indiscutiblemente concreta la función de guardián de la Constitución, de velar por su prevalencia y de interprete autorizado de la misma. No sobra advertir además que existe otra forma de control, que es el previsto para los tratados internacionales antes de que el Estado preste su consentimiento, quedando como la única modalidad de control previo luego de la reforma de la L.O. 4 de 1985.

### 3.1 Del Recurso de Inconstitucionalidad

Lo primero que debe advertirse respecto del Recurso de inconstitucionalidad es que procede contra leyes o normas con fuerza de ley, el objeto del recurso es el control de textos legales, no de una parte del ordenamiento, no la política del gobierno en un sector específico, como tampoco la norma sino la disposición o texto, de tal manera que el objeto es el texto legal y no la norma, interpretación o mandato.

Es a posteriori, no es preventivo, no puede confundirse con juicio de intenciones políti-

cas, es posible el control de normas derogadas, ya que ello significa resaltar el carácter normativo de la constitución, tal expulsión del ordenamiento de disposiciones sin importar su existencia, tiene efecto *ex tunc* no *ex nunc*.

De igual forma la posibilidad de control de supuestos por omisión cuando la propia constitución impone al legislador regular un tema y este no lo hace, aunque lo que se produce es un efecto declarativo.

No cabe en el recurso español una acusación contra el preámbulo de la ley o en la exposición de la ley, es decir, sobre aquellos que no haga parte del texto normativo. En cambio si cabe recurso contra las normas territoriales que reproducen la norma estatal.

Muchas veces se analizan las leyes de presupuesto en las cuales el Tribunal deja intacto el monto económico, porque paralizaría el funcionario, solo se analiza de forma declarativa, la práctica es respetar las asignaciones presupuestarias asignadas.

Pero miremos que dice la LOTC, respecto de las disposiciones objeto del Recurso de Inconstitucionalidad, para lo cual acudimos al artículo 27 de la misma, en la que se precisa que son objeto de control de constitucionalidad, los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas; Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley, incluidos los Decretos legislativos, caso en el cual la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el numeral 6 del artículo 82 de la Constitución; Tratados internacionales; Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales, así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas; las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas y; Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, conforme a la dispo-

sición adicional quinta de la LOTC. En todo caso el recurso procederá luego de la publicación en el diario oficial, de la correspondiente disposición.

Y es que no resulta fácil en algunos casos determinar cuando estamos frente a una norma con fuerza ley objeto de control de Constitucionalidad, siendo necesario precisar algunas directrices establecidas por el Tribunal Constitucional para el efecto. Así tenemos que en el caso de estatuto de autonomía aun cuando sea aprobado en referéndum no se excluye de control, situación que se advierte en el ATC 67/2010; en los casos en que se de aplicación a la convalidación o derogación por el parlamento del decreto ley, prevista en el artículo 86 numeral 2 de la Constitución Española, puede controlarse la norma ya inexistente, para lo cual puede verse la STC 111/1983; en el control de decretos legislativos que debido al exceso de delegación se convierten en reglamentarios, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal ordinario conocen, como ocurrió en el caso de la sentencia STC 166/2007; no es posible el estudio de normas de derecho comunitarios europeo, para lo cual se recuerda la STC 64/1991, aunque se abrió un espacio para ello con la Declaración 1/2004 del TC, reservando la posibilidad de control cuando se afecten aspectos básicos del sistema constitucional español; de igual forma hay que recordar lo indicado en la sentencia 4/1981 en la cual el Tribunal Constitucional respecto de las normas preconstitucionales, si bien tiene reservado el control de su validez en caso de resolverse una posible incompatibilidad por el criterio jerárquico, lo cierto es que por el criterio de la temporalidad puede cualquier juez o tribunal inaplicar una ley de carácter anterior la constitución si considera que ha sido derogada, en todo caso el Tribunal al analizar este tipo de normas lo hace solo por aspectos materiales ya que no puede exigirse al legislador anterior someterse a un procedimiento que antes no exis-

tía, como bien se expresó en la STC 10/2005 (Pérez, P., 2010, p. 220).

El control puede ser material o formal, es decir, comparando el contenido sustantivo de la norma objeto de control con la Constitución o respecto del vicio del procedimiento en la elaboración de la norma con fuerza de ley, donde se puede acudir a los reglamentos de las cámaras, tal como se expresó en la STC 99/1987. Y es que esa posibilidad de acudir a normas diferentes a la Constitución, no solo se predica respecto de tales reglamentos, sino también, de los Tratados y Convenios internacionales sobre derechos fundamentales, leyes dictadas para delimitar competencias del Estado y las comunidades Autónomas y el caso de la colisión de normas orgánicas y otras normas con fuerza de ley, caso en el cual se acude a la constitución y a las propias leyes orgánicas (Pérez, P., 2010, p. 221).

En cuanto a la legitimación para la presentación del Recurso de Inconstitucionalidad, vemos que esta restringida al presidente del gobierno, el defensor de pueblo, 50 diputados o senadores, así como a los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas, precedido del acuerdo para el efecto en los dos últimos y solo para el control que puedan afectar su ámbito de autonomía. En este aspecto resulta llamativo a manera de comparación que en algunos países como el caso de Colombia, se pueda presentar demanda en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano, es decir, se trata de una acción pública y abierta en la que no se exige detentar algún cargo, profesión o grado de instrucción, mas allá de algún grado de rigor para la admisión, cuya demanda deber reunir los requisitos de suficiencia, pertinencia, claridad certeza y de ser específica en cuanto a los argumentos esgrimidos para probar la probable vulneración de la carta política (Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia C-243 de 2012). Pensar en esa posibilidad en el Estado español, podría alterar la congestión, que ha sido objeto de intervención para tratar de resolver los asuntos puestos a su consideración con el tiempo adecuado para resolverlo, como podemos verlo con la ley orgánica 6 de 2007, cuyo argumento principal estuvo marcado precisamente por tal problema.

Para presentar el recurso se cuenta con tres meses como regla general salvo los casos en que haya existido acuerdo en relación con la modificación a texto normativo, en la Comisión Bilateral de Cooperación entre la administración general del Estado y la Comunidad autónoma, tema regulado por la Ley orgánica 1 de 2010, en cuyo caso el termino será de 9 meses. Se recomienda tener mucha claridad, el procedimiento es escrito, debe señalarse los preceptos que se estiman vulnerados, entre la fijación de la norma y el precepto violado debe haber congruencia, se da traslado del recurso al congreso, senado y al gobierno para que establezcan su posición respecto del recurso y una vez se admita a tramite el recurso, están las alegaciones y luego la sentencia en el termino de 10 días vencida la etapa de alegaciones a no ser que el mismo Tribunal considere necesario un termino mas amplio sin excederse de treinta.

La sentencia tiene fuerza de cosa juzgada y produce efectos erga omnes, conservando la parte no afectada por la declaratoria de inconstitucionalidad, a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín oficial del Estado y no es objeto de recursos. Su efecto es de invalidez de la norma, es decir, opera como si nunca hubiera existido la disposición que resultó expulsada del ordenamiento, aunque en algunos casos dependiendo de las particularidades del mismo se produzcan decisiones con efectos diferidos como el caso de la STC 195/1998, donde la inconstitucionalidad de la ley 1992, no implicó su

inmediata nulidad hasta que la Comunidad Autónoma dictare la disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente” o inaplicando para casos puntuales como en la STC 254/04 donde se confirmó la inconstitucionalidad de los arts. 10.1 y 11.1 c) de la Ley 4/1994, pero “con el efecto de su inaplicabilidad por el órgano judicial en el proceso a quo”.

### 3.2. La Cuestión de inconstitucionalidad

Otra forma de control constitucional de leyes o normas con fuerza de ley, es la cuestión de inconstitucionalidad, donde se realiza un control en casos concretos donde el juez o tribunal de oficio o a petición de parte le plantean el asunto al Tribunal Constitucional para que existe decida sobre la validez o invalidez de la norma de la cual depende la solución del caso.

Tal como se dijo la legitimación esta en cabeza del juez o Tribunal que conoce de un caso concreto, que puede tratarse de cualquier clase proceso judicial, quien planteará la cuestión al finalizar el procedimiento, en el plazo para dictar sentencia, de oficio o a petición de parte, especificando la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad es objeto de discusión, además del aparte constitucional que se considera violado y explicar las razones por la cuales considera que de la validez de la disposición acusada depende la decisión del proceso.

Antes de someter el caso a estudio del Tribunal Constitucional, se escuchará a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia del mismo, decidiéndose su procedencia por auto no susceptible de recursos. Luego de presentada la cuestión por parte del juez o Tribunal quien no está obligado a presentar todo lo que le presenten las partes, sino las cuestiones que en verdad representen una duda de constitucionalidad y a cuya validez

esta sujeta el caso, se suspenderá el proceso mientras el Tribunal Constitucional decide sobre su admisión, la cual una vez se produce mantiene la suspensión hasta la decisión definitiva.

De tal manera que se constituye la labor del juez o tribunal que conoce del proceso judicial, en el filtro para que no llegue cualquier caso a instancia del Tribunal Constitucional, debe reunirse los requisitos de aplicabilidad y relevancia de la cuestión y la duda debe estar argumentada de forma adecuada, verificando que en todas las interpretaciones posibles la duda de constitucionalidad subsiste (Pérez, P., 2010, p. 226).

Luego de la admisión las partes en el proceso judicial puede presentar alegatos, de igual forma se concede traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y, en aquellos asuntos donde se pueda ver afectada una Ley u otra disposición normativa con fuerza de Ley de las Comunidades autónomas, también se le concederá traslado a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, quienes podrán presentar alegatos en el término de quince días, vencido los cuales se proferirá sentencia en el plazo de quince días, a no ser que se considere un plazo mayor que en todo caso no será superior a treinta.

Una vez se emite la sentencia, el Tribunal Constitucional pone en conocimiento al órgano judicial competente para decidir el proceso, quien a su vez notificará a las partes, así la vinculación a los efectos, para el Juez o Tribunal se produce desde que tenga conocimiento de la sentencia constitucional y para partes a partir de la notificación.

Por lo anterior se piensa que es posible hablar de un control difuso de constitucionalidad, no obstante la decisión definitiva esta en cabeza del Tribunal Constitucional, y

aunque cualquier juez o tribunal tenga participación en decidir que cuestiones se someten a aquel, el control en estricto sentido sigue siendo concentrado. Diferente ocurre al alcance que se ha dado en Colombia al artículo 4 de la Constitución Política de dicho país, el cual se ha considerado habilita para que cualquier juez de la república o autoridad administrativa pueda inaplicar normas en casos concretos, si considera que la misma es contraria a la Constitución, limitada solamente en los casos en los que ya exista una decisión de la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad respecto de la disposición que se pretenda inaplicar, tal como puede corroborarse en sentencias como la C-122 de 2011, con ponencia de Juan Carlos Henao Pérez o la sentencia T-103 de 2010, con ponencia de Jorge Iván Palacio Palacio, ambas de la Corte Constitucional colombiana, por lo cual en Colombia se habla de un control de constitucionalidad de carácter mixto.

### **3.2.1. La autocuestión de inconstitucionalidad**

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 55.2 y 75 quince.6, es posible que el mismo Tribunal sea quien se plantee la cuestión, es decir, respecto de un procedimiento que el adelanta surge la duda sobre la constitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley.

Así, cuando en el trámite de un recurso de amparo, se verifique la probable lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, debe someterse la cuestión al pleno del Tribunal, suspendiéndose el trámite para dictar sentencia.

De igual forma en los casos de conflictos en defensa de la autonomía local, si se advierte la incompatibilidad con la Constitución de ley que haya dado lugar al conflicto, tam-

bién se procederá conforme a lo reglado para la cuestión de inconstitucionalidad.

### **3.3. Control previo de tratados internacionales**

No podemos obviar de igual forma el control previo realizado a los tratados internacionales, el cual procede frente al texto definitivo pero antes de darse el consentimiento por parte del Estado, de tal manera que las cámaras o el Gobierno, solicitan al Tribunal pronunciarse frente a la contradicción o no entre la Constitución y un tratado internacional.

Es importante anotar que en este evento, no se emite formalmente una sentencia, sino una declaración, que en todo caso es de obligatorio acatamiento, es vinculante y tiene efectos de cosa juzgada.

Es importante señalar que la consecuencia del estudio del Tribunal es que si el tratado no es conforme a la Constitución, no entra en vigor, por lo cual habrá de modificarse la norma de normas, no darse el consentimiento por parte del Estado o renegociar el tratado (Pérez, P., 2010, p. 230).

La verdad me parece que este instrumento permite una adecuada armonía entre lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales, de tal manera que el Estado pueda cumplir cabalmente con los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional sin problema alguno de vulnerar su normativa interna.

### **4. Dos decisiones relevantes para recordar del Tribunal Constitucional español**

Son varias las decisiones que por su importancia jurídica es importante conocer del Tribunal Constitucional Español, no obstante para no alargarme en este escrito me limito a recordar dos que considero no podemos

dejar de conocer por la clase de temas espinosos que tocaron como son la STC-53/1985 y la DTC 1/1992.

Si bien no resulta fácil la selección, uno de los motivos por los cuales escojo estos dos pronunciamientos, además del impacto que produjeron en el Derecho español, se debe a lo relevante que resultan en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como el caso colombiano por ejemplo, donde sigue siendo un tema objeto de disenso el aborto en los tres casos que estudió el Tribunal español en la STC 53/1985 y en el caso de la Declaración 01 de 1992, por su consecuente reforma constitucional, como ejemplo de armonía entre la Constitución y los Tratados Internacionales, además de la estabilidad democrática que representa no andar reformando la Constitución cada año y por cualquier motivo como ocurre en países como Colombia donde se ha reformado Constitución Política de 1991 en solo 21 años en 37 oportunidades.

#### **4.1. STC 53/1985, sobre la despenalización del aborto en tres casos.**

El 11 de abril de 1985, con ponencia de Magistrados Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant, el Tribunal Constitucional profiere sentencia luego de la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad, modalidad de control constitucional derogada por la L.O. 4 de 1985, prevista en el artículo 79 original de la LOTC, interpues-

to por 54 diputados a través del comisionado José María Ruiz Gallardón, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal<sup>1</sup>.

Se alegó por los recurrentes la vulneración de los artículos 1.1, 9.3, 10.2, 15, 39.2 y 4, 49 y 51.1 y 3 de la Constitución, basándose en siete causales de inconstitucionalidad, que en resumen plantea la vulneración del artículo 15 de la Constitución, que consagra el derecho a la vida al comprender a los no nacidos; la vulneración del artículo 1 ibídem debido a que el concepto de Estado Social, es incompatible con la vulneración del derecho a la vida; violación del artículo 10.2 constitucional, al no interpretarse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos Libertades Fundamentales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; violación del art. 39 de la Constitución al impedirse la intervención del padre en el consentimiento del aborto; violación del art. 53, al decidirse por la madre sobre la vida del nasciturus, no regularse un derecho fundamental sino eliminarse para el caso del no nacido y por la imposibilidad de este de hacer valer sus derechos; de igual forma se consideraba violada la seguridad jurídica prevista en el artículo 9.3 de la Constitución al no incluir previsiones sobre las consecuencias de la modificación en campos jurídicos, como el civil, el laboral, el administrativo, el procesal o el de la seguridad social.

2 El citado proyecto preveía: «Artículo único.-El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

Luego de completarse la impugnación en nuevo escrito del señor Ruiz Gallardón y recibido el escrito por el cual el abogado del Estado se opuso a la inconstitucionalidad del proyecto se toma la decisión por el Tribunal, quien empieza delimitando el problema a resolver en la determinación de la constitucionalidad o no del proyecto de Ley orgánica, por el que se declara no punible el aborto en algunos supuestos.

Dentro de las razones expresadas por el Tribunal para tomar la decisión definitiva vale la pena destacar que se acepta la protección al no nacido por el artículo 15 constitucional pero ello no implica que estos sean titulares del derecho fundamental.

Respecto de la posible vulneración de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, recuerda que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, excluyó de las posibles interpretaciones un derecho a la vida de carácter absoluto en el feto.

De igual forma resultan de especial relevancia los considerandos 11 y 12 de la sentencia, en el 11 se destaca la constitucionalidad del proyecto en relación con la habilitación del aborto en los tres casos planteados, como aborto terapéutico, ético y eugenésico, respecto del primero al prevalecer la vida de la madre incluso en el caso de amenaza a su salud donde no sería de recibo el sacrificio que debería soportar, en el segundo caso al tratarse de un embarazo originado en violencia contra la mujer, afectando gravemente su derecho al honor, la intimidad y libre desarrollo de la personalidad y en el tercer caso se evita la imposición de cargas a la madre y a la familia que no tendrían que soportar.

Por su lado en el considerando 12, se explica la vulneración de la Norma Fundamental en algunos supuestos, frente a los cuales indica cual es la solución para adecuar el texto, primero extendiendo el dictamen exigido para el aborto eugenésico al aborto terapéutico comprobando la necesidad de tales conductas previamente a la relación de las mismas, además de realizarse en centros hospitalarios adecuados, en todo caso excluyendo de responsabilidad a la mujer embarazada cuando el Estado no cumpla con tales exigencias, mientras que en el caso del aborto ético, se consideró suficiente la interposición de denuncia previa.

De igual forma considera válida la exclusión del consentimiento del padre para el caso del aborto eugenésico y terapéutico por el vínculo especial que une a la madre con el no nacido y respecto de la objeción de conciencia se dejó su ejercicio a la forma prevista en la Constitución

Tales argumentos llevaron a declarar el proyecto de Ley Orgánica cuestionado contrario a la Constitución, no por los supuestos en que considera no punible el aborto, sino por el incumplimiento en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 constitucional.

Cabe destacar además que en esta sentencia se presentó voto de calidad del presidente por el empate a seis, y en los votos particulares en resumen se disenta de la decisión mayoritaria por la intromisión del Tribunal Constitucional en campo propio del legislador, entrando a regular aspectos propios de la función de este, lo que podría considerarse una violación del principio de separación de poderes.

Además de lo dividida de la decisión no podemos olvidar que luego de esta sentencia se expidió la ley 4 de 1985, por la cual se eliminó la posibilidad de recurso previo con-

tra proyectos de estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas.

Es importante anotar que en el caso colombiano a través de sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional colombiana con ponencia de los magistrados Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, citando el caso español se despenalizó en aborto en los tres casos estudiados en la STC 53/1985.

#### 4.2. DTC 01 de 1992 sobre el tratado de Maastricht

El 1 de julio de 1992, el Tribunal Constitucional, con ponencia de Vicente Gimeno Sendra, profiere la declaración No 1 de tal año, ante el requerimiento del Estado, frente a la contradicción o no entre el art. 13.2 de la Constitución Española y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea<sup>3</sup>.

En resumen sus argumentos son tres, el primero dirigido a una eventual solución de la contradicción que pudiera surgir, entendiendo que el Tratado de la Unión Europea es de aquellos a los que se atribuye ejercicio de competencias derivadas de la Constitución; el segundo es que se armonicen los artículos 13.2 y 11 constitucionales en el sentido en que se entienda que los residentes de la unión son igual al nacional del país, evitando así participación en el sufragio pasivo de elecciones municipales a Estados no comunitarios y como tercer argumento expresa que en caso de contradicción se daría solo

del 13.2 y no del artículo 23 de la Constitución.

El Tribunal, antes de acudir al fondo del asunto recuerda que si bien no se trata formalmente de una sentencia su declaración tiene efectos erga omnes, efectos de cosa juzgada y es de obligatorio acatamiento. Asimismo centra la discusión en determinar si existe contradicción entre el precepto bajo revisión y la Constitución y si en caso de existir, se pueda evitar los procedimientos de revisión constitucional, por aplicación del artículo 93 o interpretación del artículo 11 constitucional y se proceda a prestar el consentimiento al Tratado de Maastricht por parte del Estado.

Se deja sentado que en virtud de lo que antes se había dicho en la STC 112/1991, el alcance del 13.2 se limita al sufragio activo en las elecciones municipales no así al derecho de sufragio pasivo de los no nacionales, lo que impide la ratificación sin la previa revisión de la norma fundamental, según indica el artículo 95.1. de la Constitución.

En lo relativo al art. 23.2 constitucional consideró que este no excluye a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas, no siendo tal precepto el que establece los límites a la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales sino el art. 13, en donde se extiende a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la C.E. en los términos establecidos en los tratados y la ley, pero restringiendo algunos derechos reconocidos en el art. 23, solo a los españoles.

3 El texto es el siguiente: «Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro».

En lo que respecta al art. 1.2 de la Constitución, se descarta su violación, pasando luego a explicar el por qué las soluciones planteadas por el gobierno no son de recibo, indicando que no es posible entender que en este caso se trate de trasladar a un Tratado el ejercicio de competencia derivadas de la Constitución, ya que para el caso concreto no se trata de cesión de competencias, sino que, se extiende a los no son nacionales derechos que de acuerdo al art. 13.2, no podría asignárseles.

Por tales consideraciones, concluye en su análisis que existe una contradicción, que no desaparece por vía de interpretación entre el art. 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, según quedaría el mismo redactado por el Tratado de la Unión Europea y el art. 13.2 de la Constitución Española, al reconocerse derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a personas que no tienen la condición de españoles, siendo miembros de la unión europea, por lo cual ordena adelantar una reforma constitucional para adecuar la norma convencional a la constitución.

Se trata entonces de una declaración que trajo como consecuencia como se dijo antes, la reforma constitucional del 27 de agosto de 1992 al artículo 13.2. de la Constitución Española, para incluir la expresión “y pasivo” para el caso del sufragio de extranjeros conforme a los tratados o leyes al respecto, en el caso de elecciones del orden municipal.

De especial relevancia se considera esta declaración, al tratarse de la primera reforma constitucional realizada a la Constitución Española de 1978, que tuvo como uno de ingredientes principales el consenso entre las diferentes vertientes, lo que a la postre arrojó una relativa estabilidad institucional y democrática, mas allá de la incomodidad que pueda presentarse en los derechos nacionales respecto de la comprensión de

un derecho constitucional europeo y las posturas nacionalistas y europeístas en la comprensión del mismo (Gomes, J. 2004, p. 49).

En este orden de ideas vale la pena señalar que solo hasta el 13 de diciembre se volvió a tener una Declaración producto del control previo de los tratados internacionales, esta vez para analizar la constitucionalidad de unos artículos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en esta oportunidad se concluyó que no había contradicción con el texto constitucional y los artículos sobre los cuales se planteaba el pronunciamiento.

## 5. La tarea del Tribunal en la realidad actual

Luego de recordar estos dos importantes pronunciamientos, en los que por un lado se conminó al legislador a incluir algunos aspectos cuya omisión podía reflejar problemas y que se vieron reflejados en la ley Orgánica 9 de 1985, y por el otro se lleva a una reforma constitucional, nos pone de relieve el rigor que ha caracterizado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional desde tiempo atrás, siendo un aspecto que de acuerdo a la dinámica que implique las diferentes épocas, debe fortalecerse de acuerdo a los posibles errores que quizás se haya podido encontrar pero en todo caso manteniendo el respeto que implican sus decisiones, el cual se gana con argumentos mas allá que en algunos casos no se compartan.

En este sentido destacando la estabilidad democrática que debe existir en un país que la ha tratado de preservar, resulta curioso que pasen por la vista del Tribunal Constitucional el análisis de reformas que han mostrado uniformidad en la crítica de la comunidad académica por sus posibles errores y contradicciones con el texto constitucional.

Me refiero a la reforma al artículo 135 constitucional, que ha causado revuelo, por la iniciativa de la misma, su periodo corto de trámite y su poca discusión así como la poca difusión que quizás puedo evitar de uno u otro modo la participación activa de las distintas vertientes incluyendo la ciudadanía quien en últimas es la que establece las reglas de juego como constituyente primario.

Se trató de la segunda reforma constitucional en más de 30 años de entrada en vigencia la Constitución Española de 1978, es decir, se trataba de un asunto de gran relevancia, no de cualquier modificación, pero a diferencia de la primera oportunidad cuando se reformó el artículo 13.2 en virtud de la DTC 1/1992 sobre el Tratado de Maastricht, se evidencia una imposición en materia económica que no tuvo la suficiente discusión, más allá del aval del TC por considerarse conforme al procedimiento previsto para este tipo de reformas.

No podemos dejar de lado que el Tribunal Constitucional a través del auto 9 de 2012, decidió inadmitir el recurso de amparo propuesto por los diputados Don Gaspar Llamazares Trigo y de doña Nuria Buenaventura Puig, avalando la utilización del procedimiento de lectura única y la tramitación de urgencia de la reforma que conllevó reducción de plazos.

Se respeta, pero se llama la atención a cerca del simplismo que se avala por parte del Tribunal en materia de reformas constitucionales, es que no se estaba frente a cualquier proyecto de ley se estaba frente a una reforma constitucional que como se ha visto era la segunda en 30 años, más allá que se limite a un control formal.

Es cierto que el Tribunal puede tener límites en sus decisiones, no obstante se recuerda las anteriores oportunidades en las que se ha valido de su poder de interprete de la

constitución y guardián de la misma, para emitir decisiones que conlleven a una adecuada armonía con el texto constitucional a pesar de las críticas de algunos.

Se trata de un antecedente que quizás no debiera repetirse y en tal sentido que bueno sería reformar algunos aspectos inherentes al trámite de reforma constitucional, de tal manera que si bien no se desaparezca la diferencia de la modificación a la que se someten las reformas al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II por ejemplo, no quiera decir que en el caso de la modalidad prevista en el artículo 167 constitucional resulta ser más flexible que lo que pueda haber querido el constituyente primario.

## 6. Conclusiones

Las anteriores líneas han querido plantear la visión que desde la distancia refleja el funcionamiento del Tribunal Constitucional Español, como resultado del modelo de control constitucional verificado en países como Austria y Checoslovaquia, es decir, como consecuencia del modelo continental europeo que se ha ido imponiendo en materia de protección de texto constitucional.

En este sentido se ha visto como funciona el control constitucional a través de herramientas como el recurso de inconstitucionalidad o a través de la cuestión de inconstitucionalidad, incluyendo la autocuestión, o en el caso especial del control previo de tratados donde no se evidencia un ataque como tal de la persona legitimada frente a una norma con fuerza de ley, sino la verificación de lo ajustado que resulta o no a la constitución el texto definitivo de un tratado de tal manera que en caso de ser incompatible se proceda a armonizar.

El recurso de inconstitucionalidad, procede contra las leyes y disposiciones normativas

con fuerza de ley, tiene una legitimación activa limitada a ciertas personas y es una herramienta de confrontación directa de la disposición cuestionada con el texto constitucional.

En la Cuestión de inconstitucionalidad se realiza un control en casos concretos donde el juez o tribunal de oficio o a petición de parte le plantean el asunto al Tribunal Constitucional para que existe decida sobre la validez o invalidez de la norma de la cual depende la solución del caso. En la autocuestión de inconstitucionalidad el mismo Tribunal es quien se plantea la cuestión, es decir, respecto de un procedimiento que el adelanta surge la duda sobre la constitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley.

La Declaración que se emite en el caso de revisión previa de tratados internacionales si bien no se trata formalmente de una sentencia su declaración tiene efectos erga omnes, efectos de cosa juzgada y es de obligatorio acatamiento, asimismo es la única eventualidad de revisión previa, ya que se eliminó la posibilidad de recurso previo que instituía el artículo 79 de la LOTC, ante de la reforma establecida por la ley Orgánica 4 de 1985.

El Tribunal Constitucional ha contribuido al establecimiento de un ordenamiento jurídico ajustado a las tendencias que ha ido marcando el derecho a nivel mundial, no obstante es posible que en los últimos años su activísimo jurídico no haya sido tan marcado como en época anterior, en respeto de la Constitución de España.

Es posible de igual forma que a pesar que no se indique expresamente un control de reformas constitucionales, vía recurso de amparo el Tribunal Constitucional pueda llegar a conocer de las mismas.

En todo caso a pesar de las posibles críticas que se puedan presentar con algunos casos, sigue siendo el caso español, un ejemplo de estabilidad democrática, respeto de poderes y armonía jurídica, si comparamos con algunos países de Latinoamérica.

## Referencias

- Colombia. Corte Constitucional (2006). Sentencias C-355. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2010). Sentencias T-103. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2011). Sentencias C-122. Bogotá
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencias C-243. Bogotá
- Fix-Zamudio, H. (1980). *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma De México, Instituto de Investigaciones Sociojurídicas.
- Gomes, J. (2004). Teoría de la Constitución. En: *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, (31). Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos III de Madrid; Editorial Dykinson.
- López, L. (2010). El Derecho Constitucional español, origen y características de la Constitución. En: *Derecho Constitucional, el ordenamiento constitucional*.
- Pérez, P. (2010). El Tribunal Constitucional II, Procedimientos. En: *Derecho Constitucional, 2, Los poderes del Estado*. México: Editorial Tirant lo Blanch.
- Tomás y Valiente, F. (1988-1989). El Tribunal constitucional español como órgano constitucional del Estado, competencias, riesgos y experiencias. En: *Revista ILANUD*, 9 (23-24), p. 35-76. San José de Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las naciones unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.