
FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL



Junta General del Principado de Asturias

Versión original y en español en internet: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>

FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

COMITÉ DE HONOR

Excma. Sra. Presidenta de la Junta General del Principado de Asturias
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias

DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES
*Demos y nomos: la agonía de la justicia
constitucional*

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés



JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

2006

FUNDAMENTOS

ISSN: 1575-3433

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Dépósito legal: AS-3344/1998

ÍNDICE

Presentación	11
Autores	23

PRIMERA PARTE
EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY
(Orígenes y fundamento de la jurisdicción constitucional)

1. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.	
LUIS PRIETO SANCHÍS	27
I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales	29
II. La ideología del control de las leyes	40
1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social	40
2. Del contrato social al constitucionalismo	48
a. En la independencia de los Estados Unidos	48
b. En la revolución francesa	60
III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley	72
IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano	88
V. Esquema de conclusiones	101
2. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después. MARÍA	
ÁNGELES AHUMADA RUIZ	109
I. El «gran caso» <i>Marbury</i>	111
II. El comentario de <i>Marbury</i> y la celebración del bicentenario	123
III. El relato de <i>Marbury</i> : ¿cuáles son los «hechos relevantes»?	134
IV. Conclusión: <i>Marbury</i> y el control de constitucionalidad	148
3. Marbury versus Stuart. BRUCE ACKERMAN	151
I. La conexión en el tiempo	153
II. Significado público	167
III. Las elecciones de 1802 y sus consecuencias	174
1. La Petición de los Jueces	175
2. El Congreso ordena	176

IV. <i>Marbury</i> y <i>Stuart</i> : prolongando la trama doctrinal	181
V. Los sonidos del silencio	190
VI. El problema de la síntesis intergeneracional	197
4. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho.	
FRANCISCO RUBIO LLORENTE	203
I. Introducción	205
II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos	209
III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea	216
IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional	229

SEGUNDA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL

(Los modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual)

5. La justicia constitucional italiana, entre modelo <i>difuso</i> y modelo <i>concreto</i>. ALESSANDRO PIZZORUSSO	237
I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional	239
II. Control <i>político</i> y control <i>jurisdiccional</i> ; control <i>difuso</i> y control <i>concentrado</i>	240
III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control <i>abstracto</i> (principal) y control <i>concreto</i> (incidental); control <i>preventivo</i> (<i>a priori</i>) y control <i>sucesivo</i> (<i>a posteriori</i>)	244
IV. Control con efectos <i>erga omnes</i> y control con efectos <i>inter partes</i>	247
V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto?	249
VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto)	252
VII. El control del juez <i>a quo</i> acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada	255
VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios	256
IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública	259
X. Observaciones conclusivas	260
6. Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional. LOUIS FAVOREU	263

7. El control previo a los veinte años de su supresión. PEDRO CRUZ VILLALÓN	275
I. La experiencia española con el control previo	278
II. Coordinadas de la situación actual	280
1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo	281
2. Dificultades objetivas del control previo	285
3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva	286
III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985	287
8. Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y JULIO BAQUERO ...	291
I. Introducción	293
II. Derecho constitucional comunitario	298
III. Características de la justicia constitucional comunitaria	306
IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado ...	313
V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional ...	316
VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros	324
VII. Protección de los derechos fundamentales	331
VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado	334
IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa	338

TERCERA PARTE

¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES? (El devenir posible)

9. Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ	349
I. Avance de unas reflexiones provocadoras	351
II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales ...	356
III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional	359
IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?	367
V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos	371
VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida	376

10. Nuevos parámetros de constitucionalidad. PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ	385
I. Introducción	387
II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo	390
1. Las razones de la necesidad	390
2. Algunos ejemplos de parámetros complejos	393
a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional	393
b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional	394
c. Remisiones a normas externas	398
3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural ..	400
III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad	406
1. Las razones de la «falsedad»	406
2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad	410
IV. Otros parámetros constitucionales novedosos	417
V. Conclusiones	424
11. Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría. J.J. GOMES CANOTILHO	425
I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título	427
II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódico	428
1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico	428
2. El procedimentalismo judicialista	430
3. La dislocación ponderativa	431
4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional»	433
III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas	434
1. El «topos» de la integración	434
2. El pluralismo normativo y comprensivo	435
3. El tacto hermenéutico	436
a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva ..	436
b. Minimalismo jurisprudencial	437
c. Aceptación racional y consistencia	438
d. Prioridad de normas de segundo orden	438
12. Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS	441

NUEVOS PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD

Paloma Requejo Rodríguez

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo.
 1. Las razones de la necesidad.
 2. Algunos ejemplos de parámetros complejos.
 - a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional.
 - b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional.
 - c. Remisiones a normas externas.
 3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural.
- III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad.
 1. Las razones de la «falsedad».
 2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad.
- IV. Otros parámetros constitucionales novedosos.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de la función procesal de parámetro de constitucionalidad va indisolublemente ligada y encuentra su justificación en el desempeño de una específica función en el interior del ordenamiento y no tanto, como en principio pudiera parecer, en la posición que la norma que se quiere usar de referencia ocupa en el mismo.

Una vez asumida la ubicación de la Constitución en lo más alto de la pirámide normativa, como norma que es condición de validez de las demás y cuya validez no deriva de ninguna otra norma positiva, la existencia de un control de constitucionalidad de las normas resulta su consecuencia ineludible. Desde esta superioridad, preguntarse acerca de cuál es la disposición que han de utilizar como referencia los órganos encargados de dicho control parece tener una respuesta obvia; no puede ser otra que la Constitución, única norma que goza en la jerarquía positiva de fuerza activa y pasiva respecto de cualquiera que sea objeto de enjuiciamiento. Por eso la justicia constitucional en sus inicios no fue más allá de la posible utilización de un parámetro complejo integrado por la Constitución y por otras leyes constitucionales de su mismo rango, que bien la reformaban, bien le servían de complemento¹. La superioridad de la Constitución se construyó,

¹ Así ocurrió en los orígenes de la jurisdicción constitucional en Austria y Checoslovaquia. Aquí el parámetro no estaba integrado por un texto único, claramente diferenciado, sino por un conjunto de disposiciones de rango constitucional que modificaban o desarrollaban el texto originario. Prescindiendo de la consideración como normas de referencia de los tratados y otras reglas de derecho internacional generalmente reconocidas a las que también se les atribuye valor constitucional, sólo podemos encontrar un parámetro integrado por normas del mismo e inferior rango que las que son objeto de enjuiciamiento cuando los Tribunales llevaban a cabo, tal y como sucedía en Suiza o en Alemania, un control de «federalidad» de las leyes cantonales o estatales. Una exposición exhaustiva de los distintos modelos de control de constitucionalidad puede consultarse en P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

en definitiva, desde una perspectiva formal, que la coloca en la cumbre del ordenamiento, relegando a un segundo plano su consecuencia más evidente, la expansividad ilimitada en sus contenidos y en el alcance del tratamiento que les dispensa, gracias a la cual podrá disponer sobre cualquier materia lo que quiera y como quiera².

Normalmente las Constituciones suelen decantarse cuando establecen los modos de producción normativa por formulaciones genéricas, o incluso abiertas, que han de ser concretadas por los órganos legislativos y jurisdiccionales a los que ella misma remite³. En ocasiones tales normas de concreción, formalmente infraconstitucionales, pueden ser determinantes de la validez de otras de su mismo rango, pero esta superioridad lógica, que deriva del cumplimiento de dicha función, no ha de tener necesariamente traducción en el plano positivo. De todos modos el habitual manejo del principio jerárquico, tal cual se ha descrito, para explicar las relaciones internormativas, hace que se tienda a mezclar indebidamente el aspecto lógico y el positivo, denominando, por ejemplo, Constitución en sentido material, norma interpuesta o bloque constitucional a toda norma que condicione la validez de otra. Estos términos de uso común introducen confusión, en tanto de los mismos parece deducirse un ascenso en el rango de las normas que merecen tales calificativos, inexistente en el plano positivo a causa de su sometimiento a la Constitución formal. Por eso sólo resultan aceptables si se entiende que aluden a la función que tales normas comparten con la Constitución y no a su posición en el ordenamiento.

No obstante las normas a las que la propia Constitución remite para efectuar su siempre necesaria concreción sólo comparten ese objetivo genérico, ya que tienen encomendadas distintas funciones específicas en el interior del ordenamiento.

² En relación al principio de jerarquía, H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, pp. 201 y ss.

³ Para J. L. Requejo Pagés, «Constitución y remisión normativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, 1993, p. 120, «la abstracción de las prescripciones constitucionales se concreta, pues, mediante sucesivas decisiones, realizables unas en determinadas formas jurídicas a las que la propia Constitución se remite expresamente —sea imperativamente para que sólo en ellas se decidan ciertos aspectos de sus mandatos..., sea de forma contingente en la medida en que se habilita a algunas formas para la realización de actividades de concreción que en otro caso habrán de verificarse por formas subsidiarias... y realizables a la postre todas ellas... por las formas jurídicas elaboradas en el último estadio del proceso de producción de normas».

En unos casos, ésta consiste en *complementar* las abstracciones en que incurre la Constitución, precisando sus enunciados más genéricos. Con esta finalidad los preceptos constitucionales habilitan a determinadas formas para que únicamente ellas regulen ciertas materias o les ofrezcan un concreto tratamiento. Esta técnica aparentemente puede tener alguna incidencia en las relaciones internormativas, porque introduce, junto al tradicional principio de jerarquía, otros, como el de reserva o el de distribución de competencias, que se centran en el contenido y no en la posición de las normas. Sin embargo tales principios siempre son reconducibles al de jerarquía, pues la nulidad de la disposición que indebidamente entra a regular materias que le están vedadas deriva de la vulneración del precepto constitucional que impone tal prohibición y no de una contradicción con unas normas que satisfacen lícitamente la reserva o la distribución de competencias y que incluso pueden no existir⁴. Al ser la lesión de la Constitución la única causa de nulidad de la norma cuestionada, su consideración como normas de referencia para determinar la validez de otras es innecesaria y su empleo como parámetro sólo puede obedecer a un deseo de ejemplificar cómo se hubiera desarrollado correctamente la cadena de remisiones constitucionalmente establecida.

En otros casos, por el contrario, nos situamos ante una habilitación de distinta naturaleza y mayor calado, en la que la norma beneficiaria de la misma puede o debe *completar* a la norma remitente, pronunciándose sobre cuestiones que ni siquiera se han abordado de manera abstracta, sino que se han dejado deliberadamente sin resolver. Tales normas aportan, porque así lo ha querido la Constitución, datos imprescindibles para conocer de la validez de otras, convirtiéndose por ello en parámetro necesario de control, que explicita una serie de mediaciones más compleja que la antes apuntada, pero que igualmente nos remonta hasta la norma de imputación última, la Constitución⁵.

⁴ Sin embargo I. de Otto y Pardo, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 94 y ss., considera que la introducción del principio de distribución de materias es la causa que explica en nuestro ordenamiento la aparición de un bloque de la constitucionalidad integrado por normas de rango infraconstitucional a las que se reserva en exclusiva la regulación de una determinada materia.

⁵ Esta diversidad, a partir respectivamente de la naturaleza de la remisión o de la función que las destinatarias de las mismas están llamadas a cumplir, puede estudiarse en J. L. Requejo Pagés, *Constitución y remisión... op. cit.*, pp.115 y ss. y P. Requejo Rodríguez,

El empleo de tales normas como parámetro necesario de constitucionalidad corresponde a cualquier juez encargado de llevar a cabo ese control. Por tanto, allí donde no haya una jurisdicción constitucional, la aplicación del parámetro complejo correrá a cargo de los Tribunales ordinarios y allí donde exista un Tribunal Constitucional la harán ambos, pues su utilización no depende del órgano ni del rango de la norma objeto de enjuiciamiento, sino que en todo caso resulta ineludible para poder explicar y constatar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad. Sin olvidar el papel de los Tribunales ordinarios, esta exposición hará más hincapié, en lo que a cuestiones procesales se refiere, en la jurisdicción constitucional, dada su incidencia en nuestro ordenamiento y en el de los países de nuestro entorno.

Así todo, como veremos, no son éstas las únicas novedades que en cuanto al parámetro se han de tener en consideración. Junto a las ya referidas, fruto de distintas abstracciones y aperturas constitucionales, es posible encontrar en sentido amplio otros nuevos parámetros, fruto más bien de la necesidad provocada por la sobrecarga de los órganos a los que corresponde velar por la supremacía constitucional. Su empleo condicionará la subsiguiente aplicación del parámetro estricto de constitucionalidad, simple o compuesto, al que hemos aludido, cuando se considere oportuno para que dichos Tribunales puedan desarrollar la función que en cada caso se les encomiende. Al análisis de todos ellos se dedicarán las páginas que siguen.

II. LA NECESIDAD DE UN NUEVO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD COMPLEJO

1. Las razones de la necesidad

De lo dicho hasta el momento se desprende que bajo la apariencia del desempeño de una idéntica función procesal de parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes se aglutinan normas entre las que es difícil establecer alguna afinidad funcional de otra índole, pues, atendiendo a la remisión que la Constitución efectúa en su favor, están llamadas a realizar una diferente misión en el interior del ordenamiento. El estudio de cuál ha de ser dicha función resulta obligado, ya que permitirá deslindar qué disposiciones son realmente ineludibles como referencia, sin convertir de otro modo en inútil un concepto de parámetro tan amplio que terminaría por vaciarse de contenido.

Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

Pocas veces la Constitución precisa inequívocamente las normas que acogen sus enunciados. Como ya se ha indicado lo más usual es que su identificación se retrase a la espera de que otras formas, a las que la Constitución autoriza llevar a cabo la concreción última de sus prescripciones, se pronuncien en favor de alguno de los contenidos constitucionalmente posibles. Si bien hay una coincidencia entre la norma habilitante —la Constitución— y la norma habilitada —siempre normas infraconstitucionales— el objeto y el alcance de este reenvío en ocasiones presenta significativas diferencias. Aunque las remisiones nunca son cheques en blanco, en tanto la norma constitucional puede imponer límites materiales y procedimentales, no es menos cierto que se confiere a los encargados de satisfacerlas un distinto margen de maniobra según cuál sea la naturaleza de la función que se les atribuya.

No es lo mismo establecer que ciertas materias deberán ser forzosamente reguladas por una determinada forma, cuya existencia, ubicación y relación con las demás aparece prefigurada en la Constitución, que dar entrada a otras formas para que la suplan, adoptando unas decisiones que tradicionalmente ella misma tomaba. Estas normas, en algunos casos, han de completar necesariamente una omisión consciente del texto constitucional; en otros, su existencia no es obligada, al prever la Constitución una respuesta subsidiaria por si no llegaran a aprobarse. Quizás sean estas últimas las que planteen una mayor complejidad, considerando que no se limitan a ocuparse de unos contenidos que la Constitución ha renunciado totalmente a regular en su favor, sino que pueden llegar incluso a constituir entes con capacidad normativa en aquellos ámbitos que la propia norma establece, convirtiéndose, por tanto, en ordenadoras de los criterios de distribución de competencias entre los sujetos que han creado. Al determinar su espacio de actuación, se transforman en condición de validez de unas normas que, después de satisfecha la remisión constitucional, pueden ya entrar a formar parte del ordenamiento; de ahí que, a la hora de pronunciarse sobre su licitud, resulte insoslayable contar con su presencia⁶.

Habitualmente la aparición de las normas a las que nos estamos refiriendo va ligada a la apertura en que incurren algunas constituciones cuando dejan sin definir cuáles son los principios estructurales que van a carac-

⁶ Un análisis en profundidad de estas remisiones puede encontrarse en J. L. Requejo Pagés, «Constitución y remisión»... *op. cit.*, pp. 134 y ss.

terizar la organización y funcionamiento de sus ordenamientos o cuando omiten cuáles son los contenidos de los principios que han elegido. Esta función intrínseca de cierre, que permite reconocer la estructura del sistema o el alcance de una estructura ya fijada en la Constitución, hace que nos encontremos ante disposiciones constitutivas no constitucionales, que se identifican en relación al sistema mismo y no en relación a otras normas⁷.

A la hora de precisar quiénes, por cumplir la función intrínseca descrita, han de desarrollar la función extrínseca de ser parámetro necesario de constitucionalidad, resulta irrelevante conocer si la Constitución prevé o no sus procedimientos de aprobación y reforma⁸ o qué lugar, constitucional o infraconstitucional, ocupan en la jerarquía positiva, pues el adjetivo constitucional sólo se predica de una función, sin que afecte al rango de las normas que la llevan a cabo y sin que tampoco suponga una minoración de la supremacía normativa que ostenta la Constitución. Tampoco, a nuestro juicio, es relevante si el reenvío constitucional en su favor es imperativo o potestativo, es decir, no importa que la Constitución imponga su concreción o que configure el ejercicio de la función de cierre estructural e, incluso, la propia existencia de las normas que han de realizarla como una de las alternativas posibles. Es el contenido de la remisión, no la norma objeto de la misma, el que tiene que comenzar siendo una posibilidad y terminar por convertirse en necesario cuando se materialice el reenvío. En definitiva, la función existencial, no solventada únicamente por la Constitución, de conferir validez al sistema en su conjunto estructural puede ser resuelta, como veremos a continuación, mediante varios supuestos, tanto por remisiones imperativas como potestativas, tanto por normas constitucionales como infraconstitucionales, tanto por normas que tienen en la vigente Constitución la razón de su validez como por otras pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, siendo posible entre ellas todo tipo de combinaciones.

⁷ Véase, P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional... op. cit.*, pp. 37 y ss., donde se realiza un estudio de la categoría bloque constitucional y de las normas que la integran en el ordenamiento español.

⁸ En conclusión, es irrelevante, siguiendo la terminología acuñada por N. Bobbio, que estemos ante fuentes delegadas, que tienen en la Constitución la causa de su validez, o ante fuentes reconocidas, cuyo origen se encuentra en normas anteriores a las constituciones vigentes o en normas que pertenecen a ordenamientos diferentes. Véase, en este sentido, N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980, pp. 27 y ss.

2. Algunos ejemplos de parámetros complejos

a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional

Un buen ejemplo de remisión imperativa a normas de rango constitucional aprobadas con anterioridad a la Constitución vigente puede encontrarse en Francia. El preámbulo de la Constitución francesa de 1958⁹ realiza una adición imperativa a contenidos dispersos en otras disposiciones de existencia previa y de su mismo rango. Estas recuperan su vigencia con el fin de llenar de significado la afirmación, recogida en el artículo 1 CF, de que «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social», pues en ningún otro de sus preceptos se explicitan, más allá de aspectos meramente organizativos, las exigencias materiales que la adopción de tales principios estructurales imponen. La Constitución francesa, por tanto, define cuáles son éstos, pero silencia las consecuencias que para los ciudadanos tiene su acogida, convirtiéndolos, a falta de remisión, en una declaración vacía de contenido, al omitir cualquier alusión a un catálogo de derechos que conforme la parte dogmática de la Constitución. A partir de esa apertura, primero la doctrina¹⁰ y posteriormente la jurisprudencia gala¹¹, adaptan al ámbito constitucional el concepto administrativista de bloque de la legalidad y acuñan la expresión de bloque de la constitucionalidad. Bajo esta denominación se incluyen las normas de referencia distintas de la Constitución que, al identificar los derechos fundamentales de los franceses, han de ser

⁹ «El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946».

¹⁰ Aunque son numerosos los análisis en profundidad sobre el concepto de bloque de la constitucionalidad en Francia y de las normas y principios que lo componen, pueden señalarse, entre muchos, L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Mélanges Einsenmann, Cujas, París, 1977, pp. 33 y ss.; del mismo autor, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», *Revue française de Droit Administratif*, n.º 2, 1984, pp. 174 y ss. y «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5, 1990, p. 45, más tarde publicado en 1991 en Civitas junto con un trabajo del profesor Rubio Llorente bajo el título de *El bloque de la constitucionalidad*; F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1980 y *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, París, 1987; C. Denizéau, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, LGDJ, París, 1997 y, por último, entre nosotros J. Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 115 y ss.

¹¹ La D.44DC de 16 de julio de 1971 es la primera de una interminable serie, imposible de reproducir aquí, en la que el Consejo Constitucional utiliza como parámetro las remisiones del Preámbulo a las que califica como «normas y principios de valor constitucional».

utilizadas necesariamente por el Consejo Constitucional, cuando resuelve sobre la validez de las leyes orgánicas, las leyes ordinarias y los reglamentos parlamentarios de modo preventivo, antes de que entren a formar parte del ordenamiento. Sin embargo el supuesto descrito, aun siendo el más conocido, no es el único. Aunque menos estudiada, también la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 140¹², realiza una remisión imperativa a normas constitucionales del pasado, en concreto haciendo suyos los preceptos de la Constitución de Weimar que permitirán afirmar la neutralidad del Estado frente al fenómeno religioso y reconocer los derechos de las sociedades que se formen con esta naturaleza. Esta recepción completa y específica las referencias al hecho religioso que se realizan respectivamente en los artículos 3 y 4 de la LFB, prohibiendo toda discriminación por esa causa y reconociendo la libertad religiosa en su vertiente individual. Por todo ello la regulación en materia de derechos efectuada en Weimar recibe el mismo tratamiento que si fuera directamente formulada en el texto constitucional, confiriéndole idéntico rango al que hoy ocupa la norma que la actualiza con su acogida¹³.

b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional

Pero, como adelantamos, quizás las remisiones que revistan una mayor complejidad sean las de carácter potestativo en favor de normas de existencia no necesaria. El ejemplo más significativo lo encontramos en nuestro ordenamiento en relación con la organización territorial del Estado. Cuál es el modelo elegido resulta una incógnita desde la Constitución. Ésta sólo fija una estructura centralizada llamada a operar subsidiariamente en el supuesto de que no lleguen a ser producidas las normas que pueden llevar a cabo con carácter definitivo la descentralización del sistema jurídico dentro de un marco constitucional que condiciona procedimental y materialmente la adopción de esa decisión estructural última. La Constitución, por tanto, no ofrece una estructura acabada del ordenamiento y difiere su conclusión a procesos que ella misma prevé, pero no pone en marcha. En el caso de que

¹² «Las disposiciones de los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 forman parte integrante de la presente Ley fundamental».

¹³ Sobre esta incorporación véase, M. Morlok, *Artikel 140, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, p. 1247 y ss. y T. Maunz, *Geltung von Artikeln der Weimarer Verfassung*, Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001, pp. 336 y ss.

se lleven a término, el resultado de tales procesos será una serie de normas infraconstitucionales que no se limitan a sentar los criterios de pertenencia de una norma a un sistema jurídico concreto; también definen los rasgos de identidad de ese sistema, tal cual quedó estructurado una vez que convirtieron en necesaria una de las expectativas que tenían cabida constitucional. En la Constitución se determina el núcleo del sistema y la estructura que operará por defecto y desde la Constitución las normas objeto de remisión pueden pronunciarse a favor de una estructura compleja, creando los sujetos encargados de realizar la producción normativa en un ámbito territorialmente limitado conforme a los procedimientos y respecto de los contenidos que ellas mismas establecen¹⁴. En España este papel definidor de la estructura variable que se ha descrito recae en los Estatutos de Autonomía, cuya aprobación, además de suponer la adopción de la decisión primera que permite reconocer la estructura descentralizada de nuestro ordenamiento, tiene una trascendencia para los entes territoriales que crean, en tanto pasan a ser las normas institucionales básicas que determinan su composición orgánica y fijan sus competencias¹⁵.

¹⁴ Sobre esta apertura en la descentralización *ad intra* de nuestro ordenamiento en torno a lo que se conoce como principio dispositivo, véase P. Cruz Villalón, «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4, 1981, pp. 53 y ss. y «La Constitución territorial del Estado», *Autonomías*, n.º 13, 1991, pp. 61 y ss.; J. J. Solozábal Echavarría, «Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, n.º 13, 1982, pp. 53 y ss.; F. Rubio Llorente, «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 9 y ss. y, del mismo autor, junto al profesor Favoreu, *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, 1991; L. M.ª Díez-Picazo, «Ley autonómica y ley estatal (sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989, pp. 63 y ss.; J. Pérez Royo, *Un proceso constituyente singular: el Estado de las Autonomías, el Tribunal Constitucional y el Estado de las Autonomías*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994; M. Aragón Reyes, «El Estado autonómico: ¿modelo indefinido o modelo inacabado?», *Autonomías*, n.º 20, 1995, pp. 187 y ss.

¹⁵ Siendo tan numerosas como valiosas las aportaciones doctrinales en relación a los Estatutos de Autonomía, pocas se ocupan de analizar su función de cierre como norma de reconocimiento de la estructura descentralizada y como norma identificadora de los ordenamientos parciales que conforma. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre las más significativas, bien por calificar al Estatuto como norma constitucional secundaria en atención a su especial relación con la ley desde un punto de vista más procedimental y procesal que funcional, bien por constatar el papel constitutivo del Estatuto, afirmando o negando adicionalmente, según el caso, su naturaleza constituyente, cabe destacar F. Rubio Llorente, *El bloque... op. cit.*, pp. 25 y ss. y «Sobre la conveniencia de terminar la Constitución antes de acometer su reforma», *Claves de razón práctica*, n.º 25, 1992, pp. 10 y ss.; L. M.ª Díez-Picazo, «Sobre

Cumplida la misión que la norma suprema asigna a los Estatutos, esto es, actuar como norma de identificación de la estructura descentralizada del sistema, la propia Constitución da entrada a otras normas infraconstitucionales capaces de alterar no el principio estructural, en nuestro caso, estatutariamente establecido, pero sí su alcance. Se trata de las leyes previstas en el artículo 150 CE, que, por habilitación constitucional, pueden introducir cambios significativos en un reparto de competencias efectuado por el Estatuto que no ha de ser definitivo. Estamos ante un cauce complementario, no alternativo, de deslinde competencial, pues por esta vía pueden bien verse incrementadas las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas por asignación estatutaria mediante la transferencia del ejercicio de competencias legislativas o ejecutivas estatales, bien verse reducido el tratamiento jurídico que, según el Estatuto, los territorios pueden dispensar a una materia, al tener que ceñirse a los principios contenidos en una ley de armonización estatal¹⁶. Aunque carentes de la dimensión fundacional que

la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20, 1987, pp. 139 y ss.; M. Aragón Reyes, *La iniciativa de las Cortes Generales en la reforma de los Estatutos de autonomía*, *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 160 y ss. y en «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, n.º 232-233, 1992-1993, pp. 197 y ss. y *El Estado autonómico... op. cit.*, pp. 192 y ss.; C. Aguado Renedo, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

¹⁶ Al igual que en los Estatutos de Autonomía, el enfoque doctrinal de las Leyes del artículo 150 CE no suele poner el acento en su dimensión funcional, ni en sus consiguientes consecuencias procesales. En este sentido puede consultarse P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional... op. cit.*, pp. 70 y ss., mientras que un análisis más detallado de la naturaleza y el contenido de tales normas puede encontrarse en F. Garrido Falla, «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, n.º 94, 1981, pp. 13 y ss.; M. Bassols, J. M. Serrano, «El artículo 149 de la Constitución en relación con el artículo 150.2: análisis de la delegación en materia de competencias estatales exclusivas», *Revista de Administración Pública*, n.º 97, 1982, pp. 31 y ss.; E. Aja, F. de Carreras, «Carácter de las leyes de armonización», *Revista de Derecho Político*, n.º 18-19, 1983, pp. 59 y ss.; J. Salas Hernández, *Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización, organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1984, pp. 78 y ss.; L. Sánchez Agesta, *Las leyes de armonización, Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, pp. 2835 y ss.; J. Vernet i Llobet, *Concepte i objecte de les Lleis d'harmonització*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985; E. García de Enterría, «Las leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico», *Revista de Administración Pública*, n.º 116, 1988, pp. 7 y ss.; A. Calonge Velázquez, «Las leyes orgánicas

sólo corresponde al Estatuto, la remodelación competencial autonómica que conlleva su aprobación obliga a tener necesariamente en cuenta a estas normas a la hora de precisar el contenido de nuestro Estado compuesto, determinando cuáles son las concretas atribuciones de los distintos entes territoriales que lo integran.

Incluso en Estados en los que no existe indefinición alguna respecto de la estructura descentralizada de sus ordenamientos, pues la propia Constitución se decanta en su favor de modo expreso y ella misma se encarga de delimitar las competencias entre los distintos entes que crea, es frecuente encontrar remisiones como las que acabamos de describir. Así la Ley Fundamental de Bonn, tras afirmar en su artículo 20 el principio estructural federal sin ningún tipo de apertura y efectuar ella misma el reparto primero de competencias, tanto legislativas, exclusivas — artículos 70 y 73 — y concurrentes — artículos 72 y 74 —, como ejecutivas — artículos 83 y ss. —, entre la Federación y los Länder que ha constituido, sólo cuenta con otras disposiciones infraconstitucionales federales a la hora de alterar esta distribución inicial. En unos casos, porque gracias a su mediación los territorios podrán legislar allí donde haya una competencia legislativa exclusiva de la Federación — artículo 71 — y en otros, porque se delega a los Länder competencias ejecutivas que constitucionalmente corresponden a la Federación — artículo 85 — o porque se trata de leyes marco que sientan principios de obligada aceptación por los Länder cuando legislan sobre determinadas materias — artículo 75 —¹⁷. Esta reformulación por normas infraconstitu-

de transferencias o delegación: algunos problemas de interpretación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 62, 1989, pp. 243 y ss.; E. Aja, J. Tornos, «La ley orgánica de transferencias o delegación del art. 150.2 CE», *Documentación Administrativa*, n.º 232-233, 1992-1993, pp. 185 y ss.; G. Fernández Farreres, «El artículo 150.2 de la Constitución y el desarrollo del Estado de las Autonomías», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 36, 1993, pp. 81 y ss.; J. A. Montilla Martos, *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, Madrid, 1998, sin perjuicio de las referencias a todas ellas en los manuales generales sobre Derecho autonómico y sistema de fuentes.

¹⁷ Además de un análisis de cada una de estas remisiones, puede encontrarse una referencia bibliográfica sobre este particular en R. Stettner, *Artikel 71; Artikel 75, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 1336 y ss. y pp. 1432 y ss., respectivamente; G. Hermes, *Artikel 85, Grundgesetz: Kommentar, herausgegeben von Horst Dreier*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 67 y ss.; T. Maunz, *Artikel 71; Artikel 75, Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001; P. Lerche, *Artikel 85, Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2001; T. Schneider, *Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes*, Lorenz-Von Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, Kiel, 1994.

cionales del alcance de un principio estructural ya predeterminado por la Constitución tampoco es extraña al ordenamiento italiano. También aquí, y a diferencia de lo que vimos sucedía en el nuestro, la Constitución italiana no acoge una estructura variable, sino que se pronuncia inequívocamente por la descentralización — artículo 114 —, concretando qué regiones se benefician de la misma — artículos 116 y 131 — y sobre qué materias ejercerán las distintas competencias — artículo 117 —. Aun así cabe reestructurar el planteamiento constitucional, delegando en las regiones potestad reglamentaria que, por afectar a materia exclusiva del Estado, en principio sólo a él correspondería — artículo 117 —, o mediante la aprobación de leyes de la República que concedan a ciertas regiones condiciones especiales de autonomía en materias en principio concurrentes o incluso en algunas de las que pertenecen en exclusiva al Estado — artículo 116 —¹⁸.

c. Remisiones a normas externas

Esta variedad de remisiones a normas constitucionales e infraconstitucionales, anteriores o posteriores en su vigencia al texto constitucional, de existencia necesaria o potestativa, se completa permitiendo que las indefiniciones estructurales en las que incurren las Constituciones puedan ser concluidas a través del reenvío a normas que tienen su origen en otros sistemas jurídicos de naturaleza internacional. Es lo que ocurre en la mayoría de los ordenamientos en relación a la descentralización *ad extra* del Estado, esto es, a su integración en una organización supranacional, cuyos órganos podrán normar válidamente sobre materias que previamente han delegado los Estados en dónde deberán ser aplicadas. Así las Constituciones italiana — artículo 80 — o española — artículo 93 — no imponen la adhesión de sus respectivos países a la Unión Europea¹⁹ y la acogen como una posibilidad

¹⁸ Tras la reforma constitucional de 18 de octubre de 2001, que modificó el Título V de la Parte II, pueden destacarse las referencias que se efectúan a estas cuestiones en las obras generales de T. Martines, *Lineamenti di diritto regionale*, Giuffrè, Milán, 2001; A. Ruggeri, *Le fonti del diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Giappichelli, Turín, 2001; G. Rolla, *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffrè, Milán, 2002; A. Anzon, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

¹⁹ Distinto es el caso, por ejemplo, de las Constituciones alemana y francesa, en las que los preceptos con mayor incidencia sobre la Unión Europea — artículo 23 y artículos 88-1 y ss., respectivamente — parten del hecho consumado de que la integración ya ha tenido lugar, pues son introducidos una vez producida ésta por la Ley de reforma de la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1992 y por las Leyes constitucionales n.º 92-554 de

que deberá ser previamente autorizada por ley. La Constitución, por tanto, deja abierta la puerta a que se produzca una alteración de los sujetos que en principio estaban llamados a poner en práctica una serie de competencias ejecutivas, legislativas y judiciales, puesto que su ejercicio respecto de ciertas materias puede transferirse de órganos nacionales a comunitarios. En Estados compuestos tal redistribución afectará indistintamente al Estado central y a los sujetos descentralizados, pues ambos sufrirán una merma de sus competencias en beneficio de los órganos europeos. Pero en ningún caso estos cambios podrán justificar un reajuste en el reparto de competencias *ad intra*. El principio de autonomía institucional permite compatibilizar las exigencias de la integración con las de la descentralización, impidiendo que la adhesión pueda servir de coartada para que el Estado, con base en títulos genéricos, como el de relaciones internacionales, comercio exterior u ordenación general de la economía, recupere competencias perdidas, usurpando a los territorios las facultades que le corresponden según las normas internas de distribución de poder.

En definitiva, las normas de origen estatal en sentido amplio pierden toda exclusividad, al compartir ámbito territorial de aplicación con aquellas otras que tienen un origen supranacional. Volvemos a encontrarnos ante una apertura potestativa de naturaleza política que, en esta ocasión, no sólo es concluida por la norma interna, pues, en tanto su contenido no va más allá de la mera autorización, necesita a su vez ser completada por otra que fije los términos de la delegación en lo que a su objeto y beneficiarios se refiere. Estamos ante una doble remisión, de la Constitución a la norma estatal y de ésta a la comunitaria, en concreto a su derecho originario, ya que sólo la conjunción de ambos permitirá determinar si lo posible se ha transformado en necesario y con qué alcance. Serán los tratados, y no la ley que da el visto bueno a su ratificación, los que precisen qué competencias concretas, de entre todas aquéllas que derivan de la Constitución, resultan indispensables para el cumplimiento de los fines comunitarios; qué órganos, dentro de la estructura que ellos mismos establecen, se harán cargo de su ejecución supliendo a los nacionales; conforme a qué procedimientos se materializará el ejercicio de dichas competencias y qué principios permitirán articular las relaciones entre los actos y disposiciones resultado de los procedimientos

25 de junio de 1992 y n.º 99-49 de 25 de enero de 1999. No obstante, el papel que en su momento han cumplido y cumplen los Tratados en estos ordenamientos es idéntico al que se les atribuye en el texto.

antedichos y el Derecho de los Estados que han cedido el ejercicio de sus competencias. De nuevo la Constitución opera, de un lado, como norma supletoria, estableciendo un reparto competencial entre órganos internos, que regirá en ausencia de norma que cierre su apertura *ad extra*; y, de otra, como norma de remisión a otras formas de existencia posible pero no necesaria, de cuya aparición depende la presencia de unos entes con capacidad normativa no previstos constitucionalmente, que obligarán a una inevitable redistribución de competencias²⁰.

3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural

Los distintos ejemplos que hemos ido desgranando sólo tienen en común la función que cumplen las normas que los protagonizan, porque así lo ha querido la propia Constitución, a través del juego de las remisiones. Dicha función intrínseca consiste en aportar una serie de datos que afectan a la estructura del ordenamiento de imposible conocimiento, si atendemos exclusivamente a una regulación constitucional marcada por la indefinición. Ese papel en el interior del ordenamiento de cierre jurídico de aperturas

²⁰ Para una visión de las consecuencias de la integración en la Unión Europea en distintos ordenamientos consúltese, entre muchos, VV.AA., *Le prospettive dell'Unione Europea e la Costituzione*, Cedam, Padua, 1995; A. la Pergola, *Costituzione ed integrazione europea: il contenuto della giurisprudenza costituzionale*, Studi in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 815 y ss.; F. Sorrentino, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, Studio in onore di Leopoldo Elia, Giuffrè, Milán, 1999, pp. 1635 y ss.; J. Rideau, «Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générale et situation française», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 2, 1990, pp. 259 y ss. y «La ratification et l'entrée en vigueur du traité de Maastricht», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 11, 1992, pp. 479 y ss.; L. Favoreu, P. Gaia, «Les décisions du Conseil Constitutionnel relatives au traité sur l'Union Européenne», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 11, 1992, pp. 389 y ss.; F. Chaltier, «Droit constitutionnel et droit communautaire», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, n.º 3, 1999, pp. 395 y ss.; K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; R. SCHOLZ, «Grundgesetz und europäische Einigung», *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 41, 1992, pp. 2598 y ss.; S. Muñoz Machado, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986; P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994; J. J. Solozabal Echavarría, «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 90, 1995, pp. 45 y ss.; J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como normas sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; A. López Castillo, *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la República Federal de Alemania*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

estructurales ha de tener necesariamente su reflejo en el plano extrínseco de lo procesal, pues, en contra de lo que se suele mantener, la utilización como canon de constitucionalidad de estas disposiciones formalmente ajenas a la Constitución es la consecuencia de haber satisfecho un reenvío de la naturaleza descrita y no la causa o el elemento definitorio que permite darles una cierta unidad²¹.

La identificación de la estructura del ordenamiento de entre aquéllas que desde la Constitución son tan sólo una posibilidad hace obligado acudir al bloque formado por la Constitución, norma de apertura a otras formas jurídicas, y estas normas de cierre, que materializan el reenvío. Sólo así podemos reconocer cuál es la estructura del ordenamiento y con ella qué sujetos tienen potestad normativa y con qué alcance. Nos enfrentamos ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata, en el que el desempeño de una función constitucional por disposiciones formalmente no constitucionales permite atribuirles cualidades procesales propias del nivel constitucional. Estas normas, en conclusión, son parámetro obligado de constitucionalidad por su carácter constitutivo de la estructura del sistema, aunque carezcan de un carácter constituyente del ordenamiento jurídico al que pertenecen.

Como ya hemos apuntado en la introducción, cualquier órgano jurisdiccional, ordinario o constitucional, debe contar con tales normas como parámetro, pues su concurrencia resulta obligada para probar el vicio de inconstitucionalidad.

Centrándonos en los Tribunales Constitucionales parece evidente que los procedimientos donde tales normas de cierre están llamadas a actuar como norma sujeto son aquéllos en los que de modo abstracto o concreto se realiza un juicio de constitucionalidad. De hecho esta opción aparece reconocida expresamente en las normas procesales que se ocupan de regular los mismos²² y que especifican unos preceptos constitucionales que, por el

²¹ Si el desempeño de la función de parámetro de constitucionalidad fuera el único rasgo distintivo de estas normas, eso obligaría a equipararlas, como veremos, con otras que siendo también utilizadas como referencia se limitan, sin embargo, a concretar abstracciones, que no indefiniciones, constitucionales, con el consiguiente equívoco tanto en lo que se refiere al concreto alcance de su función intrínseca como al de su función extrínseca.

²² Por ejemplo, el artículo 28 LOTC permite al Tribunal Constitucional tener en consideración a las normas legales de distribución competencial cuando ha de enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma del mismo rango que la que puede usar como parámetro. En la misma línea, desde la perspectiva de la función intrínseca y extrínseca que van a desarrollar y no desde su posición en el ordenamiento, los

contrario, o bien sólo reconocen la posibilidad de comparar las disposiciones objeto de enjuiciamiento con la Constitución²³ o bien obvian cualquier alusión al parámetro²⁴, sin que ello suponga un inconveniente que impida el contraste con un parámetro complejo. Aun así tal parámetro no tiene asegurada su aplicación en este tipo de procedimientos, porque es posible que la duda de constitucionalidad se pueda solventar sin necesidad de acudir a otras formas distintas a la Constitución, por tratarse de una cuestión que ha quedado perfectamente definida en ésta. Sin embargo, no ocurre lo mismo en aquellos procedimientos donde la declaración de inconstitucionalidad, estando presente, es un objetivo secundario, ya que la finalidad primordial del recurso no es otra que determinar a quién corresponde la titularidad de una competencia controvertida. Cuando estos procedimientos, conocidos como conflictos, traen causa de una disputa competencial entre entes territoriales, cuya existencia y ámbito de actuación no han sido totalmente resueltos por la Constitución, siempre es obligado el empleo de ese parámetro complejo que dilucida las incógnitas constitucionales, convirtiéndose de este modo en parámetro exclusivo de constitucionalidad, pues sin su concurso sería imposible determinar a quién pertenece la competencia en juego²⁵.

En todo caso, no hay que olvidar que, a pesar de su función constitucional, las normas que conforman, junto a la Constitución, ese parámetro complejo tienen rango legal y, por tanto, están sometidas a un control de validez, que deberán superar si quieren cumplir la función procesal encomendada. El Tribunal Constitucional no sólo debería realizar dicho control

artículos 23 y 32 de la Ley de 11 de marzo de 1953, n.º 87 sobre la constitución y funcionamiento de la Corte Constitucional permiten en las cuestiones de legitimidad constitucional apelar tanto a la Constitución como a las leyes constitucionales, sobre todo, cuando existe una controversia competencial entre el Estado y las regiones.

²³ Es el caso del artículo 163 CE; artículo 61 CF; artículos 100 y 93 LFB, aunque en este último precepto también se admite la confrontación del derecho de los Länder con el derecho federal.

²⁴ Es el caso del artículo 161 CE o el artículo 134 CI.

²⁵ Es lo que sucede en el ordenamiento español, tal y como se ha expuesto con anterioridad. En los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas el Tribunal siempre tiene que acudir a la suma Constitución más Estatuto o más leyes del artículo 150 CE para conocer a quién pertenece la competencia, pues a ellos se debe la aparición y contenido de nuestro Estado descentralizado —artículo 62 LOTC—. En los sistemas alemán e italiano, donde también existen estos litigios competenciales —artículo 93 LFB y artículo 134 CI—, el empleo del canon extraconstitucional, aunque posible, por el juego de las leyes de delegación, es mucho más reducido, al ser la propia Constitución quien crea los entes descentralizados y la que realiza el reparto de competencias.

de un modo directo, convirtiendo a tales normas en objeto de enjuiciamiento en cualquier procedimiento que con ese fin se sustancie contra ellas, sino también de modo indirecto, esto es, a través de lo que se conoce como vía reconvenional. Aquí la duda sobre la constitucionalidad de la norma de cierre estructural se suscita y ha de ser resuelta en el mismo proceso en el que se quiere usar como parámetro. Si bien el Tribunal no podría realizar en el fallo ninguna alusión sobre su constitucionalidad, al tratarse de preceptos que el recurrente no ha impugnado, al menos debería poder afirmar en los fundamentos jurídicos si existe una incompatibilidad con la Constitución que impediría su aplicación. Esta posibilidad, sin respaldo normativo expreso, excepto en Austria²⁶, pero con un cierta aceptación jurisprudencial²⁷, evitaría la paradoja de usar como canon de constitucionalidad preceptos que vulneran la norma cuyo respeto se busca garantizar.

Pero, en ocasiones, son los Tribunales ordinarios los que han de aplicar estas disposiciones de cierre. Nos referimos con ello no sólo a los supuestos en que debe ser así por el rango infralegal de la norma objeto de control, sino especialmente a aquellos casos en que, con independencia de cuál sea la posición que ocupa en el ordenamiento la norma a enjuiciar, las disposiciones que van a ser empleadas como parámetro tienen un origen supranacional. La complejidad propia de las aperturas potestativas se incrementa cuando son *ad extra*, en tanto la vulneración de las normas de cierre repercute sobre la aplicabilidad de la norma impugnada y no sobre su validez²⁸. Así ocurre cuando surge un conflicto entre un Tratado constitutivo de la Unión Europea correctamente celebrado y una norma estatal posterior²⁹, tal y como se explicita en el Art. 96 de nuestra Constitución. Como, atendiendo a su

²⁶ Artículo 140 CA.

²⁷ En España, por ejemplo, en el ámbito bases-desarrollo. Véase, entre otras, la STC 151/1992.

²⁸ Estamos aludiendo a supuestos en que la norma que contraría las disposiciones de cierre se ha aprobado con posterioridad a éstas, pues de ser anterior sí estaríamos ante un problema de validez, constatable por cualquier Tribunal ordinario, que se resolvería con la derogación de la norma estatal por el Tratado. Véase I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 124 y ss.

²⁹ En puridad cualquier Tratado internacional, sea del tipo que sea, disfruta de esa fuerza pasiva frente a las normas estatales posteriores que lo contradigan. Si aquí tan sólo nos referimos a los Tratados que integran el Derecho originario europeo se debe a que, en principio, son los únicos que en nuestro sistema cumplen en el interior del ordenamiento la función a la que reiteradamente nos venimos refiriendo de servir de cierre a las aperturas estructurales en que incurre la Constitución.

origen, no comparten íntegramente una misma razón de ser, la controversia se ha de resolver desde la eficacia prevalente del Tratado, sin que deba expulsarse a la norma estatal del ordenamiento jurídico³⁰. Cuando una norma internacional crea unos sujetos que disfrutan, porque la Constitución así lo permite, del ejercicio de unas competencias originariamente estatales y *a posteriori* una norma interna desoye la nueva reordenación competencial, sólo será posible comprobar si tal vulneración se produce, acudiendo a la norma supranacional que transforma en realidad lo que desde la Constitución es potencia. Si la lesión existe, estamos de nuevo ante una inconstitucionalidad indirecta que se ha de saldar, como en otros supuestos³¹, con la inaplicación y no con la declaración de nulidad de la norma infractora³². La imposibilidad de que el Tribunal Constitucional constate el vicio se debe a una exigencia impuesta por el propio Derecho comunitario, pues si el juez optara por activar un control concreto de inconstitucionalidad contra la norma interna lesiva del Derecho comunitario, estaría vulnerando, de un lado, el principio de primacía, al dar a entender que la norma aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo es la norma interna, y, de otro, el principio de eficacia directa, al quedar en suspenso la aplicación de la norma comunitaria hasta que el Tribunal Constitucional resolviera. Por tanto, en contra de lo que ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 28/1991, su falta de jurisdicción para conocer estos

³⁰ Esta es la respuesta que ha de dar el Tribunal ordinario en todo caso, pues aun en el supuesto de que la norma interna en conflicto tuviera rango de ley, puede inaplicarla sin necesidad de acudir, allí donde exista, al Tribunal Constitucional.

³¹ En nuestro sistema, por ejemplo, las normas estatales que invaden un espacio que corresponde a una Comunidad Autónoma no siempre son declaradas nulas, porque pueden tener una aplicación, al menos, supletoria, en esa o en otra parte del territorio.

³² Sin embargo, J. L. Requejo Pagés, *Sistemas normativos... op. cit.*, pp. 40 y ss., precisamente porque las normas internacionales condicionan la aplicabilidad y no la validez de las normas internas posteriores, descarta que puedan integrarse en el llamado «bloque de la constitucionalidad». No obstante, la conceptualización que realiza del mismo desde la noción de remisión potestativa presenta en su conjunto más coincidencias que divergencias con la función que la Constitución otorga a los tratados originarios. De una parte, éstos son destinatarios de una remisión constitucional a través de la cual los entes que crean podrán ejercer unas competencias derivadas de la Constitución que, de no existir tales sujetos, serían supletoriamente puestas en práctica por los órganos estatales y autonómicos y, de otra, la validez de las normas cuya aparición posibilitan depende de dichos tratados —derecho derivado— e introducen un nuevo parámetro de enjuiciamiento para aquellas normas —estatales y autonómicas— cuya aplicabilidad, en principio, sólo podría ser controlada atendiendo a la Constitución.

asuntos no obedece, a nuestro juicio, a que, atendiendo a la naturaleza orgánico-procedimental de las disposiciones constitucionales de apertura *ad extra*, no exista un problema de inconstitucionalidad indirecta o a que nos encontremos ante un problema de mera aplicabilidad. Buena prueba de ello es que esos argumentos no le impiden considerar a las normas de cierre que se aprueban al abrigo de las aperturas *ad intra* como parámetro de enjuiciamiento de aquellas otras cuya existencia deriva de éstas últimas o se ven condicionadas por ellas de algún modo³³.

Pero también las normas de cierre internacional a las que estamos aludiendo pueden ser parámetro de validez para ciertas normas aplicables por el juez ordinario. No son otras que las normas de derecho derivado que el juez nacional, como juez comunitario, tiene que tener presente a la hora de resolver. Obviamente el Derecho derivado es creado por los órganos comunitarios habilitados por los Tratados conforme a los procedimientos que en ellos se establecen. Sólo bajo este presupuesto puede jugar el principio de primacía del Derecho europeo sobre el estatal. En caso contrario, el juez nacional, si bien no está legitimado para inaplicar, ni mucho menos declarar la nulidad de la norma comunitaria, sí colabora, como garante del sistema comunitario, en el control de sus disposiciones, activando los mecanismos procesales oportunos para conseguir la expulsión del ordenamiento de la norma comunitaria por el órgano jurisdiccional competente según los Tratados, esto es, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tampoco en esta ocasión el Tribunal Constitucional desarrollará ningún papel en el conflicto, pues, una vez que la norma comunitaria resulta potencialmente aplicable, las condiciones de su concreta aplicación o inaplicación son aseguradas

³³ En otros sistemas, como el italiano, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda controlar las disposiciones internas que contradigan al Derecho comunitario ha sido una realidad hasta 1984 —Sentencia n.º 170/1984—, resurgiendo en la Sentencia n.º 384/1994, que declara la ilegitimidad constitucional de una ley regional que vulnera el Derecho europeo derivado, y con posterioridad en la Sentencia n.º 443/1997, que usa como parámetro el Derecho originario. Sobre esta evolución jurisprudencial, entre otros, véanse los distintos comentarios realizados en ese mismo año en el fascículo 6.º de *Giurisprudenza Costituzionale*, así como en la obra colectiva *Il parámetro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino, 1998. También en Francia, aunque puntualmente, la Decisión del Consejo Constitucional de 20 de mayo de 1998 contrastó la conformidad de la ley orgánica que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones municipales francesas con la Constitución y con las normas comunitarias a las que ésta reenvía en su artículo 88-3, es decir, los preceptos de los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea en este ámbito y la directiva que los aplica.

por el Tribunal de Justicia, mientras que a los Tribunales ordinarios les corresponde realizar la selección del Derecho aplicable de entre aquél de cuya validez no cabe duda alguna.

Como se ha intentado mostrar en las páginas precedentes, las distintas aperturas en las que incurren la mayoría de las vigentes Constituciones hace plenamente justificable la aparición de nuevos parámetros de constitucionalidad. El que la Constitución no defina la estructura del ordenamiento y difiera su identificación última a otras disposiciones llamadas a despejar esa incógnita, configurando o programando una determinada estructura de entre las prefiguradas o programables, hace que se forme un complejo normativo que es tal por desempeñar una misma función jurídica constitutiva de la estructura del sistema, aunque no constituyente de este último, pues su existencia se asegura en todo caso desde la Constitución. Sólo el cumplimiento por tales disposiciones de esa función jurídica de cierre, y no su rango normativo, el momento de su aprobación, la naturaleza de la apertura que la hace posible —imperativa/potestativa, explícita/implícita, de adición/de creación— o el elemento estructural afectado, es el que impone ineludiblemente su empleo como normas de referencia, al ser su concurso imprescindible para reconocer cuáles son los principios estructurales del sistema y cuál es su contenido concreto.

III. LOS «FALSOS» PARÁMETROS DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Las razones de la «falsedad»

A pesar de todo lo dicho, no se puede negar la evidencia de que la descrita no ha sido la única ampliación del canon de enjuiciamiento que los Tribunales han llevado a cabo. Además del justificable empleo de un parámetro de constitucionalidad complejo, integrado por la suma de la Constitución y el resto de normas que llenan sus silencios estructurales, llama la atención cómo también se acude para determinar la existencia de un vicio de inconstitucionalidad a otras disposiciones que resultan del todo prescindibles, pues la vulneración se puede constatar atendiendo únicamente a la propia norma suprema.

En este caso también las normas que cumplen esa misión operan gracias a una remisión constitucional en su favor, pero su finalidad no es cerrar una deliberada apertura en la estructura del ordenamiento, sino concretar aspectos que la Constitución ha prefijado de modo concluyente sin margen de discrecionalidad y con total ausencia de cualquier principio dispositivo.

La remisión no deja espacio a la indefinición, pues la Constitución crea, especifica y otorga una posición en el ordenamiento a la forma que la ha de satisfacer y determina el alcance con que se ha de realizar. Descartado que la función asignada consista en servir de reconocimiento a la estructura del sistema, ésta no es otra que facilitar la identificación del contenido del sistema, complementando, que no completando, una configuración ya conocida.

La Constitución es una norma adjetiva que establece los procedimientos a través de los cuales se aprueban y reforman las diferentes fuentes del sistema; el ámbito local-temporal de su validez y los criterios que rigen su interpretación y aplicación. Pero también es una norma sustantiva incapaz de abordar y agotar todas las cuestiones que deben ser reguladas. En estos supuestos, en principio, cualquier norma infraconstitucional que la propia Constitución prevea puede encargarse, sin necesidad de que exista ninguna habilitación explícita, de concretar la abstracción y generalidad presente en sus disposiciones; siendo suficiente con que esa concreción se lleve a término respetando los preceptos constitucionales y las exigencias propias de la jerarquía normativa. Pero, en ocasiones, la Constitución quiere que esa concreción sea realizada no por cualquiera, sino por una forma infraconstitucional específica, cuyo origen inmediato es de nuevo una Constitución que establece su régimen normativo y ubicación en el sistema. Esa «voluntad» se materializa en una remisión expresa que tiene por objeto ordenar que dichas formas, en detrimento de otras, puedan bien ocuparse con carácter exclusivo de ciertas materias de contenido diverso, aunque con el denominador común de ser abstractamente reguladas por los preceptos sustantivos de la Constitución; bien ofrecer un determinado tratamiento jurídico de una materia, cuya regulación comparten con otras formas; bien servir de pauta interpretativa de las disposiciones constitucionales.

Al estar la remisión claramente predeterminada por la Constitución, el juicio de validez que han de realizar los Tribunales se limita a comprobar si ha sido satisfecha por la norma habilitada y en los términos previstos constitucionalmente, pues, de no ser así, deberá sancionar con la nulidad tanto a la norma habilitada que vaya más allá de lo constitucionalmente permitido, como a la forma no habilitada que pretende culminar la remisión. En este supuesto la antijuridicidad deriva de la invasión de un espacio que, según la Constitución, esté o no ocupado por la norma objeto del reenvío, en ningún caso le corresponde. Por tanto, la Constitución es el único pará-

metro necesario de enjuiciamiento, cuando configura totalmente los perfiles de la remisión sin necesidad de que otras normas creen los sujetos beneficiarios de la misma ni determinen sus atribuciones. Sin embargo, aunque la resolución de la controversia no requiere más que la aplicación de los criterios de articulación normativa que la Constitución establece sin dejar espacio a la elección, los Tribunales vienen considerando conveniente manejar como parámetro a las formas que lícitamente se ocupan de la materia o del tratamiento jurídico que la Constitución les atribuye. Aparentemente los dos grandes tipos de remisiones constitucionales analizadas se equiparan, al menos procesalmente, ya que en ambos casos se acaba por utilizar un parámetro complejo, prescindiendo de la diferente función que sus destinatarias están llamadas a cumplir —cerrar una apertura estructural o cerrar una abstracción constitucional—. Pero si, en el supuesto que nos ocupa, lo que se sanciona es la invasión de un espacio por una forma distinta a la que determina un principio de articulación impuesto por la Constitución, sólo resta preguntarse por qué la norma que lícitamente satisface el reenvío se emplea como parámetro, si tal referencia resulta innecesaria, pues la disposición enjuiciada será inconstitucional por contravenir directamente a la Constitución que es la única causa y condición de su validez. A la hora de intentar encontrar cuál es esa razón, hemos de movernos en el campo de la motivación. Si su valor es meramente indicativo, su uso como canon de validez pretende reforzar a mayor abundamiento una vulneración constatable a la vista de la Constitución³⁴. En definitiva, las normas autorizadas facilitan la explicación, pero no aportan nada a la fundamentación de por qué la norma invasora es inconstitucional. Su empleo no viene sino a abundar en la regulación constitucional y resulta en muchos casos superfluo e incluso contraproducente, si se llega a considerar necesario y con ello se admite una interpretación de la Constitución de acuerdo con la ley, convirtiendo a estas normas en una prolongación de la primera. Desde este punto de vista las normas que contradicen lo regulado por aquéllas que precisan la abstracción

³⁴ En F. J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española*, HAAE/IVAP, Oñate, 1987, se puede encontrar una descripción de los diferentes argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias —analógico, sistemático, a fortiori, a contrario, psicológico, apagógico, de autoridad, histórico, teleológico...—, encajando, quizás, la cuestión que analizamos en el argumento calificado como pragmático, pues la existencia de una norma que colma correctamente la remisión probaría que, en la práctica, el espacio que viene a llenar la norma objeto de enjuiciamiento ya ha sido ocupado por aquélla que podía hacerlo.

constitucional también se oponen a una Constitución que será releída, a nuestro juicio indebidamente, a la luz de la concreción sustantiva efectuada por las normas objeto de remisión. De esta manera, cuando únicamente se pone el acento en la vertiente procesal y se prescinde de la función que cumplen en el interior del ordenamiento las normas que van a ser usadas como referencia, las consecuencias no pueden ser más inconvenientes. Se llega a elaborar categorías, como la del bloque de la constitucionalidad en España y en Francia o la de las normas interpuestas en Italia, de dudosa utilidad, en tanto siembran confusión, al albergar bajo una misma denominación a una serie de disposiciones que no cuentan con afinidad alguna y que terminan por compartir, en la mayoría de los casos sin merecerlo, un papel propiamente constituyente³⁵.

³⁵ Así ocurrió en Italia, Francia y España, tanto en el plano doctrinal, como en el jurisprudencial. En Italia, la Corte ha usado como parámetro disposiciones variopintas —leyes de delegación, principios fundamentales limitativos de las leyes regionales en competencias compartidas, estatutos regionales, tratados internacionales...—, a partir de la definición de normas interpuestas acuñada por Lavagna como normas infraconstitucionales que por explícita disposición de la Constitución se colocan entre ella y otras normas legislativas a las que vinculan o limitan, sirviendo de canon de enjuiciamiento, en tanto su vulneración provoca un supuesto de inconstitucionalidad mediata. En Francia, desde el concepto de bloque de la constitucionalidad, al que nos hemos referido con anterioridad, el Consejo Constitucional no ha tenido el menor inconveniente en aglutinar bajo ese calificativo tanto a las normas constitucionales a las que la vigente Constitución remite para cerrar su indefinición estructural en materia de derechos fundamentales y a los principios que se infieren de las leyes de las tres primeras Repúblicas, como a las leyes orgánicas, las ordenanzas o las reglas de procedimiento de relevancia constitucional contenidas en los reglamentos parlamentarios. En España rápidamente se acogieron estas categorías, procurando su adecuación a nuestro ordenamiento. En todo caso el punto de partida a la hora de su caracterización siempre fue procesal; de ahí que el Tribunal Constitucional considerara al bloque de la constitucionalidad como las normas que, sin necesidad de declarar su pertenencia a este grupo normativo, son empleadas para resolver los conflictos de los que conoce. Eso explica el progresivo aumento del número de disposiciones integrantes de un concepto que, en principio, se circunscribía a las citadas en el artículo 28.1 de la LOTC, esto es, a las normas de delimitación competencial, para acabar por convertirse en un cajón de sastre de imposible unidad, pues a él van a parar otras que no comparten con ellas ni un origen ni una función común, como es el caso de las leyes orgánicas, los reglamentos parlamentarios, las leyes de delegación, la legislación básica, los tratados internacionales del artículo 10.2...

Sobre el concepto de norma interpuesta consúltese, entre muchos, C. Lavagna, «Problema di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”», *Revista italiana per le Scienze giuridiche*, 1955-1956, p. 253 y ss., y *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milán, 1984; M. Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padua, 1992; P. Giocoli Nacci, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1982 pp. 1879 y ss.; la obra colectiva coordinada por G. Pitruzzella, F. Teresi y G. Verde, *Il parámetro nel giudizio... op. cit.* Sobre el concepto de bloque de la constitucionalidad

2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad

Del modo en que la Constitución configura el alcance de la remisión descrita se deduce el carácter accesorio de la función procesal que las normas que la realizan han de desarrollar. De ahí que resulte imposible establecer no sólo un listado común que permita reconocer a estas disposiciones en cualquier ordenamiento, sino incluso un listado taxativo de las normas que responden a este perfil en cada ordenamiento concreto. Aun así no renunciamos a ejemplificar este tipo de remisiones, acudiendo a algunos casos significativos por razones varias.

Hay ciertos supuestos, donde una misma disposición, presente en varios ordenamientos con un diseño similar, es manejada como referencia por sus respectivos Tribunales; nos estamos refiriendo a las leyes orgánicas en España y Francia o a las leyes de delegación legislativa y a la legislación básica en España e Italia.

Las primeras, sujetas a un procedimiento reforzado de aprobación y reforma, en la medida en que se ocupen de los contenidos a ellas reservados — artículo 81 CE y artículos 34, 46 y 47 CF —, se entienden como una prolongación de la Constitución en la materia que se trate. Por ello, su vulneración se ve como una especie de inconstitucionalidad mediata, no dudándose en afirmar que la violación de una ley orgánica debe ser considerada como contraria al precepto de la Constitución que realiza el reenvío³⁶. No obstante, este argumento, en contra de lo que pretende, refuerza la idea de que las leyes orgánicas se limitan a complementar la regulación completa y definitiva que han efectuado unos preceptos constitucionales suficientes a la hora de comprobar la validez de la disposición enjuiciada, pues lo relevante no

en Francia, véase las obras ya mencionadas de L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité... op. cit.* y *El bloque...* ob. cit.; F. Luchaire, *Le Conseil... op. cit.*; C. Denizeau, *Existe-t-il un bloc...* op. cit. y J. Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional...* ob. cit. Por último, en nuestra doctrina hay más referencias al bloque al hilo del análisis puntual de cada una de las normas que presuntamente lo componen, que un estudio global sobre la categoría en sí mismo considerada. Entre estas últimas, F. Rubio Llorente, *El bloque de la...* op. cit.; A. Ruiz-Huerta, *Constitución y legislación autonómica: un estudio del bloque de la constitucionalidad*, *ibidem*, Madrid, 1995; P. Requejo Rodríguez, *Bloque constitucional...* op. cit.

³⁶ Sobre la ley orgánica, especialmente la de Presupuestos, en Francia véase F. Luchaire, *Le Conseil...* op. cit., pp. 138 y ss. y J. Pardo Falcón, *El Consejo...* op. cit., pp. 140 y ss. Para un estudio de la ley orgánica en España, consúltese, entre otros, I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional...* op. cit., pp. 94 y ss.; A. Garrorena Morales, «Acerca de las leyes orgánicas y de su espuria naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 13, 1990, pp. 169 y ss.; E. Linde Paniagua, *Leyes orgánicas*, Linde Editores, Madrid, 1990.

es la contradicción en que haya podido incurrir con la ley orgánica, sino la invasión de un espacio ajeno³⁷. El desarrollo de los derechos fundamentales es una de las materias reservadas específicamente en nuestro ordenamiento a la ley orgánica. La abstracción y apertura de su formulación en la Constitución permiten, respectivamente, que el legislador afronte el desarrollo del contenido del derecho y que lo haga pudiendo escoger entre las múltiples posibilidades que cuentan con cobertura constitucional. Una vez que esta concreción primera haya tenido lugar, ningún sujeto, desoyendo la reserva, podrá contrariar la regulación establecida a través de un procedimiento diferente al constitucionalmente previsto, pues este tipo de excesos se sancionan con la nulidad. Pero tal prohibición no significa que el legislador esté obligado a satisfacer en todo caso la reserva. Su intervención es irrelevante para la existencia misma del derecho, ya que la norma constitucional que lo reconoce y lo prefigura en sus elementos esenciales goza de una eficacia directa que asegura su presencia en todo caso; incluso cuando el legislador no actúe. La omisión no resulta por ello inconstitucional, en tanto no impide la situación jurídica constitucionalmente garantizada y tampoco abre un espacio reservado a un determinado órgano y a un determinado procedimiento a otros sujetos y a otros procedimientos, que, de activarse, serían igualmente nulos, aunque no pudieran contravenir una regulación legal que aún no ha visto la luz. Sin embargo no se puede obviar que en otros supuestos, concretamente en los derechos de configuración legal, el legislador disfruta de un mayor protagonismo que el descrito. Las normas constitucionales que los reconocen tienen una eficacia, si se quiere, disminuida, al depender la efectiva existencia del derecho, así como la determinación de su contenido, de la aprobación de una ley, cuya omisión sí puede ser inconstitucional, pues impide que se materialice una situación jurídica que la propia Constitución desea o permite la presencia de otras no queridas por ella³⁸.

³⁷ Esa innecesariedad puede ponerse en tela de juicio en el caso español, si atendemos al papel que el Tribunal Constitucional concede al legislador orgánico, permitiéndole declarar qué preceptos de la ley tienen naturaleza orgánica y cuáles ordinaria. Desde este punto de vista, al determinar la competencia del legislador orgánico u ordinario para modificar o derogar la norma aprobada bajo el procedimiento propio de las leyes orgánicas, su concurso se hace imprescindible a la hora de precisar la validez de las normas que entran a regular un campo que ha de ser calificado por el legislador, y no sólo por el constituyente, como propio de ley orgánica.

³⁸ Sobre este tipo de remisiones al legislador y las consecuencias de su silencio, véase I. Villaverde Menéndez, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 58 y ss.

Las segundas, las leyes de delegación, no sólo transfieren al Gobierno la potestad legislativa necesaria para que pueda dictar normas con rango de ley, tal y como prevén las Constituciones española e italiana — artículos 82 y ss. CE y artículos 76 y 77 CI—, sino que además, para evitar habilitaciones en blanco que desvirtúen el papel central de la ley en nuestros ordenamientos, someten al Ejecutivo al respeto a los principios y directrices sentados por la ley de bases cuando haga uso de la delegación. Las leyes de delegación se configuran entonces como normas sobre producción jurídica que carecen de aplicación directa, en tanto no se apruebe el Decreto legislativo que las desarrolle en sus justos términos. Su infracción supone la lesión del precepto constitucional que impone su acatamiento, al condicionar, por exigencia del lugar que ocupa la ley en nuestros sistemas, la actuación del Gobierno, marcando las pautas del contenido futuro de un Decreto legislativo que encuentra la justificación de su existencia en la mera regulación constitucional³⁹.

Las terceras, la legislación básica, aparecen ligadas en España, y en su momento en Italia, a un modelo de organización territorial descentralizada,

³⁹ La Sentencia n.º 3 del 1957 de la Corte Constitucional zanja la larga polémica doctrinal que enfrentó, entre otros, a C. Lavagna, *Problema di giustizia costituzionale sotto il profilo della manifesta infondatezza*, Giuffrè, Milán, 1957, con autores no menos significativos como C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia, La Costituzione Italiana*, Saggi, Padua, 1954 o C. Mortati, *Sulla competenza a giudicare gli eccessi di delega legislativa*, Il foro italiano, 1956, al considerar estos últimos que la jurisdicción constitucional sólo podía controlar la vulneración de preceptos constitucionales y no las infracciones de ley, reservadas al conocimiento de los Tribunales ordinarios, pues, de lo contrario, cualquier vulneración del ordenamiento se podría reconducir a un problema de inconstitucionalidad. La Corte afirmaba aquí su competencia para conocer la violación de las leyes de delegación por los Decretos legislativos, dado que ésta se entendía como una vulneración indirecta de la Constitución por una norma con fuerza de ley y a ella le corresponde resolver los vicios de los actos de formación primaria. En España la discusión también se centró en determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer los casos de ultra vires; repuesta que se hará depender de la naturaleza jurídica que se atribuya al Decreto legislativo. Si es la de norma con rango de ley la competencia se deja en manos del Tribunal Constitucional. Pero si es reglamentaria, el control se atribuirá a los Tribunales ordinarios, aunque sin desechar la posible intervención del Tribunal Constitucional en atención al problema subyacente de inconstitucionalidad mediata. Sobre este particular, véase las SSTC 51/1982 y 205/1993, así como en el plano doctrinal, E. García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 1998; J. Jiménez Campo, «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos legislativos», *Revista de Derecho Político*, n.º 10, 1981, pp. 77 y ss.; I. de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 189 y ss.; E. Virgala Foruria, *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

en el que las disposiciones encargadas de efectuar el reparto competencial no siempre atribuían a cada uno de los entes en juego todas las funciones que se pueden ejercer sobre una materia. Junto a estas competencias exclusivas, también se introdujeron competencias compartidas en las que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, o, en su caso, las Regiones, habían de regular un mismo contenido; pero eso sí, respetando los territorios los «principios» establecidos en una legislación estatal denominada básica en España o «cornice» en Italia. El Estado no puede agotar todo el tratamiento jurídico de una materia y, como consecuencia indirecta del ejercicio de una competencia que le pertenece, debe acotar de forma declarativa, no atributiva, el espacio y los términos en que se ha de desarrollar el tratamiento que por su parte dispensará cada ente territorial. Como la norma del Estado no tiene incidencia alguna sobre una estructura del ordenamiento que ha quedado definida por la Constitución y el resto de disposiciones a las que confiere tal función y su relevancia tan sólo alcanza a las relaciones internormativas, su empleo por los Tribunales Constitucionales responde, al igual que en los demás casos descritos, a una mera constatación de que la ley estatal que satisface la reserva constitucional para la regulación de un determinado tratamiento jurídico ya ha sido aprobada y, por tanto, cualquier otra, que haya sido dictada con el objeto de fijar explícita o implícitamente nuevos principios, será inconstitucional si emana de un ente distinto a aquél al que la Constitución ha encomendado tal misión⁴⁰.

⁴⁰ En relación a la legislación básica, consúltese J. Jiménez Campo, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 39 y ss.; A. Gutiérrez Llamas, *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas: estudio jurisprudencial de la técnica bases más desarrollo*, Bosch, Barcelona, 1994; P. Requejo Rodríguez, «Rango normativo y legislación básica (a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 13-14, 1989, pp. 19 y ss.; F. Caamaño, «El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.ºs 12-13, 2000-2001, pp. 87 y ss.

Aunque anteriores a la reforma del Título V de la Constitución italiana, pueden consultarse las referencias que realizan a los principios fundamentales establecidos o deducibles de las leyes estatales, V. Crisafulli, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 81 y ss.; L. Paladín, *La potestà legislativa regionale*, Cedam, Padua, 1958, pp. 124 y ss.; G. Zagrebelsky, *Appunti sul significato costituzionale dei «principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello stato» como limite alla potestà legislativa regionale, Le regioni: politica o amministrazione?*, Comunità, Milán, 1973, pp. 265 y ss.; R. Tosi, «Principi fondamentali» e leggi statali nelle materia di competenza regionale, Cedam, Padua,

Sin embargo, en otros supuestos de coincidencia normativa no se produce la misma unanimidad a la hora de su empleo como parámetro. Es lo que sucede con los Reglamentos parlamentarios. En España estas normas primarias, que monopolizan el desarrollo de la Constitución en lo que al estatuto de las Cortes y de sus miembros se refiere, se relacionan con el resto de disposiciones de nuestro ordenamiento a través de un principio de distribución de materias que impide a los Reglamentos ir más allá de la regulación de los contenidos propiamente parlamentarios a ellos reservados y al resto de normas ocuparse de las mismos, si no quieren infringir el precepto constitucional que establece la remisión en favor de los Reglamentos en exclusiva. En Francia, por el contrario, se niega que los Reglamentos parlamentarios, globalmente considerados como fuente del Derecho, pertenezcan al llamado bloque de la constitucionalidad y se prefiere integrar en esta categoría, confiriéndoles valor constitucional, sólo a aquéllas de sus disposiciones que concretan el procedimiento legislativo abstractamente regulado en la Constitución o cualquiera de los principios fundamentales que ésta consagra, pues en último término la vulneración del Reglamento es una vulneración de la misma Constitución. En Italia, por su parte, se defendió primero en el plano doctrinal que el principio de autonomía de las Cámaras exigía identificar a los Reglamentos con *interna corporis acta* sin relevancia externa y de imposible utilización como referencia. Luego se comenzó a atribuir una distinta naturaleza jurídica a los Reglamentos atendiendo a su objeto, ya que cuando se ocupaban del procedimiento legislativo se entendía que la Constitución reservaba esta materia no a cualquier fuente primaria, sino a esa fuente específica; de ahí que la Corte pudiera usarla como parámetro para constatar una invasión competencial por parte

1987. Tras la reforma las competencias compartidas que fundamentan la aprobación de las *leggi-cornice* desaparecen aparentemente, siendo sustituidas por competencias concurrentes —artículo 117 CI—. Sin embargo, a pesar del calificativo, realmente se equiparan a las antiguas competencias compartidas, pues no se permite que Estado y regiones ofrezcan el mismo tratamiento jurídico respecto de una misma materia, sino que se sigue reservando al Estado, allí donde se establece la concurrencia, la determinación de los principios fundamentales. A la espera de lo que ocurra en la práctica, todo ello lleva a la doctrina a plantearse, igual que sucedía con las *leggi-cornice*, si la previa adopción de estos principios es necesaria para que las regiones puedan ejercer sus competencias y, de serlo, como parece, si tales principios deben ser explícitos o cabe deducirlos de la legislación vigente. V., por todos, A. Anzon, *I poteri delle regioni... op. cit.*, pp. 197 y ss. y A. D'atena, *Legislazione concorrente, principi impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*, Forum di Quaderni Costituzionali, www.mulino.it.

de la ley que desoyera sus disposiciones e implícitamente impusiera unas nuevas reglas procedimentales. No obstante, en la práctica jurisprudencial, la Corte rechaza desde la Sentencia n.º 9 de 1959 la función paramétrica de los Reglamentos, pues, a diferencia de lo que ocurre en Francia, no sólo les niega valor constitucional, sino que otorga preferencia al comentado principio de autonomía parlamentaria en detrimento del principio de monopolio jurisdiccional de la Corte en el control de cualquier vicio en que incurran las leyes, tantas veces invocado en sus resoluciones para justificar el empleo de otras normas interpuestas como parámetro. Esta posibilidad se deja abierta únicamente en casos límite en los que la infracción procedimental ponga en riesgo las reglas fundamentales del juego, pero sin que en ningún caso pueda cuestionarse la regulación reglamentaria⁴¹.

También encontramos una distinta valoración en cuanto a su empleo como parámetro respecto del Derecho internacional. Si en su dimensión de Derecho internacional general es usado como referencia en Italia y Francia⁴²

⁴¹ Para una exposición de la consideración de los Reglamentos parlamentarios como parámetro, tanto por la doctrina como por los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos mencionados, consúltese, entre otros, R. Punset Blanco, *Las Cortes Generales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 93 y ss.; P. Biglino Campos, «La revocación de la iniciativa autonómica, la naturaleza de la reserva estatutaria y los Reglamentos parlamentarios como parámetro de la constitucionalidad de la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 14, 1985, pp. 257 y ss.; F. Luchaire, *Le Conseil... op. cit.*, p. 140 y ss.; M. Siclari, *Le «norme interposte»... op. cit.*, pp. 68 y ss.; A. Sciortino, «Brevi note sui regolamenti parlamentari come parametro e come oggetto del giudizio di legittimità costituzionale», *Il parámetro nel giudizio... op. cit.*, pp. 567 y ss.

⁴² El artículo 25 LFB también alude a las reglas generales de derecho internacional, esto es, a las normas consuetudinarias, a los principios generales del derecho o a los principios deducibles de Tratados multilaterales. Todas ellas tienen esa consideración por su fuerza de obligar en la mayoría de los Estados y se integran automáticamente en el derecho federal, ocupando una posición infraconstitucional y prevalente respecto de unas leyes ordinarias, que serán desplazadas por tales reglas en caso de existir contradicción, tal y como reconoce la Sentencia del BverfG 36, 342. Son los Tribunales ordinarios, por tanto, quienes habitualmente deben imponer tal prevalencia, permitiéndose que el Tribunal Constitucional pueda aclarar sus dudas bien sobre la incorporación de una determinada regla de derecho internacional general al derecho federal o sobre su eficacia frente a los particulares, a través del procedimiento previsto en el artículo 100.2 LFB, bien sobre la colisión entre ley estatal y derecho internacional en su consideración de derecho federal, a través del procedimiento previsto en el artículo 100.1 LFB. El derecho internacional convencional, por su parte, requiere para su recepción la aprobación de una ley federal que atribuye al Tratado político o legislativo, cuya ratificación autoriza, su mismo rango. También aquí los Tribunales ordinarios resolverán, en principio, los conflictos que se susciten entre ley y tratados, pero, del mismo modo que ocurría respecto del derecho internacional general,

con base en el Art. 10.1 CI y en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946⁴³, en su dimensión de Derecho internacional convencional, salvo contadas excepciones⁴⁴, despierta recelos aceptar su manejo como parámetro, por considerar que, sobre todo, a los Tribunales Constitucionales les corresponde ser jueces de la validez y no de la aplicabilidad de las normas⁴⁵. En España, aunque se afirma en la misma línea la falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para resolver las contradicciones entre tratados y leyes, al encontrarse ante una cuestión de mera selección del Derecho aplicable⁴⁶, no es menos cierto que la apertura del artículo 10.2 CE a los Tratados relativos a derechos fundamentales facilita, en contra de lo descrito, que nuestro Tribunal Constitucional pueda tomar como referencia en sus decisiones a estas específicas normas convencionales, que disfrutan de un «plus», gracias a ser consideradas criterios, pautas o medios aclaratorios de unos derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos como plasmación de una decisión estructural previamente adoptada. No se trata de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional la ley contraria a tales Tratados o conceda amparo ante su vulneración, pues el fundamento de tales resoluciones siguen siendo las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. De lo que se trata es de concretar el sentido y alcance de tales derechos abstractamente formulados conforme a criterios objetivos y congruentes. Por lo tanto, a nuestro alto Tribunal le corresponde el control de la observancia de los derechos fundamentales, no de unos Tratados internacionales que, a pesar de tenerlos en cuenta como paráme-

cuando duden sobre la compatibilidad de una ley estatal con un Tratado es posible activar el procedimiento del Art. 100.1, dada la inclusión de este último en una ley federal. Véase T. Maunz, *Art. 100, Grundgesetz Kommentar... op. cit.*, p. 40 y K. Stern, *Derecho del Estado... op. cit.*, pp. 818 y ss.

⁴³ Ver, a título de ejemplo, por ser las primeras, la Decisión del Consejo Constitucional 59 DC de 30 de diciembre de 1975 y la Sentencia de la Corte Constitucional n.º 67 de 22 diciembre de 1961.

⁴⁴ Excepciones como los tratados que regulan la condición de extranjero en Italia, según se puede constatar, a partir del artículo 10.2 CI, entre otras, en las Sentencias n.º 3 de 14 de marzo de 1968 y n.º 117 de 9 de abril de 1987 o como los tratados comunitarios en Francia, según se desprende de la Decisión del Consejo Constitucional de 20 de mayo de 1998 en los términos ya señalados.

⁴⁵ Decisión 54 DC de 15 de enero de 1975.

⁴⁶ Así se puede extraer de las SSTC 28/1991, 36/1991 ó 50/1995. En nuestro ordenamiento los Tratados, incluidos los que se ocupan de derechos fundamentales, tienen rango infraconstitucional, articulándose su relación con las normas internas anteriores a él en torno a un criterio de validez y con las posteriores en torno a un criterio de aplicabilidad.

tro de enjuiciamiento, no son canon autónomo de validez, sino parámetro interpretativo del único parámetro estricto de validez que es la Constitución cuyo contenido delimitan⁴⁷.

Estos ejemplos ponen de manifiesto cómo, a raíz de una estructura ya definida, todos ellos complementan, a través de una remisión restringida desde la óptica de la libertad del legislador, aspectos que la Constitución había regulado con gran abstracción, concretando o interpretando campos materialmente diversos con incidencia en las relaciones entre normas. La función de cierre jurídico del ordenamiento propia de las normas destinatarias de estas remisiones hace que su empleo procesal como parámetro tenga un valor meramente indicativo, al encontrarse en la Constitución el verdadero motivo de invalidez de la norma enjuiciada. Su utilización como referencia se realiza en función de otras normas que son objeto de enjuiciamiento, pues el tratamiento jurídico que les demanda la Constitución es indiciario de lo que le está permitido regular a tales disposiciones. De ahí que su valor paramétrico se funde meramente en razones de conveniencia práctica para resolver el proceso de modo más ilustrado.

IV. OTROS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES NOVEDOSOS

Utilizando un concepto de parámetro en sentido amplio, distinto indudablemente del que hasta ahora hemos venido manejando, nos encontramos con una novedad en los Tribunales Constitucionales europeos, ya conocida en los sistemas anglosajones. Este «parámetro», como veremos a continuación, es un parámetro más constitucional que de constitucionalidad, pues pretende resolver un problema de jurisdicción y no de enjuiciamiento. No trata, por tanto, de determinar si las normas objeto de control contradicen a la Constitución, sino de regular el acceso a ese control de constitucionalidad mediante unas exigencias sustantivas distintas, como es la relevancia constitucional del caso, a las que luego se utilizarán a la hora de resolver.

Con independencia del parámetro utilizado, simple o complejo, lo cierto es que para poder afirmar la existencia de un control de constitucionalidad es requisito indispensable el que la Constitución sea considerada

⁴⁷ En definitiva, en palabras de la STC 64/1991, un elemento más que verifica la consistencia o inconsistencia de la infracción. Sobre el artículo 10.2 CE, ver, por todos, A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

norma jurídica suprema. Esta supremacía se impone de modo inmediato frente a todos; por lo tanto también los Tribunales están sujetos a la Constitución y deben resolver aplicándola en detrimento de cualquier otra disposición que la contradiga. La salvaguardia de la supremacía constitucional está asegurada por los Tribunales ordinarios, aunque, como sabemos, en el sistema continental, por diversos motivos⁴⁸, dicha función es compartida con unos órganos jurisdiccionales creados a tal efecto, en muchos casos en atención al rango de la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona.

Como en el sistema americano los jueces ordinarios, al hilo de la resolución del supuesto que están conociendo, enjuician la constitucionalidad de toda norma que han de aplicar, corrigiendo sus posibles errores los Tribunales intermedios de apelación⁴⁹, el Tribunal Supremo puede realizar en último término a través del «certiorari» una selección discrecional de los casos que le permitan introducir un precedente que uniformice la interpretación y aplicación constitucionalmente adecuada del Derecho⁵⁰. Cualquiera de las partes de un proceso ante un Tribunal de apelación puede, antes o después de que dicte sentencia, dirigir una petición de «certiorari» al Tribunal Supremo, precisando sin carácter vinculante los motivos por los que debe ser concedido y las cuestiones que de concederse desean que se revisen. La aceptación del «certiorari», aunque no ha de motivarse, suele producirse, en primer lugar, cuando un Tribunal estatal de última instancia decide sobre cuestiones federales en contradicción con otros de su mismo nivel o con un Tribunal federal de apelación; en segundo lugar, cuando hay un conflicto entre las decisiones de un Tribunal de apelación y las de otro de su mismo rango, las de un Tribunal superior estatal o las del propio Tribunal Supremo; y en tercer lugar, cuando un Tribunal de

⁴⁸ Simplificando desde la primacía de la ley hasta un recelo más o menos justificado hacia los jueces. Un análisis en profundidad en P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo... op. cit.*

⁴⁹ Para un estudio sobre el sistema americano consúltese G. Ruiz Ruiz, *Federalismo judicial (el modelo americano)*, Civitas, 1994; E. Virgala Foruria, «Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62, 2001, pp. 77 y ss.

⁵⁰ Sobre el certiorari, sus precedentes, su actual regulación, introducida por la Reforma legislativa del Código Judicial de 27 de junio de 1988, y las normas convencionales del Tribunal Supremo en este campo, véase M.ª A. Ahumada Ruiz, «El “certiorari”. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 89 y ss.

apelación resuelve sobre cuestiones de Derecho federal que requieren un pronunciamiento del Tribunal Supremo que aún no ha tenido lugar. En todo caso, estos conflictos han de quebrar la unidad del sistema, al poner en entredicho la homogeneidad de la aplicación del Derecho, con la consiguiente inseguridad jurídica y posibilidad de corruptelas. Por tanto, suelen desecharse aquellos otros asuntos que, sin negar en ellos la existencia de conflicto y de un daño para el que lo sufre, carecen por su irrelevancia o excepcionalidad de un interés público y no ayudan al Supremo a cumplir con su tarea. De lo dicho parece derivarse una objetivación en el presuntamente característico control concreto del sistema americano, acercándolo a un control abstracto con efectos frente a todos. La concesión del «certiorari» no supone, en definitiva, otra cosa que el traslado de la causa del Tribunal inferior al Tribunal Supremo, para que en Pleno entre a revisarla y se pronuncie tras una vista oral sobre el fondo de un asunto que ha de servir al cumplimiento de la función que el Supremo tiene encomendada. Parece obvio, entonces, que la actuación de los clásicos cánones de enjuiciamiento se encuentra condicionada a la previa consideración de uno nuevo, más de oportunidad que de legalidad, que actuará como filtro que condiciona la futura y definitiva aplicación del parámetro de validez con el resultado que en cada caso proceda.

En la mayoría de los sistemas continentales, sin embargo, encontramos que, debido al privilegio jurisdiccional del que goza la ley, un órgano, creado a tal efecto, monopoliza la declaración de inconstitucionalidad de esta norma. De ahí que resulte imposible siquiera plantearse la negativa de los Tribunales Constitucionales a conocer, apelando al interés que despierta el asunto, pues tal medida supondría en todo caso frustrar una depuración del ordenamiento que, respecto de la ley, no cabe que sea realizada por ningún otro. No se trata de que en estos supuestos no exista un tamiz previo al conocimiento del Constitucional sobre el fondo. Es que ese filtro, la fase de admisión a trámite, sólo valora que el recurso cumpla los requisitos formales exigidos para su interposición y, en algunos casos, el requisito sustantivo de que esté manifiestamente fundado, esto es, que contenga una mínima argumentación que permita presumirlo viable⁵¹. De lo que se trata

⁵¹ En España en la fase de admisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad sólo se controla, utilizando un parámetro normativo, que el recurso no incurra en ningún vicio formal. En la cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, la fase de admisión permite, junto al control formal, un control material que sobre la base de la Constitución valore

es de adelantar provisionalmente la aplicación del parámetro habitual para impedir que el Tribunal Constitucional pierda su tiempo con cuestiones que no plantean ningún problema de constitucionalidad, sin que quepa descartar aquéllas que, teniendo relevancia constitucional, se considere que carecen de interés; pues, allí donde sólo hay un órgano capaz de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, no hay mayor interés que el de llevar a término ese control siempre que proceda, asegurando la supremacía de la Constitución con la expulsión del ordenamiento de toda disposición que la contravenga.

Por eso la selección de la propia agenda que el «certiorari» permite realizar al Tribunal Constitucional sólo podría tener lugar en aquellos casos en que este Tribunal comparte el ejercicio de una misma función con los Tribunales ordinarios. Nos estamos refiriendo al supuesto de la protección de los derechos fundamentales frente a actos de los poderes públicos. En este ámbito se ha planteado, tanto en Alemania como en España, la introducción de una especie de «certiorari» que acabara con la sobrecarga de sus respectivos Tribunales Constitucionales ante la avalancha de recursos de amparo a los que tienen que dar respuesta; aunque, sin duda alguna, la propuesta además de esta vertiente práctica esconde una preocupación teórica de mayor calado sobre las relaciones y el papel que han de jugar el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios en la defensa de la Constitución.

Así, en Alemania la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 11 de agosto de 1993 pretendió desligar la admisión del amparo a su probabilidad de prosperar, permitiendo que el Tribunal, sin necesidad de motivación alguna, pudiera proceder a la inadmisión a trámite cuando no fuera posible atribuir a la demanda una relevancia constitucional fundamental por no aportar nada nuevo a la aplicación e interpretación del derecho constitucional; cuando la admisión no fuera conveniente para lograr la implantación efectiva de los derechos fundamentales o cuando la denegación de una decisión sobre el fondo no causara un perjuicio grave para el recurrente. El aumento de la discrecionalidad que introduce la apertura de las causas de inadmisión, la flexibilidad del parámetro y la ausencia

la corrección del juicio de relevancia y de los motivos que hacen dudar al juez ordinario de la constitucionalidad de la norma que ha de aplicar y de cuya validez depende el fallo. En todo caso, se trate de vicios formales o materiales, el Tribunal suele flexibilizar todo lo posible el cumplimiento de estos requisitos, limitándose a exigir el mínimo imprescindible.

de motivación no fue suficiente para lograr la esperada descongestión del Tribunal Constitucional. Por eso la llamada Comisión Benda, constituida para estudiar los términos de una posible nueva reforma, vino a abundar en la idea de colocar la lesión del derecho en un segundo plano y propuso como última solución potenciar aún más la vertiente objetiva del recurso de amparo, estableciendo expresamente un sistema de admisión discrecional gracias al cual el Tribunal Constitucional entraría a resolver asuntos de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos, pues sólo así podría precisar las pautas que han de regir la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales⁵².

Por vía jurisprudencial, y no por reforma legislativa, se intentaron en un principio subsanar en España los mismos problemas de sobrecarga que padece nuestro Tribunal Constitucional. Su Auto de 19 de septiembre de 1994 realizó una relectura de las causas de inadmisión del recurso de amparo, en concreto de aquélla que se refiere a la carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión sobre el fondo, permitiendo rechazar asuntos que hasta el momento, en tanto tenían un contenido constitucional, hubieran merecido una resolución incluso estimatoria. Sin embargo, aun reconociendo que si se aplicara el parámetro ofrecido por los derechos fundamentales estaríamos ante una lesión de los mismos, se niega la posibilidad de su reparación por el Tribunal Constitucional, al tener en cuenta, junto al ya apuntado, un nuevo parámetro, la entidad cuantitativa de la lesión causada y su trascendencia constitucional⁵³. En definitiva, la demanda ha de pasar un doble filtro, pues una vez constatada la existencia de vulneración, su irrelevancia material o su escaso interés justificaría en

⁵² Sobre los intentos de objetivación del amparo en Alemania, véase, E. Klein, «Konzentration durch Entlastung? Das Fünfte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht», *NJW*, 1993, pp. 2073 y ss.; H.P. Schneider, «SOS aus Karlsruhe – das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?», *NJW*, 1996, pp. 2630 y ss.; R. Wahl, J. Wieland, «La jurisdicción constitucional como bien escaso», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, pp. 11 y ss.; E. G. Mahrenholz, «Zur Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.º 4, 1997, pp. 129 y ss. y, entre nosotros, J. L. Rodríguez Álvarez, «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la “Verfassungsbeschwerde”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 139 y ss. y P. López Pietsch, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 53, 1998, pp. 115 y ss.

⁵³ Doctrina, que tuvo continuidad en el Auto 182/1997.

último término la negativa del Tribunal a conocer⁵⁴. Tal y como sugería el borrador de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, elaborado en 1998 por el propio Tribunal, éste objetivaría así su función, resolviendo sólo asuntos fundados que ayudasen a abordar aspectos aún no resueltos, a aclarar otros aún confusos o a modificar aquéllos que, a su entender, debieran ser revisados, sin perjuicio de que excepcionalmente pudiera ofrecer una tutela subjetiva atendiendo a la gravedad de los perjuicios causados por la lesión del derecho⁵⁵. Con fecha de 11 de noviembre de 2005, el Gobierno ha presentado en el Congreso un proyecto de ley, actualmente en tramitación, que pretende modificar varios aspectos de la vigente Ley orgánica del Tribunal Constitucional, entre ellos el que se está comentando y en la línea mencionada. Así el artículo 20 del proyecto propone que el artículo 50 de la LOTC pase a exigir al recurso de amparo que quiera ser admitido a trámite, no sólo que la demanda cumpla con lo dispuestos en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, sino también «que el contenido

⁵⁴ Sobre el Auto 248/1994, al que nos estamos refiriendo, que inadmite un recurso por vulneración del derecho reconocido en el artículo 24 CE ante la negativa en sucesivas instancias a reclamar a un Ayuntamiento el pago de una minuta de 7.710 pesetas, véase el comentario de J. L. Requejo Pagés, «Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, pp. 153 y ss.

⁵⁵ Son numerosísimas las aportaciones doctrinales sobre una redefinición del amparo. Entre ellas, pueden destacarse, P. Cruz Villalón, «El recurso de amparo constitucional: I. El juez y el legislador, Los procesos constitucionales». *Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 117 y ss. y, del mismo autor, «Sobre el amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 9 y ss.; P. Pérez Tremps, «El recurso de amparo constitucional: II: Aspectos procesales, Los procesos constitucionales». *Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 123 y ss.; L. M.^a Díez-Picazo, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, pp. 9 y ss.; R. Bustos Gisbert, «¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución?», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 273 y ss.; o las ponencias presentadas en el Seminario sobre la reforma del recurso de amparo, organizado en abril de 2003 por la Asociación de constitucionalistas de España, en colaboración con el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III, por E. Albertí Rovira, «El recurso de amparo constitucional: ¿una revisión pendiente?»; M. Aragón Reyes, «Los problemas del recurso de amparo»; M. Carrillo, «La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)»; P. Pérez Tremps, «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador»; y C. Viver i Pi-Sunyer, «Diagnóstico para una reforma»; publicas todas ellas en P. Pérez Tremps (coord.), *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch/Instituto de Derecho Público Comparado, Valencia, 2004.

del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Como pone de relieve el Gobierno en la Exposición de motivos «frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal... Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». Con ello se intenta contribuir a agilizar el procedimiento y a poner coto al elevado número de demandas de amparo presentadas, para solucionar así la sobrecarga del Tribunal. Sin entrar a valorar la conveniencia de un giro de este tipo, al exceder con mucho el objeto de este trabajo, sí creemos que procede incidir en algo que se ha ido poniendo de relieve a lo largo de la exposición. Nos estamos refiriendo a las consecuencias que sobre el parámetro genera un cambio como el descrito en la naturaleza de la tarea que el Tribunal va a cumplir. La objetivación del amparo supone introducir un nuevo parámetro al que calificaremos de constitucional, en tanto es empleado por el Tribunal Constitucional, pero no de constitucionalidad⁵⁶, pues sólo sirve para condicionar la aplicación del parámetro de enjuiciamiento en sentido estricto. En definitiva, no hay una alteración del parámetro que se ha de tener en cuenta para resolver, continúa siendo la Constitución y cualquier disposición que cierre una apertura estructural en la que pudiera incurrir; hay un nuevo parámetro que se antepone a ese parámetro simple o complejo de constitucionalidad y que sirve de referencia para determinar la repercusión de la lesión que presuntamente provoca la disposición, acto o vía de hecho que se recurre y en función de la misma decidir si el Tribunal debe conocer el amparo, sin prejuzgar su concesión.

⁵⁶ Puede sorprender la denominación de parámetro de constitucionalidad cuando estamos aludiendo a un procedimiento de amparo. Pero, con independencia del efecto, subjetivo u objetivo, que pretenda su resolución, el Tribunal para tutelar un derecho o para fijar los criterios interpretativos y aplicativos del mismo tiene que someter a la disposición, acto o vía de hecho del poder público contra el que se interpone el recurso a un juicio de constitucionalidad, eso sí, restringido a ciertos preceptos constitucionales.

V. CONCLUSIONES

Más allá de problemas prácticos, como la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, atajados con la aplicación de un parámetro selectivo previo al que permite resolver el asunto, son conceptos teóricos, como el de apertura y el de abstracción, los que pueden explicar la aparición de nuevos parámetros de constitucionalidad. Ambos suponen la presencia, junto a la Constitución, de otras normas que completan o complementan sus disposiciones, formando respectivamente sendos complejos normativos llamados a desempeñar un distinto papel procesal, reflejo de la diferente función que cumplen en el interior del ordenamiento.

La función de cierre de indefiniciones constitucionales sobre la identidad de los principios estructurales o sobre su específico alcance exigirá que las normas encargadas de llevarla a cabo, con independencia de la posición que ocupen en el ordenamiento o del tipo de reenvío del que disfruten, sean utilizadas de modo imprescindible por los Tribunales para conocer la constitucionalidad de las demás, pues, en último término, se les confiere una naturaleza constituyente, sino del sistema mismo, sí al menos de sus rasgos definitorios.

Fuera de este supuesto, quizás resulte expresiva la afirmación de que los Tribunales basan con frecuencia sus resoluciones en falsos parámetros de constitucionalidad. El manejo de normas distintas a la Constitución se hace innecesario para comprobar la validez de otras, cuando la función de las primeras se limita a concretar abstracciones constitucionales en campos diversos gracias a una remisión totalmente prefigurada en lo que a sus destinatarios, régimen jurídico y ubicación de los mismos en el ordenamiento se refiere. La naturaleza de la remisión propicia que la mera existencia de las normas que la realizan sirva de apoyo para constatar la invasión del espacio que les corresponde por una disposición distinta a la habilitada. Sin embargo, esto no puede ocultar que la única referencia indispensable para conocer la validez de la norma enjuiciada es la Constitución, porque sólo ella establece quién y cómo ha de satisfacer la reserva.