

REFLEXIONES EN TORNO AL ARTICULO 161-2 DE LA CONSTITUCION

Por TOMAS-RAMON FERNANDEZ
Rector Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. El artículo 161-2 de la Constitución dispone literalmente lo siguiente:

«El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.»

El precepto transcrito plantea una serie de problemas sobre los que conviene reflexionar brevemente desde ahora, aun a sabiendas de que las conclusiones que en este momento puedan obtenerse han de tener un valor muy provisional, supuesta la existencia de un proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, al completar el cuadro normativo aplicable a los supuestos de hecho a que hace referencia el precepto transcrito, podrá, en su día, de ser finalmente aprobado, despejar las incógnitas que ahora se abren y resolver, por lo menos algunas, de las dificultades que dicho precepto plantea inicialmente.

Con la intención de contribuir de algún modo al logro de esta finalidad, ahora que es tiempo, se formulan las reflexiones que siguen.

2. La primera de las dudas que suscita el artículo 161-2 de la Constitución objeto de estas breves notas es el de su aplicabilidad a las disposiciones de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley.

La cuestión tiene evidente trascendencia, ya que, si bien es cierto que

el Gobierno (en concreto, su Presidente) está legitimado con carácter general para interponer el recurso de inconstitucionalidad (artículo 162-1-a) de la Constitución) contra todo tipo de disposiciones normativas con fuerza de ley y, por lo tanto, también, contra las que puedan ser dictadas por las Comunidades Autónomas, sin necesidad de acudir al precepto que pretendemos analizar ahora, no lo es menos que esa posibilidad genérica no comporta la suspensión de la disposición impugnada, suspensión que la Constitución no prevé y que el proyecto de Ley orgánica del Tribunal Constitucional excluye expresamente, mientras que tal suspensión sí es posible por la vía especial del artículo 161-2, que, de ese modo, aportaría un *plus* con respecto a las reglas generales.

Para responder a la cuestión propuesta es preciso tener presente que la Constitución, respetuosa al máximo con la autonomía que reconoce, no ha establecido controles de naturaleza política sobre las leyes de las Comunidades Autónomas, controles que, por cierto, no son en absoluto infrecuentes en el Derecho Comparado.

Ni el Gobierno, ni las propias Cortes Generales disponen, en efecto, con carácter general de poderes específicos de intervención directa en la legislación territorial, ni siquiera bajo la forma suavizada de facultades de devolución para nuevos estudios a las Asambleas Legislativas autonómicas de los textos legales aprobados por éstas. Quiero ello decir que, una vez aprobados dichos textos por las referidas Asambleas, no queda otro trámite que el de su sanción y promulgación, facultad ésta que hay que entender que corresponde a los Presidentes de las propias Comunidades Autónomas y que, en cualquier caso, es un acto debido, de orden estrictamente formal que no da base para ningún tipo de mediatizaciones.

Con carácter general no hay, pues, otro control sobre las leyes territoriales que el de carácter jurisdiccional que sobre toda norma con fuerza de Ley corresponde al Tribunal Constitucional al conocer de los recursos de inconstitucionalidad que puedan deducirse contra ellas. Así resulta de lo dispuesto con carácter general en el artículo 161-1-a) y, específicamente, de lo establecido en el artículo 153-a) en relación a las leyes de las Comunidades Autónomas.

Los términos de ese control jurisdiccional y sus eventuales efectos son, pues, los mismos para toda clase de leyes, cualquiera que sea el órgano concreto del que emanen, razón por la cual no es necesario formular aquí ningún tipo de precisiones específicas.

En este concreto contexto es, pues, como hay que valorar la norma contenida en el artículo 161-2 de la Constitución, precepto cuyo tenor

literal es tan genérico, y tan amplio en consecuencia, que resulta difícil excluir las disposiciones con fuerza de ley, que son solamente una especie dentro del género disposiciones al que hace referencia.

El material parlamentario, muy escaso, por cierto, en este punto, ya que la introducción del número 2 del artículo 161 no fue fruto de ninguna enmienda concreta, sino del trabajo de la Ponencia constitucional, y, por otra parte, tanto en la Comisión del Congreso, como en la del Senado las discusiones se centraron básicamente en la longitud del plazo máximo de suspensión que el precepto fija, parece indicar, sin embargo, que, en efecto, el propósito perseguido fue el de someter también a este régimen a las propias leyes territoriales en compensación, precisamente, a la renuncia a establecer controles de índole política estrictamente tales.

El proyecto de Ley orgánica del Tribunal Constitucional se mueve, también, en esta dirección. Así resulta, por lo pronto, de su artículo 33, según el cual

«El recurso de inconstitucionalidad, bien se suscite en vía principal, bien como cuestión prejudicial de un proceso en curso, no suspenderá la vigencia y aplicabilidad de la Ley, disposición o actos impugnados *excepto en el caso de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto en el número 2 del artículo 161 de la Constitución para impugnar disposiciones de las Comunidades Autónomas que tengan fuerza de Ley.*»

Supuesta la afirmativa, resta aún preguntarse por la justificación material de esta técnica. A este respecto hay que decir que, en principio, y siempre que se haga de ella un uso moderado, no hay inconveniente grave en admitir que esta facultad gubernativa, temporalmente limitada y jurisdiccionalmente controlada, de suspensión automática, que a eso, en definitiva, se reduce el contenido del artículo 161-2, se extienda a las normas con fuerza de Ley, pues, en rigor, es menos paralizante que el veto o la devolución para nuevo estudio, característicos en el sistema de controles políticos y, por supuesto, más conforme que éstos con la autonomía, en la medida en que la decisión final tiene carácter jurisdiccional.

3. El artículo 161-2 comprende, también, inequívocamente todo tipo de normas reglamentarias (disposiciones), de actos administrativos *stricto sensu* y acuerdos de todo tipo (resoluciones) emanados por los órganos de las Comunidades Autónomas, cualesquiera que sea, por lo tanto, su concreta naturaleza y nivel jerárquico.

Aquí nos referiremos solamente, sin embargo, a los productos propiamente administrativos, es decir, a las normas reglamentarias y a los actos administrativos en sentido estricto, ya que es en relación a ellos como se suscitan los problemas de mayor interés desde el punto de vista de la técnica jurídica.

En efecto, reglamentos y actos administrativos, en cuanto productos propios de una Administración Pública, están sujetos sin excepción al control jurisdiccional que institucionalmente corresponde a los Tribunales del orden contencioso-administrativo. A este control jurisdiccional ordinario, que ratifica expresamente el artículo 153-c) de la Constitución («El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias»), viene a sumarse el control extraordinario que organiza el artículo 161-2 del texto fundamental, lo cual suscita no pocos problemas.

¿Por qué esta duplicación? ¿A qué responde? ¿Qué se ha pretendido con ella? Realmente, no es fácil encontrar respuestas coherentes a estas interrogantes.

En efecto, en este caso no sirve decir que para obtener una facultad automática de suspensión de la eficacia de actos y reglamentos y dotar al Gobierno de un medio de reacción enérgico frente a eventuales excesos, como vimos que ocurría en el caso de las disposiciones con fuerza de Ley, pues para obtener ese resultado no era, en absoluto, necesario hacer entrar en juego al Tribunal Constitucional. Bastaba, lógicamente, con crear ese efecto suspensivo ligándolo a la impugnación por la propia Administración del Estado de tales actos y normas en la vía contencioso-administrativa, con lo cual se conseguía el mismo resultado sin necesidad de trastornar el orden regular de las instituciones.

Tampoco resulta satisfactoria la explicación basada en una hipotética pretensión de centralizar el juicio constitucional de toda clase de normas en el Tribunal Constitucional, ya que el artículo 161-2 no lo garantiza en ningún caso, puesto que los reglamentos estatales en general y todos los demás reglamentos autonómicos procedentes de los restantes entes públicos territoriales (locales) y no territoriales (corporativos: Colegios profesionales, Cámaras de Comercio, Comunidades de Regantes, Entidades urbanísticas colaboradoras, etc., etc.; e institucionales: organismos autónomos en general) pueden, obviamente, vulnerar también el texto constitucional y a ellos no se refiere el precepto que nos ocupa.

Esto supuesto, parece claro que la solución consagrada en este punto

por el artículo 161-2 de la Constitución no puede considerarse bien fundada desde un punto de vista técnico-jurídico, como ya hizo notar en el curso de los debates de las Constituyentes el Prof. L. Martín-Retortillo, cuyas razones fueron lamentablemente desoídas.

Con ser importante, lo que acaba de decirse no sería demasiado grave si la solución que se analiza no llevara consigo notorios inconvenientes de orden práctico, ya que ni las leyes se dictan para satisfacer los prejuicios dogmáticos de los profesores, ni los conceptos jurídicos tienen sentido en sí mismo, abstracción hecha de su capacidad para resolver problemas reales.

Lo peor, como se ha dicho, es que el precepto constitucional que se viene analizando comporta inconvenientes y dificultades notables de orden práctico y ello cualquiera que sea el ámbito objetivo que quiera dársele por vía interpretativa.

A tenor de la redacción de la norma, la duplicación de controles jurisdiccionales que resulta de ella podría sostenerse que es absoluta y total. Una tal interpretación, que agravaría al límite las dificultades, no es, sin embargo, sostenible. En efecto, aunque el artículo 161-2 no tasa los motivos de la impugnación, parece obvio que, dada la naturaleza del órgano jurisdiccional ante el que se intenta, dichos motivos deben reducirse a lo que es propio de su función, es decir, al nivel propiamente constitucional. En esta línea se mueve el proyecto de Ley orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 67 refiere acertadamente la facultad impugnatoria que el artículo 161-2 de la Constitución otorga al Gobierno a los supuestos en que éste considere que no se respeta «el orden de competencia establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes orgánicas correspondientes». De acuerdo con este planteamiento el artículo 71 del proyecto dispone que «la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto cuando estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma».

La duplicación o solapamiento de controles queda de este modo reducida al mínimo posible. Sin embargo, aunque en proporciones reducidas tal duplicación existe y es claramente perturbadora. ¿Por qué? Por lo pronto, porque la fiscalización de actos administrativos y reglamentos de las Comunidades Autónomas queda inevitablemente escindida en dos momentos o fases, cada uno de los cuales tiene lugar ante un órgano jurisdiccional

diferente (Tribunal Constitucional y Tribunales de lo contencioso-administrativo), desdoblándose igualmente la materia objeto de litigio de modo totalmente artificial mediante un corte abrupto en el razonamiento jurídico, las más de las veces incompatible con la esencia misma de ese razonamiento, inconvenientes todos ellos nada despreciables.

Por otra parte, es obvio que con esta escisión el control de los reglamentos y actos administrativos autonómicos corre el riesgo de politizarse en cierta medida, ya que, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional está claramente configurado como un órgano jurisdiccional, no lo es menos que, dada su composición (sobre cuyo origen político llamó críticamente la atención desde el primer momento el Decano de la Abogacía española) es, por lo menos, posible que lleguen a pesar en sus decisiones criterios de orden público, además o, incluso, sobre los propiamente jurídicos. Esto, que es perfectamente admisible tratándose de Leyes, ya que éstas son primaria y esencialmente productos políticos, no lo es, en cambio, cuando se trata de simples reglamentos y actos administrativos, productos al cabo de un ente subordinado y servicial, cuya actividad debe valorarse siempre desde una perspectiva estrictamente jurídica.

Sólo resta, por tanto, esperar que el Gobierno haga un uso moderado de la facultad que le reconoce el artículo 161-2 de la Constitución, acorde con la naturaleza, ciertamente excepcional, del mecanismo en que dicha facultad se concreta y que el Tribunal Constitucional acierte igualmente sobre esta misma base de la excepcionalidad de la fórmula, a imponer, a su vez, moderación.

Con todo, y supuesto que, hoy por hoy, no puede aspirarse a eliminar la posibilidad misma de la superposición de controles constitucional y ordinario, no debe perderse de vista la conveniencia de incluir en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa un mecanismo semejante, cuya puesta a disposición del Gobierno permitiría a éste asegurar por la vía ordinaria los mismos resultados que le promete el artículo 161-2 de la Constitución y facilitaría su renuncia a utilizar este último y disfuncional camino.

4. Finalmente, unas breves consideraciones sobre la cuestión del plazo, la única que realmente fue objeto de debate en ambas Cámaras.

Inicialmente el plazo se fijó en seis meses, que los parlamentarios convinieron, de modo prácticamente unánime, en reducir a tres. Sobre la base de esta importante reducción se aceptó la facultad extraordinaria que el precepto constitucional reconocía al Gobierno incluso por las minorías vasca y catalana, siempre más celosas frente a intervenciones gubernativas

de este tipo. Pese a ello y sin que se sepan las razones, dada la falta de publicidad en que se desarrollaron sus trabajos, la Comisión Mixta Congreso-Senado volvió a ampliar el plazo fijándolo en cinco meses, muy cerca, por tanto, de lo que fue el punto de partida.

Este resultado final ha dejado flotando en el ambiente la misma preocupación que los parlamentarios con sus enmiendas quisieron disipar al reducir a tres los seis meses iniciales. ¿Es realmente excesivo el plazo de cinco meses definitivamente establecido por el artículo 161-2?

Para responder a esta pregunta con alguna seguridad es preciso analizar previamente la naturaleza de la medida y las facultades que en orden a ella se reconocen al Tribunal Constitucional llamado a administrarla.

Pues bien, el tenor literal del artículo 161-2 del texto constitucional parece indicar lo siguiente:

- Que el plazo de cinco meses es en todo caso, el límite máximo de la suspensión de efectos que se liga al hecho de la impugnación gubernativa, de forma que para prolongar más allá de ese plazo la suspensión se necesita un pronunciamiento expreso del Tribunal en ese sentido.
- Que, en consecuencia, el simple transcurso del plazo debe entenderse que produce automáticamente el alzamiento de la suspensión, en lógica correspondencia con el comienzo de la misma, que es también automático.
- Que, dada la configuración del plazo como máximo, la inexistencia de plazo mínimo alguno y la naturaleza cautelar, que, en principio, corresponde a la suspensión, parece obligado reconocer al Tribunal la facultad de levantar ésta cuando considere que su mantenimiento no se encuentra justificado.

Esta conclusión parece, por otra parte, obligada para evitar el eventual abuso de la norma por parte del Gobierno que, en el caso de que el Tribunal careciera de facultades para decidir sobre la suspensión sin esperar al término del plazo que marca la duración máxima de ésta, tendría en sus manos un mecanismo incondicionado para paralizar cinco meses, con razón o sin ella, cualquier decisión de las Comunidades Autónomas. La medida, concebida innegablemente como una técnica de control jurisdiccional, se desnaturalizaría hasta convertirse en un control meramente político, más fuerte por su duración que los que reconoce el Derecho Comparado.

El proyecto de Ley orgánica del Tribunal Constitucional no sigue, sin embargo, esta línea, sino otra muy diferente, que al menos a mi juicio, resulta bastante discutible.

En efecto, frente al automatismo del inicio y del alzamiento de la suspensión que parece desprenderse del precepto constitucional el proyecto opta por un sistema formalizado en el que ambos momentos, inicial y final, se ponen en conexión con resoluciones *ad hoc* del Tribunal.

En lo que al inicio de la suspensión se refiere, la interposición de una resolución jurisdiccional es, desde luego, muy suave, pero existe. Así resulta del tenor literal del artículo 69-2 del proyecto, según el cual «cuando el conflicto hubiere sido entablado por el Gobierno, su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá inmediatamente la vigencia...»

En lo que respecta al momento final, el artículo 70-2 es inequívoco:

«Si la sentencia no se produjera dentro de los cinco meses de la iniciación del conflicto, el Tribunal deberá resolver dentro de ese plazo, por auto motivado, acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión del acto, resolución o disposición impugnados de incompetencia por el Gobierno.»

El texto transcrito amén de dejar en el aire el problema, nada baladí, de la demora del Tribunal en resolver, cosa que en cualquier caso debería subsanarse, es bastante significativo e indica claramente que en lo que se está pensando no es precisamente en reconocer al Tribunal Constitucional facultades para alzar o confirmar una suspensión concebida como medida provisional y cautelar, sino en algo completamente diferente, a saber: que la suspensión debe mantenerse hasta el final del proceso (que se piensa puede quedar ultimado, como regla general, en menos de cinco meses, lo cual, desde luego, es perfectamente posible a la vista del procedimiento diseñado por el proyecto) para que sea la sentencia que ponga término al conflicto la que resuelva la situación. Sólo excepcionalmente y para el caso de que la sentencia no se produjera dentro de los cinco meses, reconoce al Tribunal facultades para pronunciarse sobre la suspensión del acto o norma recurridos. Es, pues, ésta una idea radicalmente diversa de la que parece desprenderse de la lectura del artículo 161-2 del texto constitucional, una idea que, en buena parte, desnaturaliza el mecanismo que

dicho precepto describe acentuando su aspecto de control político en detrimento del carácter básicamente jurídico con que se le presentó —y fue aceptado— por los constituyentes.

El proyecto de Ley orgánica del Tribunal Constitucional, de excelente factura en general, debe ser revisado a fondo en este punto, que desentona notablemente con el resto.