

ESTUDIOS

EL RECURSO DE CONTRAFUERO Y LA PROTECCION DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

I. UNIVERSALIDAD Y FUNCIONES DE LA PROTECCIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Es fácil empezar o concluir un estudio sobre el recurso de contrafuero establecido por la Ley Orgánica de 1967 y desarrollado por la ley de 5 de abril que lo regula, diciendo que es una institución *sui generis*, análoga, quizá, a la revisión constitucional francesa y dispar de la realizada por el Tribunal de garantías español de 1931, o los flamantes Tribunales de justicia constitucional de Alemania o Italia y del sistema de revisión judicial que realiza el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Estas referencias tópicas subrayan la variedad de los sistemas de protección constitucional y podrían hacerse otras muchas más a instituciones de análoga naturaleza en todos los continentes. En esta universalidad del fenómeno puede rastrearse la influencia de algunos modelos. En Asia, la India, está vinculada a la tradición inglesa de la Commonwealth, mientras Japón y Filipinas están más próximos al modelo americano (1); Australia sigue, en parte, este modelo y la tradición del Consejo Privado británico; en Africa, la Unión Sudafricana acusa influencia británica; Nigeria, norteamericana, y los países africanos francófonos tienen Comisiones análogas a las establecidas

(1) Ver sobre el Japón, KAZUHIRO HAYASHIDA: «Constitutional Court and Supreme Court of Japan», en *Die Moderne Demokratie und ihr Recht*, Mohr, Tuebingen, 1966, II, en especial, págs. 420-26; sobre Filipinas, R. G. MARTÍN: *Philippine Constitutional Law*, ed. rev., Manila, 1954. Los casos de Filipinas y Japón son especialmente importantes porque se ha instituido la jurisdicción del Tribunal con una conciencia voluntad de imitar e incluso corregir el modelo americano. Así, en Filipinas (título VIII, sección 2, párr. 7), se establece expresamente la jurisdicción del Tribunal en los casos «en que se cuestione la constitucionalidad o validez de algún tratado, ley, Ordenanza, Orden o Reglamento ejecutivo» y se modifica levemente la composición del Tribunal.

en las constituciones francesas; en Canadá, Méjico, Panamá, Venezuela y, en general, en todos los países americanos se ha ensayado en alguna de sus constituciones algún modelo de protección constitucional, con cierta originalidad, pese a la influencia del modelo norteamericano (2).

Si vale la paradoja, puede decirse que todos los sistemas de protección de la constitucionalidad de la ley son *sui generis*. La variedad de modalidades, cuando se contempla el panorama de Derecho comparado, es sorprendente. Hasta tal punto que toda clasificación tiene que ser siempre una tentativa de ordenar un material complejo (3). Lo que hay de común en todos estos ensayos es el propósito de proteger el rango de ley fundamental del Derecho contenido en las Constituciones, frente a las desviaciones de la ley ordinaria o de las disposiciones de carácter general del ejecutivo o incluso frente a los actos administrativos que violan o vulneran el Derecho constitucional. Los órganos a los que se encomienda y los procedimientos a través de los cuales se realiza, son tan diversos que cabe dudar si nos hallamos ante la misma función y, desde luego, puede afirmarse que nos encontramos ante instituciones diversas, y, sin embargo, se repiten muchos perfiles aislados.

Quizá nunca haya estado más justificado recordar el viejo adagio latino: *Nihil novum sub sole*. Hasta el informe previo en el recurso de contrafuero de una Comisión asesora, de la que forman parte magistrados judiciales está, entre otros, en textos constitucionales de la República Democrática alemana y de Rumania. La razón es relativamente simple. Lo que se ha impuesto, por diversas razones, hasta en los países comunistas, es la necesidad de proteger el texto constitucional frente a las posibles vulneraciones del legislador o de los órganos del poder ejecutivo. Pero los propósitos son diversos.

(2) Ver, sobre Méjico, F. TENA RAMÍREZ: *Derecho Constitucional mexicano*, 8.ª edición, Porrúa, Méjico, 1967, págs. 439-495; sobre Panamá, C. BOLÍVAR PEDRECHÍ: *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Guadarrama, Madrid, 1965, y sobre Venezuela, JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA: *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*, Caracas, 1955, y H. J. LA ROCHE: *Derecho constitucional*, Maracaibo, 1963.

En general, sobre las influencias del Derecho británico véase la obra de McWHINNEY: *Judicial Review in the English-Speaking World*, 3.ª ed., Toronto, 1965.

(3) Véase el excelente estudio de un fino jurista mejicano, HÉCTOR FIX ZAMUDIO: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, UNAM, Méjico, 1968; el valioso estudio de EDWARD McWHINNEY: *Judicial Review in the English-Speaking World*, citado anteriormente, que revela los antecedentes británicos de esta institución, y el ensayo de M. CAPPELLETTI y T. RITTERSPACH: «Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung», en *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, tomo 20, 1971, págs. 65-109.

En unos casos se quiere proteger el *consensus* que significa un texto constitucional; en otros, se trata de establecer un límite jurídico al poder o de proteger los derechos de los ciudadanos frente a la acción creciente de la planificación legislativa o la intervención administrativa; en otros, se defiende una Constitución que contiene los principios de un nuevo orden revolucionario.

Porque, ciertamente, nos hallamos ante un fenómeno mundial que se está incorporando a todos los textos constitucionales con una variedad de formas que responde, junto a una diversidad de propósitos, a las tradiciones nacionales e incluso a la misma variedad de las estructuras constitucionales. A lo que hay que añadir un ineludible factor humano. De una parte, el instinto mimético que opera con tanta fuerza y fecundidad en el Derecho constitucional y que lleva a imitar instituciones que parecen acreditarse en la vida política y jurídica de otros países; y de otra, la fecunda imaginación de los constituyentes y sus asesores jurídicos para adaptar una institución a las estructuras, tradiciones y propósitos peculiares de cada orden constitucional.

Decíamos antes que cabe dudar si nos hallamos ante la misma función. Y esta me parece que es una de las claves para entender la variedad de órganos y procedimientos a través de los que se realiza esta protección constitucional en el Derecho comparado.

Partiendo de una función básica común: proteger el texto constitucional contra sus violaciones o desviaciones, cabe, a la vista del Derecho comparado, señalar las siguientes funciones secundarias que esta protección realiza en el cuadro de un sistema constitucional:

a) Control del proceso de creación jurídica, definido por la Constitución, mediante un equilibrio de poder de los órganos constitucionales.

b) Defensa de la Constitución, como mantenimiento de unos principios revolucionarios que quieren salvaguardarse de veleidades de un legislador futuro.

c) Protección de los derechos individuales en la Constitución, en la medida en que puedan ser violados por el legislador, el gobernante o el administrador.

d) Establecimiento de un Estado de Derecho que contenga y limite todos los poderes, en los términos establecidos por la Constitución como norma jurídica fundamental.

e) Establecimiento de una agencia de interpretación y adaptación flexible del orden constitucional.

f) Institución de un órgano arbitral que regule los conflictos jurídicos allí donde coexisten varios sistemas de Derecho (estructura federal o regional).

Es claro que estas diversas funciones pueden darse, y de hecho se dan, conjuntamente. Es claro, también, que muchas de ellas entrañan sólo unas diferencias de matiz. La protección de los derechos individuales es contenido de un Estado de Derecho; la defensa de unos principios constitucionales puede realizarse en el control del proceso de creación jurídica y un Estado de Derecho entraña también esa función. Sin embargo, pueden darse separadamente (como el derecho de amparo o el mantenimiento de seguridad de los países iberoamericanos) y cada uno de ellos configura en cierta manera, en todo o en parte, el órgano y el procedimiento mediante los que se realiza esta protección constitucional. Así, por ejemplo, cuando se quiere realizar un Estado de Derecho o proteger los derechos individuales se atribuirá esta protección al juez; un equilibrio de poderes, corresponderá más bien a órganos políticos.

2. CRITERIOS PARA UNA CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Hemos dicho que toda clasificación debe ser tentativa. Añadiremos, que su objeto no es sólo conocer mejor una institución para distinguirla de otras análogas o referirla a ellas, sino que también el objeto de una clasificación de las modalidades del recurso debe proponerse comprender sus efectos políticos y jurídicos en razón de la función que cumple dentro de un sistema constitucional concreto.

Sin ánimo de trazar un cuadro de Derecho comparado, que exigiría una obra completa, he aquí una indicación de las principales alternativas en cuanto a los sujetos que están legitimados para promoverla o instarla, la naturaleza del proceso en que se resuelve, el órgano que interviene en la decisión y la naturaleza y valor de la decisión. No se trata tanto de una construcción teórica que apure las posibilidades lógicas de esa protección del orden constitucional, como de una ordenación de diversas modalidades históricas en razón de las funciones que esa protección cumple dentro de un sistema.

A) Un primer problema a distinguir es el de quiénes están legitimados para promover esta protección. Esta es cuestión sustantiva que afecta a la naturaleza misma de la institución y de las funciones que cumple. Las modalidades más importantes son las siguientes:

a) Sistema que atribuye esta legitimación a *todos los ciudadanos* (condicionados o no por un interés subjetivo) en forma de acción popular o de excepción de inconstitucionalidad. Normalmente, está unida al sistema que atribuye la competencia al juez ordinario (Estados Unidos y, en parte, en Suiza, Noruega y Dinamarca).

b) Sistema que atribuye esta legitimación a determinados órganos políticos. Normalmente, está vinculado al sistema de órgano político especial y a una función de equilibrio o control del proceso legislativo (Francia).

c) Sistema que atribuye esta legitimación a órganos políticos, y a todos los ciudadanos a través del juez ordinario (incidente) o como cuestión principal (Alemania).

d) Sistema que combina una legitimación restringida con una instancia popular (sin legitimación). Recurso de contrafuero, en que el recurso propiamente dicho se combina con el derecho de petición para dirigirse a los órganos legitimados.

B) La naturaleza del proceso aparece también como un perfil que define la institución. Desde este punto de vista pueden distinguirse las siguientes modalidades:

a) Sistema que se acoge a un procedimiento judicial estricto como sistema de justicia *rogada* (como incidente o como cuestión principal) con instancia y audiencia de partes, prueba, audiencia o vista pública y sentencia, incluso en su caso con instancias de apelación (sistema judicial americano).

b) Sistema de actuación política, que supone una instancia de órgano constitucional legitimado y una decisión en un procedimiento análogo al administrativo (sistema francés).

c) Sistema de decisión política matizada como una decisión técnica jurídica, que se adopta con el asesoramiento de un órgano *ad hoc* (sistema español y, en parte, sistema británico para la Commonwealth).

d) Sistema preventivo, anterior a la promulgación de la ley, y sistema correctivo, posterior a su promulgación.

C) Desde el punto de vista del órgano que interviene en el proceso de resolución podemos distinguir:

a) Sistema *jurisdiccional* de juez o Tribunal *especial* (Alemania, Italia), en que se constituye un Tribunal constitucional, cuya única misión o cuya misión principal y específica es realizar esta protección constitucional (sistema judicial *concentrado*) (3 bis).

b) Sistema *jurisdiccional* del juez *ordinario* (en parte, Estados Unidos), en que los mismos jueces que ejercen la jurisdicción ordinaria entienden sobre el proceso de constitucionalidad de la ley, como excepción o como petición principal (sistema judicial *difuso*).

c) Sistema del órgano político especial o sistema de *control* especializado, en que se constituye un órgano *ad hoc*, cuya función principal o específica es realizar este control (Francia).

d) Sistema del órgano político ordinario o de *control de soberanía*, en que esta competencia se atribuye a un órgano político que se destaca como supremo por las competencias que se le atribuyen dentro del orden constitucional (Soviet Supremo de la U. R. S. S. en la Constitución de 1936).

e) Sistemas complejos, en que se hacen intervenir varios órganos, aunque normalmente se atribuya a uno de ellos la decisión en última instancia (sistema británico para la Commonwealth o recurso de contrafuero español).

D) Por último, hay que tomar en consideración la naturaleza de la decisión, íntimamente relacionada con el carácter del órgano y el procedimiento en que la resolución se establece. En esta proyección podemos distinguir:

a) La sentencia, con el valor de cosa juzgada, que constituye un precedente de otras decisiones, con el carácter de una decisión racional conforme a Derecho; con un valor *erga omnes* y que implica una nulidad pública de la ley enjuiciada, o con un valor limitado al caso concreto en litigio y a las partes, pero, en todo caso, con el valor regulativo de un precedente que orienta las decisiones análogas. Toda sentencia constituye, en cierta manera, una interpretación o un criterio de interpretación de la norma constitucional que se protege en la declaración judicial.

(3 bis) En este sistema la jurisdicción exclusiva del Tribunal constitucional se combina con la autorización al juez ordinario para solicitar del Tribunal constitucional una decisión sobre la constitucionalidad dudosa de una ley que haya de aplicar.

b) La decisión política, con el valor de una resolución que dirime un conflicto de competencias o de intereses, estableciendo un equilibrio o protegiendo los principios o los intereses o bienes declarados en el orden constitucional, o haciendo una afirmación de soberanía del órgano al que corresponde esa última decisión.

c) La decisión política, asesorada por un órgano jurídico técnico, que aunque con los mismos o análogos fines que en el caso anterior, quiere respaldar jurídicamente la decisión de soberanía, normalmente al servicio de un principio de Estado de Derecho, no judicial.

Como puede advertirse, entre todas estas posibles alternativas, fundadas sobre las realizaciones históricas, pueden destacarse líneas de coherencia que responden a las tres ideas principales que veíamos matizarse en las distintas funciones que enumerábamos anteriormente:

1. Protección del orden constitucional como fundamento de la unidad e integridad del ordenamiento jurídico. Principio de constitucionalidad de la ley, en cuanto la Constitución es una norma de rango superior (4).

2. Control del proceso legislativo subordinándolo al orden constitucional, en razón de un equilibrio de poderes o de la afirmación predominante de un órgano de soberanía distinto del Parlamento. Principio o teoría del «defensor de la Constitución» (5).

3. Protección de los derechos de los ciudadanos sobre la garantía del orden constitucional (6).

3. LA PROTECCIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN NUESTRO DERECHO VIGENTE

La protección del contenido de la Constitución frente a eventuales vulneraciones de sus preceptos en las leyes ordinarias, presupone el reconocimiento de un rango especial del Derecho constitucional, que queda fijado

(4) Corresponde a la doctrina de la llamada escuela vienesa. Véase RENÉ MARCIC: *Die Reine Rechtslehre und die Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Institution als Sinn einer Theorie*, Viena, 1963. Como «neutralidad racional» del Derecho, véase N. LUHMANN: «Funktionen der Rechtsprechung im politischen System», en *Politischen Planung*, Opladen, 1971.

(5) Véase C. SCHMITT: «Das Problem des Hüter der Verfassung und der verfassungsrechtlichen Garantien (1929)», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, y del mismo autor: *La defensa de la Constitución*, trad. esp., Madrid, 1931.

(6) Sobre esta original concepción del Derecho hispanoamericano, H. FIX ZAMU-

en nuestro ordenamiento jurídico con la denominación de los instrumentos jurídicos en que se contiene, como leyes *fundamentales*. Ley fundamental se llamó ya el Fuero de los Españoles, que contenía, en su artículo 1.º, una síntesis de principios y desarrollaba una declaración de derechos y deberes, cuya sanción se apunta en el artículo 36 mediante una futura ordenación en las leyes de «las acciones que para su defensa y garantía podrán ser utilizadas ante las jurisdicciones en cada caso competentes». También el énfasis declarativo del Fuero del Trabajo tenía este mismo carácter de una proclamación de principios dirigidos al legislador. Pero ni en éste ni en el Fuero de los Españoles hubo un desarrollo jurídico de esa específica protección del orden constitucional.

La ley de Sucesión dedujo ya la primera consecuencia formal de este rango, aceptando conscientemente las consecuencias implícitas en la expresión *leyes fundamentales*. El artículo 10 enumera las que tienen este rango y deduce una consecuencia específica: «Para derogarlas o modificarlas será necesario además del acuerdo de las Cortes el referéndum de la nación». Ese acuerdo de las Cortes, de conformidad con el artículo 15, supone un *quorum* especial: «voto favorable de los dos tercios de los procuradores presentes, que habrá de equivaler, por lo menos, a la mayoría absoluta del total de procuradores». Pero si las leyes fundamentales se definen así como *superleyes* que exigen para derogarlas o modificarlas un *superlegislador* especial (acuerdo especial de las Cortes y referéndum) no aparece protegido su contenido contra la ley, que sin un propósito expreso de derogarlas o modificarlas, lo realice implícitamente por vulnerar sus preceptos. Reiteradamente se alegó ante los Tribunales presuntas violaciones de las leyes fundamentales, pidiendo la aplicación preferente de la ley fundamental a las disposiciones que la contradecían, pero los Tribunales consideraron que únicamente eran aplicables cuando sus principios estaban desarrollados en otra ley no fundamental que podía alternativamente aplicarse en lugar de la ley impugnada.

La ley de Principios del Movimiento de 1958 dio una nueva actualidad y perfil al problema. Los doce principios que se proclaman como síntesis de los contenidos en las leyes fundamentales se declaran por su propia naturaleza, permanentes e inalterables (art. 1.º). El artículo 3.º de la misma ley declara nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que los vulneren o menoscaben.

Quedó ya así abierto como un problema ineludible el establecer una forma de protección, si no de todas las leyes fundamentales, si, al menos,

DIO: *El juicio de amparo*, Porrúa, Méjico, 1964; J. L. LAZZARINO: *El juicio de amparo*, La ley Buenos Aires, 1967, y la obra citada de F. TENA.

de estos principios a cuyo favor había una declaración taxativa de nulidad de las leyes o disposiciones que los vulneraran. Así las cosas, en un discurso de apertura de Tribunales, el benemérito profesor Castán, a la sazón presidente del Tribunal, se preguntó si el Tribunal Supremo no estaba obligado por este precepto, e insinuó como posible vía el recurso de casación. Posiblemente, este discurso forzó la respuesta de la Ley Orgánica de 1967, estableciendo un recurso especial, sujeto a un procedimiento especial y a una resolución compleja en la que intervienen varios órganos. No puede decirse que sea un recurso judicial, aunque en el proceso hay perfiles de una litis judicial e intervienen órganos de la Magistratura y el órgano que finalmente eleva propuesta de resolución es presidido por el presidente del Tribunal Supremo. Más bien es un instrumento, como veremos, de control del proceso legislativo y de defensa y protección de unos principios constitucionales como continuidad del régimen y de los principios que le imprimen carácter.

La protección de la legalidad constitucional tiene así un carácter específico que corresponde a su propia estructura y a su formación histórica. Nuestras leyes fundamentales, hasta la Ley Orgánica se han desenvuelto más en el ámbito de los principios que en el cuadro de la organización de poderes. Ha sido para esos principios para los que se ha establecido una protección y en cuyo beneficio se estableció en su raíz el recurso de inconstitucionalidad o de contrafuero (7), aunque se extienda en casi todos los supuestos a las demás leyes fundamentales.

4. LOS PRINCIPIOS DEL MOVIMIENTO COMO CONTENIDO ESPECÍFICO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Conviene detenerse un momento a meditar sobre el valor de esa protección de principios. Puede decirse parafraseando una humorada tópica, que todos los preceptos constitucionales son fundamentales, pero que unos son más fundamentales que otros. Si se nos permite tomar un ejemplo del derecho extranjero, bastará recordar el valor que en el constitucionalismo y en la jurisprudencia norteamericana tiene la cláusula *due process of law*, un procedimiento jurídico regular, que domina el 90 por 100 de las interpreta-

(7) La enunciación de principios es una tradición del Derecho constitucional, con una renovada actualidad en el Derecho constitucional contemporáneo. Véanse, por ejemplo, los «Principios directivos de la política estatal» en la Constitución de la India de 1949 (arts. 36-51), o los «Principios directivos de política social» de la Constitución de Irlanda de 1937 (art. 45).

ciones de los derechos en los Estados Unidos. En España, con un proceso constitucional orientado a la enunciación de principios, ese proceso de selectividad histórica de los principios constitucionales ha sido realizado a través de una norma jurídica constitucional: la ley de Principios del Movimiento nacional de 17 de mayo de 1958.

Es cierto que esta selección de principios es más política que histórica, esto es, significa claramente, por su forma misma de promulgación, más una voluntad pública de decidir para las generaciones venideras los objetivos y contenidos del bien público, que el reconocimiento de una forma de vida que se ha sedimentado en un proceso histórico. Podría preguntarse por qué el principio de seguridad jurídica (art. 17 del Fuero de los Españoles), reiteradamente proclamado en discursos y documentos oficiales y en actuaciones públicas como «Estado de Derecho», no tiene sino una cabida casi presuntiva en esta afirmación de principios (8). O por qué situaciones históricas tan reales como el proceso de urbanización desenvuelto en los últimos veinticinco años, con todos los problemas que le son inherentes, escapa en absoluto a estos principios que reflejan más la problemática agraria del siglo XIX y los primeros lustros del siglo XX, que las características socioeconómicas de la España moderna que nace a partir de 1939.

Pero precisamente por haber sido «seleccionados» en una norma jurídica constitucional como principios inmutables, a cuya estricta observancia se obliga a todos los órganos y autoridades que han de jurar cumplir cuantos son investidos de un cargo público y que implican la nulidad de las leyes o disposiciones que los vulneren o menoscaben, tienen un valor específico desde el punto de vista político y jurídico. Subrayamos ese doble aspecto: *político y jurídico*.

Ollero y Fernández Carvajal (9) coinciden en distinguir tres clases de principios: *doctrinales*, de los que sería ejemplo la definición del principio I: «España es una unidad de destino en lo universal»; *orgánicos*, como la definición en el principio VII de «la Monarquía tradicional católica, social y representativa» como «forma política» del Estado nacional; y *programáticos*, de los que sería el mejor ejemplo el principio XII, con su típica fórmula de exhortación: «El Estado procurará por todos los medios a su alcance...». Esta distinción es útil para ordenar el conocimiento, o como regla para ponderar su vigencia, pero la verdad es que los dos artículos

(8) Principio VII: «El pueblo español unido en un orden de Derecho»; Principio IX: «Todos los españoles tienen derecho: "a una justicia independiente..."».

(9) C. OLLERO: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1958; R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL: *La Constitución española*, 2.^a ed., Madrid, 1969, págs. 24 y sigs.

de la ley de Principios del Movimiento que regulan sus efectos no establecen ninguna distinción que permita dar una aplicación jurídica o política a esta clasificación. Todos los principios son vinculantes, todos obligan bajo juramento a quienes desempeñen cargos públicos, todos constituyen presunción de nulidad de las leyes o disposiciones que los vulneren o menoscaben. Y estos artículos, por lo demás, no permiten establecer ninguna distinción en sus efectos políticos y jurídicos.

¿Cuáles son estos efectos y por qué insistimos en distinguir entre los efectos políticos y los efectos jurídicos?

Los efectos *políticos* pueden ser muy varios, pero destacan tres en el preámbulo y en el articulado de la ley:

a) Crear un *consensus* como «comunidad de los españoles» «en los ideales que dieron vida a la Cruzada». La exigencia de un juramento de fidelidad a estos principios, para ser investido de un cargo público, pretende, entre otros efectos, identificar con ese *consensus* a cuantos ejercen una función pública.

b) Asegurar y defender la continuidad ideológica y orgánica del Movimiento, excluyendo del procedimiento de reforma de las leyes fundamentales a los principios proclamados, a los que declara «por su propia naturaleza, permanentes e inalterables».

c) Condensar en esa síntesis de principios un mandato al legislador y gobernante del futuro para que sean desarrollados en función de esa continuidad ideológica.

Los efectos jurídicos están en parte contenidos en la propia ley de 17 de mayo de 1958, y, en parte, pueden inferirse de la propia naturaleza de un ordenamiento jurídico y específicamente de las reglas que definen el ordenamiento jurídico español. Un ordenamiento jurídico es un *sistema*, esto es, un todo *jerarquizado, coherente e íntegro*.

Esta naturaleza del ordenamiento jurídico es un perfil importantísimo del Estado, o quizá mejor, del sistema de Estado soberano que se constituye en el Renacimiento.

Kelsen y la escuela vienesa han subrayado el primero de esos caracteres de un ordenamiento. Las normas tienen un *rango*, que constituye un elemento capital de la seguridad jurídica. Las normas de rango inferior no pueden contradecir ni desvirtuar, vulnerar o menoscabar las normas de rango superior. La Constitución como norma *fundamental* es la primera norma que condiciona las restantes normas del ordenamiento.

En segundo lugar, el ordenamiento es un todo *coherente*, sin contradicciones.

ciones, en que las normas se completan entre sí y se deben interpretar de acuerdo con unos criterios uniformes que aseguren su cumplimiento sin contradicción. Tal es el fundamento histórico del recurso de casación, como institución que asegura la unidad de interpretación de las leyes (10).

Por último, el ordenamiento es *íntegro*, en el sentido de que debe dar una respuesta jurídica a todos los problemas que puedan plantearse en la comunidad nacional, cuya convivencia regulan. En el supuesto probable de que no exista una norma exactamente aplicable al caso se ha de recurrir a la analogía o a la aplicación de aquellos principios que son los criterios reguladores de la unidad coherente del ordenamiento.

De esta naturaleza del ordenamiento se derivan tres consecuencias:

a) «Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente ley fundamental del Reino», dice el artículo 3.º de la citada ley. Los preceptos de las leyes fundamentales, que han merecido esta sanción especial de elevarse a principios, parecen adquirir así un rango especial desde el punto de vista de la defensa de la ley constitucional, aunque la ley que regula el recurso de contrafuero lo ha extendido en parte a todas las leyes fundamentales. Las leyes o disposiciones de cualquier clase que los vulneren o menoscaben son nulos. Los cauces procesales de esta nulidad han sido definidos, de una parte, por la jurisprudencia que declara nulas las disposiciones de rango inferior a ley que los vulneren o menoscaben, y de otra, por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y la ley de 5 de abril de 1968, que regula el recurso de contrafuero contra todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes fundamentales, con exclusión de las leyes aprobadas por referéndum nacional.

Las disposiciones generales del Gobierno comprenden expresamente los Decretos-leyes, los Decretos y, específicamente, las normas que emanen de la potestad reglamentaria de los ministros. La fórmula «disposición general del Gobierno» parece tener un valor genérico que exige únicamente la naturaleza «general» de la resolución y que el autor de la disposición sea el Gobierno. La legislación delegada que es competencia del Gobierno (artículo 51 de la Ley Orgánica) está, por consiguiente, comprendida. Queda únicamente

(10) Véase MANUEL DE LA PLAZA: «Derecho procesal civil español», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, II, págs. 790-804.

duda sobre las leyes que se establezcan por el Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, como «medidas excepcionales» (artículo 10 de la Ley Orgánica) (11).

b) En virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico los Principios del Movimiento constituyen un criterio de interpretación de la ley, ya que todo el ordenamiento está sujeto a una unidad de criterios jurídicos. No puede pensarse que la voluntad del legislador sea contraria a los principios en una interpretación que se base en este criterio de interpretación auténtica, y el fin objetivo de una norma no puede ser otro que desarrollar y aplicar esos principios, si la interpretación se funda en este criterio. Esta consecuencia es muy importante desde el punto de vista de la aplicación de la ley por el juez. El juez, que está sujeto a la ley y que no puede declararla nula o desconocerla si estima que contradice esos principios, está obligado a interpretarla de acuerdo con esos principios, que la ley no puede contradecir y que el legislador está obligado a desarrollar.

c) Por último, y en la medida en que los Principios del Movimiento pueden considerarse como una enunciación de principios generales del Derecho (12), constituyen una fuente secundaria, de acuerdo con el principio de integridad del ordenamiento jurídico.

El artículo 6.º del Código civil establece que «el Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad», responsabilidad que establece el Código penal en su artículo 357: «Cuando no haya una ley exactamente aplicable al punto controvertido —sigue diciendo el artículo 6.º—, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Es cierto que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo exige que los principios generales del Derecho hayan sido reconocidos por dos sentencias conformes o constituyan doctrina legal. Pero, sin duda, su reconocimiento en leyes fundamentales les dan este carácter y deben ser aplicados por los jueces en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, que establezca el supuesto de que no existe una ley «exactamente aplicable al punto controvertido».

(11) La redacción del artículo 52 de la misma Ley Orgánica parece sobreentender que cuando estas «medidas excepcionales» revistan carácter de ley o de Decreto-ley, además de la asistencia del Consejo del Reino es preceptivo el acuerdo del Gobierno. Cree dudosa la aplicación de esta nulidad a la legislación delegada y a las medidas excepcionales, FERNÁNDEZ CARVAJAL, obra citada, ver págs. 25 y sig.

(12) FERNÁNDEZ CARVAJAL, obra cit., pág. 25.

La diferencia entre estas consecuencias políticas y jurídicas está implícitamente manifiesta en las puntualizaciones precedentes.

Desde el punto de vista político definen un *consensus* que asegura y defiende la continuidad ideológica del Movimiento y orienta e impulsa la actividad del legislador. Desde el punto de vista jurídico son un *límite o control del poder* y una realización de los principios de *unidad, coherencia e integridad* del ordenamiento jurídico que se proyectan sobre la jerarquía de las normas, su interpretación y las fuentes del Derecho en su aplicación judicial. Como es natural, estos dos puntos de vista están íntimamente vinculados. La distinción afecta a la distinción misma entre lo político y lo jurídico. Lo político supone una actividad discrecional; lo jurídico, una actividad reglada. Pero toda actividad política desemboca finalmente en la definición de leyes o «disposiciones de carácter general», sujetas a la acción reglada y reguladora del juez; y, a su vez, tanto las decisiones de los jueces, como las del Jefe del Estado, y el Consejo del Reino que le «asiste» en la resolución del recurso de contrafuero, contienen un margen ineludible, confesado o no, de decisión política discrecional. Como se ha dicho en más de una ocasión, quien alega el cumplimiento literal de la ley escrita es porque no quiere confesar cuáles son las premisas políticas de sus decisiones.

5. EL PROCESO DE CONTRAFUERO. ACTOS RECURRIBLES

Una vez planteados así en el horizonte del Derecho comparado los principales problemas que plantea la caracterización político-jurídica del recurso de contrafuero como protección de las leyes fundamentales, vamos a estudiar sucintamente el proceso en que se desenvuelve este recurso.

Examinaremos, en primer lugar, los actos recurribles, y veremos después quiénes pueden instarlo y están legitimados para interponerlo, las características del procedimiento, los órganos que intervienen en su resolución y la naturaleza y efectos de ésta.

El recurso procede:

1.º Contra todo acto legislativo que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás leyes fundamentales del Reino (5, L. O., y 2, R. C.). La letra de este precepto de la Ley Orgánica, reiterado por la ley que regula el recurso, ha dado una mayor amplitud a la protección prevista en la ley de Principios del Movimiento, extendiendo dentro de ciertos límites, que examinaremos más adelante, a las demás leyes fundamentales esta protección constitucional. En cambio, puede decirse que acota el alcance de

este recurso, limitándolo a las «disposiciones generales del Gobierno», frente a la expresión «disposiciones de cualquier clase» del artículo 3.º de la citada ley. La exigencia de que los actos realizados por un ministro en el ejercicio de la potestad reglamentaria sean confirmados por el Gobierno para que puedan ser recurridos, confirma esta delimitación, que apunta a separar la fiscalización judicial de los actos de rango inferior y la fiscalización constitucional de los actos del Gobierno y las Cortes (13).

La fórmula «todo acto legislativo» sin indicar su autor (en contraste con la referencia de las disposiciones generales al «Gobierno») permite comprender no sólo las leyes aprobadas por las Cortes, sino los Decretos-leyes, la legislación delegada e incluso las «medidas excepcionales» del artículo 10, d), que tengan carácter de ley o disposición general. Respecto a los Decretos-leyes lo confirma expresamente el artículo 3.º de la ley que regula el recurso. Con relación a la legislación delegada y las «medidas excepcionales» que revistan forma de ley o tengan el carácter de una disposición general deben tenerse en cuenta los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica, que les reconocen el carácter de actos legislativos o de disposiciones generales del Gobierno. Esta característica es digna de subrayarse en cuanto a las «medidas excepcionales», ya que éstas, en principio, podría estimarse que eran actos del Jefe del Estado con el consejo y refrendo del Consejo del Reino (artículo 10 de la L. O.). El precepto del artículo 52 que los considera actos del Gobierno es tajante y, por lo demás, no es incompatible, ni contradictorio con la competencia concurrente del Consejo del Reino, ya que la intervención de éste no excluye la del Gobierno, que a tenor de la Ley Orgánica (artículo 13, II) «asiste de modo permanente al Jefe del Estado en los asuntos políticos y administrativos» (14).

2.º Contra toda disposición general del Gobierno, que vulnere los Principios del Movimiento Nacional y demás leyes fundamentales.

La expresión «disposición general del Gobierno» comprende no sólo los actos de naturaleza legislativa a que hacemos referencia, sino también «los

(13) No obstante, hay que advertir que el recurso contencioso-administrativo se da también contra los actos del Gobierno y están sólo excluidos «los actos políticos del Gobierno».

(14) Quizá haya que salvar la hipótesis de una «medida excepcional» de carácter general, promulgada por el Jefe del Estado con el refrendo exclusivo del presidente del Consejo del Reino, puesto que este refrendo parece que puede ser alternativo o conjunto. Claro está que en este caso sería presumible la dimisión o propuesta simultánea de cese del presidente del Gobierno, del que se prescindía para un acto de tan trascendental importancia política.

Decretos y demás disposiciones de carácter general dictados o aprobados por el Gobierno o por sus Comisiones delegadas». Como hemos indicado, hay aquí marcado un límite a esta jurisdicción por razón del autor, que dicta o aprueba el acto. Si éste fuera realizado por un ministro en el ejercicio de su potestad reglamentaria, el Consejo Nacional o la Comisión permanente de las Cortes deben dirigirse al Gobierno, en el plazo de dos meses para que éste proceda a su modificación o derogación. Si el Gobierno confirma o modifica, sin derogarla, en el plazo de dos meses, la disposición ministerial, se entiende que el texto modificado o confirmado es ya «disposición general del Gobierno» contra el que procede el recurso de contrafuero.

3.º Pueden ser también objeto de recurso los «proyectos o proposiciones de ley elaborados por las Cortes que hayan de ser sometidos a referéndum nacional». En este caso, el Jefe del Estado debe consultar al Consejo Nacional para que estime, en un plazo de quince días, si hay o no motivo de contrafuero. Si el Consejo Nacional estima que dicho motivo existe, debe entablar el recurso en un plazo de dos meses, que se cuentan a partir de la evacuación de los dictámenes (artículo 6.º, II, R. C.). Cabría dudar a tenor de la ley del Recurso de contrafuero si este supuesto se refiere también a las leyes constitucionales (que modifiquen o deroguen las leyes fundamentales) que necesariamente *han* de ser sometidas a referéndum. El artículo 65 de la Ley Orgánica, de un rango superior como ley fundamental, y el sentido común, obligan a interpretar este artículo de la ley que regula el recurso en un sentido amplio que lo refiera a la competencia discrecional atribuida al Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, por el artículo 10, e), de la Ley Orgánica para «someter a referéndum nacional los proyectos de ley trascendentales cuando ello no sea preceptivo».

En el caso de leyes fundamentales, en que el referéndum es preceptivo y que pueden modificar o derogar otras leyes fundamentales (15) parece que el recurso de contrafuero sólo puede interponerse alegando vulneración o menoscabo de los Principios fundamentales del Movimiento, que se declaran «permanentes e inalterables».

Merece subrayarse que este es el único caso en que el recurso de contrafuero implica la protección o defensa exclusiva de los Principios fundamentales del Movimiento y tiende a garantizar la «superfundamentalidad» de estos Principios. La acción del poder constituyente establecido por las pro-

(15) De acuerdo con el artículo 10 de la ley de Sucesión, el artículo 1.º de la ley Fundamental del referéndum, el artículo 7.º d) de la misma Ley Orgánica y los artículos 1.º y 3.º de la ley de Principios del Movimiento

pías leyes Fundamentales para derogarlas o modificarlas, tiene, pues, un límite último en estos principios selectivos.

Junto a estos supuestos hay que distinguir, lo que llama acertadamente la ley, actuaciones preliminares. Así, por ejemplo, la posibilidad de la Comisión permanente de las Cortes, a través del presidente de las mismas Cortes, de solicitar nueva deliberación sobre el dictamen de una Comisión que, como es natural, no excluye su ratificación por ésta y, en su caso, la procedencia del recurso, si fuera, en definitiva, aprobado por las Cortes; o la advertencia de la Comisión legislativa a la Comisión permanente sobre el posible contrafuero de un Decreto-ley (art. 13 de la ley de Cortes); o el supuesto de una norma ministerial en la que se solicita la confirmación, modificación o derogación por el Gobierno.

Por último, están *excluidos* de la acción del recurso las leyes aprobadas por referéndum nacional. En este supuesto hay, como hemos visto, una consulta previa, cuyo alcance es distinto según se trate o no de la vulneración de Principios del Movimiento.

6. LA INICIATIVA Y LA LEGITIMACIÓN EN EL RECURSO DE CONTRAFUERO

En la iniciación del recurso es necesario distinguir entre las llamadas actuaciones preliminares, que suponen una instancia para que el recurso se interponga a una advertencia para impedirlo, y la interposición propiamente dicha.

a) *Actuaciones preliminares.*—La instancia o petición más general de estas actuaciones preliminares ha sido referida con gran amplitud a «los españoles» en ejercicio del derecho de petición ante el Consejo Nacional o la Comisión permanente de las Cortes (16). Este derecho puede ejercerse por los mayores de edad, las personas jurídicas y las Corporaciones, funcionarios públicos y miembros de las Fuerzas e Institutos armados de acuerdo con las disposiciones porque se rijan. El contenido de la petición se concreta en que el Consejo Nacional, en todo caso, o la Comisión permanente de las Cor-

(16) Cabe dudar de si esta referencia a los españoles excluye a las personas jurídicas y Corporaciones que son sujetos diferenciados del derecho de petición. Entendemos que debe referirse a todos los que están legitimados para ejercer este derecho, ya que, entre otras razones, aun sin su conocimiento expreso en el artículo 4.º de la ley del Recurso de contrafuero, podría ejercerse al amparo del derecho general de petición como se indica en el texto.

tés cuando se trate de una disposición general del Gobierno, entable el recurso de contrafuero cuando una ley, proyecto de ley, Decreto-ley o disposición general del Gobierno, haya incurrido en contrafuero a juicio del solicitante. Este debe exponer su solicitud razonadamente, no bastando, por consiguiente, la mera denuncia genérica del hecho.

Cabría considerar si esta instancia popular a través del derecho de petición modificaba la naturaleza del recurso aproximándolo, en parte, al llamado recurso de amparo del derecho hispanoamericano. Entendemos que esta escaeta mención es que no se concede más derecho que el «de pedir» se limita a ser un recuerdo explícito del derecho de petición que podría ejercerse, aun sin esta mención especial en la ley de Recurso de contrafuero, que se limita a unir la exigencia de una solicitud razonada.

Un segundo supuesto de estas actuaciones preliminares en el reconocido en la ley de Cortes a la Comisión de competencia legislativa del artículo 12 para llamar la atención de la Comisión permanente de las Cortes si advirtiera materia de contrafuero en el texto de un Decreto-ley, cuya urgencia le ha sido sometida a dictamen. También tiene este carácter la facultad concedida a un tercio de consejeros nacionales, la Comisión permanente del Consejo o cualquier consejero a través de la Comisión permanente, para formular la propuesta inicial del recurso ante el Consejo Nacional.

Por último, puede incluirse también entre estas actuaciones preliminares el requerimiento por el Jefe del Estado al Consejo Nacional para que manifieste en un plazo de quince días si existe en un proyecto o proposición de ley elaborado por las Cortes y que haya de someter a referéndum, motivo para promover el recurso de contrafuero (art. 65 de la Ley Orgánica); así como el requerimiento al Gobierno para que derogue o modifique una norma ministerial.

En cambio, aunque se incluya por la ley entre estas actuaciones preliminares, la devolución por la Comisión permanente a otra Comisión de las Cortes de un dictamen para que lo someta a nuevo estudio por advertirse vulneración de los Principios del Movimiento o de las demás Leyes fundamentales, parece más bien un acto interno de las propias Cortes en el proceso de deliberación, que aunque haya sido llevado a la Ley Orgánica, podría figurar en el Reglamento de las Cortes y aun realizarse como una práctica parlamentaria. Sólo tendría un verdadero valor de precepto constitucional si la Comisión permanente tuviera un veto efectivo sobre los dictámenes cuando advirtiera esta vulneración. Pero no parece que esta consecuencia pueda deducirse del tenor literal del precepto.

b) *La legitimación para entablar el recurso.*—Así como la instancia, petición o las actuaciones preliminares tienen una gran amplitud en cuanto a los sujetos que pueden promoverla, la interposición del recurso está limitada a órganos políticos de carácter constitucional cuyos acuerdos están sujetos, además, a condiciones restrictivas.

Sólo están *legitimados* para entablar el recurso el Consejo Nacional, en todo caso, *por acuerdo adoptado por las dos terceras partes de sus consejeros* y la Comisión permanente de las Cortes en las disposiciones de carácter general del Gobierno mediante *acuerdo adoptado por la mayoría de dos tercios de sus componentes*. La distinta redacción para señalar el *quorum* con la no inclusión de la palabra «mayoría» en el primer supuesto hace ambiguo este artículo (17).

Esta legitimación, estrictamente limitada a dos órganos constitucionales da un perfil muy característico al recurso de contrafuero como un instrumento político de equilibrio de poder y defensa de los Principios del Movimiento y, en parte, de las leyes Fundamentales. No es tanto una protección de la constitución de la ley como un control del proceso legislativo en un juego de acciones recíprocas de los diversos órganos en que se articula el poder. El Consejo Nacional puede interponer el recurso en todo caso, ya que ésta es una de las atribuciones específicas que le señala el artículo 23 de la Ley Orgánica, pero parece que en la práctica debe orientarse a vigilar la actuación de las Cortes; la Comisión permanente de las Cortes tiene limitada su competencia a una fiscalización de la legislación concurrente realizada por el Gobierno a través de los Decretos-leyes, y, en su caso, mediante la legislación delegada o las leyes establecidas como «medidas excepcionales», y a las disposiciones generales del Gobierno o las normas ministeriales que adquieren este rango. Este carácter de la fiscalización por las Cortes de la acción del ejecutivo es aún más manifiesta en este supuesto de actos de los ministros en ejercicio de la potestad reglamentaria, previo requerimiento al Gobierno para que derogue o modifique dichos actos.

El señalamiento de un plazo perentorio y breve, dos meses, para la interposición del recurso, subraya este carácter de un instrumento de control del proceso legislativo.

(17) ¿Con relación al Consejo Nacional es el acuerdo adoptado por mayoría simple de dos tercios de consejeros asistentes, o el voto favorable de dos terceras partes de los consejeros, esto es, una mayoría de dos tercios de sus componentes? Con relación a la Comisión de las Cortes sí parece claro que es el voto favorable de «dos tercios de sus componentes» (ver artículo 34, II, de la Ley Orgánica del Movimiento y de su Consejo Nacional).

7. EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE CONTRAFUERO

El procedimiento para la interposición y resolución del recurso de contrafuero fue descrito sumariamente en la Ley Orgánica. Estos grandes trazos tenían ya un carácter anfibio. Por una parte, se le definía como «recurso», se empleaba algún término típico del proceso judicial, como la «sustanciación» del recurso y se planteaba como un litigio entre partes, estableciendo la posibilidad del nombramiento de un representante de las Cortes o del Gobierno, según los casos, que defendiera la legitimidad de la ley o disposición de carácter general recurrida. Incluso se establecía como un procedimiento «rogado», presumiendo la constitucionalidad de la ley o disposición general que no fuera recurrida a instancia de parte.

La ley que regula el recurso de contrafuero ha acentuado este carácter. La interposición se hace en un recurso que contiene los elementos tópicos de una demanda judicial: personalidad del recurrente, acto legislativo a disposición que se recurre, principios o preceptos vulnerados, fundamentos y petición. Puede pedirse la suspensión y aducirse documentos de prueba. La audiencia de la que podríamos llamar parte recurrida, para que nombre defensor, se completa cuando esta parte es el Gobierno atribuyendo esta defensa como en los recursos contenciosos al cuerpo de letrados del Estado, a quien en este caso representa el director general de lo Contencioso. Si la parte recurrida es las Cortes, el procurador designado para la defensa tendrá título de letrado. Las partes se «personan» y se les da «traslado». La propuesta del Consejo del Reino y la resolución del Jefe del Estado conservan este parentesco con una sentencia judicial: hechos, fundamentos de derecho, desestimación o estimación total y parcial y efectos. No hay vista pública, pero hay publicidad de los alegatos, dictámenes y propuestas.

El otro perfil de un acto político de control queda patente en la limitación a órganos políticos de la legitimación para interponerlo; en el breve plazo —dos meses— para la interposición, que una vez transcurrido hace firme la ley o disposición general, aunque sea patentemente inconstitucional (18), y en el carácter de los órganos que intervienen en su resolución: el Jefe del Estado, que «personifica» la soberanía nacional; el Consejo del Reino, órgano político que comparte las más importantes funciones de la Corona,

(18) Puesto que todos los consejeros nacionales son procuradores *ex officio*, difícilmente será recurrida por el Consejo Nacional, una ley, aun cuando infrinja patentemente las Leyes fundamentales, que haya sido aprobada por los propios consejeros como procuradores.

y un órgano *ad hoc* de asesoramiento en que los miembros técnicos y políticos están equilibrados. El plazo y las partes legitimadas para promoverlo son quienes le dan el perfil de un acto final y eventual de control del proceso de creación jurídica, bien sea por obra de la acción deliberante de las Cortes o por la potestad normativa atribuida al Gobierno.

Creemos, sin embargo, que es necesario retener los dos perfiles de este proceso: cuasi judicial de una parte, de control político por otra. Porque esto es lo que ha querido el legislador y porque en cierta manera es conforme a la naturaleza misma de los actos de protección constitucional. Estos son actos políticos cuya discrecionalidad esta frenada y amortiguada por las formas de un procedimiento judicial.

8. LOS ÓRGANOS DE DECISIÓN

De acuerdo con la ley Orgánica el recurso de contrafuero se establece ante el Jefe del Estado. Esta afirmación tajante de esta Ley fundamental, en su artículo 59, unido a la definición general de competencias del Jefe del Estado que realiza el artículo 6.º de la misma ley (19) puede llevar a definir el Jefe del Estado como «defensor de la Constitución», en el sentido en que Schmitt lo caracterizó en la Constitución de Weimar.

Pero no puede aceptarse sin muchas reservas esta definición, brillante a primera vista. Habría que advertir, en primera lugar, que está contra el espíritu mismo de nuestras Leyes fundamentales que tienen una complejidad sutil que se resiste a toda definición que suponga un trazo neto y preciso. Lo que caracteriza a nuestras Leyes fundamentales son los perfiles desvaídos y brumosos en que las competencias se condicionan y superponen y las instituciones se difuminan. Por lo pronto, hay que advertir que necesita refrendo (en este caso preceptivamente del presidente del Consejo del Reino) y, además, que la Jefatura Nacional del Movimiento una vez cumplidas «las previsiones sucesorias» pasa al sucesor, como Jefe del Estado, pero se ejerce por delegación de éste por el Jefe del Gobierno (disposición transitoria segunda, III, de la Ley Orgánica). Además, la resolución del recurso es una decisión que se adopta con el asesoramiento preceptivo de una ponencia, medio técnica, medio política, y a propuesta del Consejo del Reino, debiendo hacerse públicos tanto el dictamen como la propuesta.

(19) Se vincula al Jefe del Estado la Jefatura Nacional del Movimiento y se le encomienda el cuidado de la más estricta observancia de los Principios del Movimiento y demás Leyes fundamentales.

La resolución del Jefe del Estado está, pues, condicionada o asesorada por un dictamen y una propuesta de dos órganos peculiares y respaldada por un refrendo que desplaza la responsabilidad del acto.

Veamos, ante todo, la naturaleza de los órganos que intervienen y el valor de su intervención. En primer lugar, la Ponencia. Aunque la Ley Orgánica (art. 62) no precisó si esta Ponencia debía constituirse para cada caso, la ley del Recurso de contrafuero ha tendido a darle una cierta estabilidad. La integran, con una ponderación equilibrada de miembros políticos y técnicos, un presidente de Sala del Tribunal Supremo que la preside, un magistrado del mismo Tribunal, un consejero de Estado, un consejero nacional y un procurador en Cortes. Los magistrados se eligen por *un año* por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo; y las Comisiones permanentes respectivas de los órganos a que representan eligen, también por un año, a los otros miembros. Parece verosímil que haya una probable reelección de esos miembros y en consecuencia una cierta continuidad de criterios en sus dictámenes.

El Consejo del Reino también presenta alguna particularidad. Ha de ser presidido a este efecto por el presidente del Tribunal Supremo, como si el Consejo se constituyera en la gran Sala constitucional de este Tribunal. Su propuesta tiene forma de sentencia y se registran los votos particulares. Puede declarar el recurso improcedente, o desestimarlo, o estimarlo declarando la nulidad total o parcial de la ley o disposición general recurrida, con la determinación del alcance que en cada caso proceda, incluso respecto de las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia de las referidas disposiciones.

Según la intención del legislador la propuesta no es vinculante (20). Además, la existencia de votos particulares en la propuesta del Consejo del Reino hacen posible esta relativa discrecionalidad en la decisión del Jefe del Estado con referencia a una propuesta que tiene casi el carácter de una sentencia judicial. Esta discrecionalidad que da un matiz político a la resolución del Jefe del Estado se refuerza por el refrendo del presidente del Consejo del Reino, que no ha participado en las deliberaciones.

9. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO

La resolución del recurso de contrafuero constituye, pues, un acto independiente de especial naturaleza que merece algunas consideraciones. La interposición del recurso para la que sólo están legitimadas las Cortes y el Consejo Nacional le da el carácter de un acto de control político. Pero en el

(20) Este extremo fue explícitamente precisado en la discusión en la Comisión.

procedimiento intervienen también órganos técnicos y en algún aspecto tiene los caracteres de un procedimiento judicial. ¿Cuál es la naturaleza de esta resolución?

¿Es un fallo con arreglo a derecho o es una decisión política? Y en este caso, ¿tiene un puro valor negativo de mantenimiento estricto de las Leyes fundamentales en una acción recíproca de freno y límite entre las Cortes, el Gobierno y el Consejo Nacional, o puede considerarse como una agencia de interpretación, en el sentido de que encauza y da un desarrollo progresivo a los principios y permite su aplicación flexible a nuevas circunstancias? En otras palabras: ¿Se podrá, en el futuro, cuando exista un número relativamente considerable de resoluciones hablarse de una jurisprudencia que ofrezca una interpretación de las leyes constitucionales en algún precepto oscuro o cuya aplicación debe ser revisada en nuevas circunstancias? ¿O son simplemente decisiones aisladas con que los poderes públicos se vigilan y limitan entre sí?

Esta pregunta es análoga, pero no idéntica a la que plantea el profesor Boquera (21). ¿La resolución del recurso de contrafuero es un acto jurisdiccional o legislativo? Decimos análoga, pero no idéntica, porque de no ser un acto jurisdiccional no creemos, pese a la brillante argumentación de dicho profesor, que pueda considerarse como un acto legislativo, sino en todo caso como un acto de control que se interfiere en el proceso legislativo, como una «facultad de impedir», como la llamaba Montesquieu, vetando una ley o una disposición de carácter general que se considera contraria a las leyes Fundamentales. En el fondo es algo muy análogo a lo que hace el Consejo constitucional francés, fuente indirecta y notoriamente conocida por el legislador español, y que el propio profesor Boquera define como un instrumento para controlar la constitucionalidad de las leyes.

Para despejar problemas, aceptaremos que esta resolución es, sin duda, un acto político, esto es, una libre decisión del poder público para resolver un conflicto en orden al bien común. Pero también, como es patente por el mero hecho de que puedan hacerse estas preguntas, es un acto político especial que ha querido rodearse de requisitos de procedimiento que le dan un ligero matiz de decisión judicial. Esta precisión es importante puesto que estamos ante una institución nueva que en su funcionamiento práctico desarrollará sus posibilidades. Y esta naturaleza, en cierta manera anfibia o mixta, abre un horizonte de posibilidades muy diversas. La pregunta correcta ante un precepto constitucional nuevo no es tanto ¿qué es la institución que

(21) REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núms. 169-170: «El valor jurídico de las leyes ordinarias», pág. 154.

en él se constituye? como ¿qué puede ser? Y esto es así porque por referirse a la actuación de instituciones que, de una parte, son únicas (sólo hay unas Cortes o un Consejo Nacional, mientras hay millones de propietarios o millares de funcionarios públicos), y, de otra, están comprendidas en un sistema de órganos interrelacionados en sus funciones cuyas competencias se interfieren y limitan recíprocamente y permiten una rápida consolidación de costumbres o de usos y sus atribuciones están en función del ejercicio recíproco de sus competencias por los demás órganos.

Además, los preceptos constitucionales tienen unas normas de interpretación especiales. Lo importante en ellos no es tanto la voluntad del legislador (interpretación auténtica), que nos llevaría a examinar todos los antecedentes legislativos, con sus anteproyectos, proyectos, deliberaciones y preámbulos, como sus posibilidades de adaptación en el juego real de las instituciones y en el proceso histórico de transformación de una realidad social y una circunstancia política. La interpretación auténtica puede ser valiosa para entender la razón de alguna fórmula o de una expresión, pero aun en este caso, está condicionada por ese ejercicio real de competencias con vistas al futuro.

La tesis que defiende exclusivamente su carácter de instrumento político especial tiene que referirlo a una decisión del Jefe del Estado en virtud de los caracteres y competencias que a esta magistratura atribuye el artículo 6.º de la Ley Orgánica: «El Jefe del Estado es el representante supremo de la nación: personifica la soberanía nacional; ejerce el poder supremo político y administrativo; ostenta la Jefatura nacional del Movimiento y cuida la más exacta observancia de los principios del mismo y demás Leyes fundamentales...» Esta definición, unida al poder de «adoptar medidas excepcionales», del artículo 10 d), destaca al Jefe del Estado, según la clásica expresión de Schmitt que definía el presidencialismo *sui generis* de la Constitución de Weimar, como *defensor de la Constitución* al que se atribuye en función de este carácter la resolución de los recursos de contrafuero, de acuerdo en este caso con una interpretación auténtica de la voluntad del legislador, como un acto discrecional que puede separarse de la propuesta del Consejo del Reino (22). Tal es la versión misma que queda en el preámbulo que define el recurso de contrafuero como «una suprema instancia política en la que la decisión corresponde al Jefe del Estado, representante supremo de la nación, cuya soberanía personifica». Más adelante veremos las consecuencias que

(22) FERNÁNDEZ CARVAJAL, obra cit., págs. 34 y sig.; BOQUERA, estudio cit., páginas 154-156.

pueden derivarse de esta interpretación, que es probablemente la más adecuada a la voluntad del legislador.

Pero aun reconociendo la fuerza de esta interpretación, cuyo valor destacamos desde el primer momento de la publicación de la Ley Orgánica (23), no cabe desconocer que tanto en la Ley Orgánica como en la ley de 5 de abril de 1968, hay una serie de preceptos que dejan la puerta abierta a otra posible interpretación que aproxima el recurso de contrafuero a una decisión judicial.

Aun sin tener en cuenta que la línea general del procedimiento, y hasta el lenguaje, es netamente judicial (interposición del recurso, legitimación, personamiento, alegaciones, sustanciación, etc.), pueden destacarse como elementos típicamente judiciales la designación de un defensor, la presencia en la Ponencia de un presidente de Sala y un magistrado y la presidencia excepcional del presidente del Tribunal Supremo en las actuaciones y deliberaciones para la elevación de la propuesta de resolución. Y hasta la forma en que ésta debe ser redactada que recuerda el artículo 372 de la ley de Enjuiciamiento civil.

También el razonamiento escrito de dicha propuesta, acompañada de los votos particulares, le dan ese elemento de racionalidad pública, típica de un fallo judicial. Qué duda cabe, que en este razonamiento escrito y en los votos particulares, han de contenerse entre «las razones legales y doctrinales», que fundamentan la propuesta por exigencia de la ley, interpretaciones de los Principios del Movimiento y de nuestras Leyes fundamentales, que pueden constituir la base de una jurisprudencia. No obstante, debemos reconocer que la relativa discontinuidad de los miembros de la Ponencia que informa y del Consejo del Reino que formula propuesta hacen muy incierta la continuidad de las interpretaciones en que esta jurisprudencia debería fundarse. Ni la Ponencia, ni el Consejo del Reino, constituyen ese cuerpo estable en que el diálogo continuado asiente unos criterios de deliberación y decisión que son el tesoro de un Tribunal. En cambio, es obligado recordar frente a las argumentaciones que presentan al Jefe del Estado como un órgano de actuación independiente que decide discrecionalmente que el artículo 8.º de la Ley Orgánica exige el refrendo, sin excepción, para todos los actos del Jefe del Estado y declara responsables de los actos del Jefe del Estado a las personas, en este caso al presidente del Consejo del Reino, que los refrenden; y que, de otra parte, que la decisión exige, a tenor del artículo 20 (ley de Recurso de contrafuero) las *mismas circunstancias y requi-*

(23) L. SÁNCHEZ AGESTA: *La función constitucional del juez*, Madrid, 1966, páginas 50 y sig.

sitos que la propuesta; esto es, la forma de una sentencia y que, además, se hace pública en su integridad.

Lo que queremos subrayar es, simplemente, la posibilidad de que ese órgano en la medida en que sus miembros tiendan por convención a tener una cierta estabilidad, por lo demás lógica, y que sus propuestas contengan interpretaciones coherentes de las Leyes fundamentales, puede ser, en cierta manera, un órgano que siente jurisprudencia constitucional.

Esta no es una pura hipótesis de gabinete. Así se ha constituido, por ejemplo, la jurisprudencia de la constituciones de la Commonwealth británica a través de las «propuestas» o «consejos» («advise») del Consejo Privado de la Corona británica. Y precisamente porque procedían de un Consejo de naturaleza cuasi judicial y debían razonarse por escrito (24). Es cierto que la Corona británica responde a una diversa tradición constitucional, pero esta tradición en nada se opondría a que el Consejo del Gabinete y del *Premier* fueran los verdaderamente vinculantes para la Reina. Antes bien, diríamos que lo extraordinario en la tradición constitucional británica es que un Tribunal o cuasi Tribunal limite los poderes, o la soberanía, como decía Dicey, de la Corona en Parlamento. Que exista una jurisprudencia de los recursos de contrafuero es una posibilidad jurídica e histórica innegable que hay que tener en cuenta y hasta diríamos que es una perspectiva positiva del sistema constitucional establecido por las Leyes fundamentales.

Hay, también, que considerar la otra posibilidad, que, además, tiene cierta vigencia en el momento actual por ser la querida expresamente por el legislador, aunque los precedentes de la Constitución de Weimar no la recomienden. Considerado el Jefe del Estado como «defensor de la Constitución», cuyas resoluciones son asesoradas, pero independientes de la propuesta del Consejo del Reino, el recurso de contrafuero puede ser sólo un instrumento político del Consejo Nacional frente a las Cortes, o de las Cortes, o más específicamente de su Comisión permanente, frente al Gobierno, que es sometido al arbitraje del Jefe del Estado. En este caso el Jefe del Estado actuaría, como recuerda el preámbulo, como una suprema instancia política, en cuanto es el representante supremo de la nación cuya soberanía personifica. El elemento de racionalidad de una sentencia judicial quedaría absorbido en el valor de la decisión política soberana. No habría, por consiguiente, una jurisprudencia válida que se funde en los recursos de contrafuero. Habría, sin duda, una protección *política* de los Principios del Movimiento y demás leyes Fundamentales, pero ¿cómo podría entonces pro-

(24) E. MCWHINNEY: *Judicial Review in the English Speaking World*, University of Toronto Press, 3.^a ed., 1965, págs. 50 y sig.

tegerse *jurídicamente* el rango fundamental de las leyes constitucionales? En este caso nos veremos obligados a preconizar una jurisprudencia netamente judicial, aun sujeta al límite último de esa soberanía con que el Jefe del Estado puede decidir los recursos de contrafuero. Es necesario puntualizar que esta jurisprudencia, que de hecho se está ya formando, no implica en forma alguna una revisión judicial directa de la constitucionalidad de la ley, que la tradición y la existencia del recurso de contrafuero vedan al juez. Pero si una revisión indirecta, que es mucho más fecunda, a través de las llamadas «virtudes pasivas» de un Tribunal: esto es, la inhibición ante las llamadas cuestiones políticas, la selección de la norma aplicable, la anulación por defecto de forma y sobre todo, la interpretación a que está forzosamente obligado por la referencia a las Leyes fundamentales contenidas en otras leyes (ley de Orden público, ley de Prensa, ley de Asociaciones, etc.), y la misma aplicación de los Principios del Movimiento y de otros preceptos de carácter análogo, como el principio de seguridad jurídica, como principios generales del Derecho, que están indiscutiblemente reconocidos como «doctrina legal» por su propia enunciación en las Leyes fundamentales. Incluso podría fundarse indirectamente en las resoluciones del recurso de contrafuero.

Este es un hecho impuesto por la misma estructura de nuestro ordenamiento jurídico y sobre el que hay que llamar la atención a nuestra judicatura para que haga de él una aplicación consciente, con un espíritu que una conjuntamente la moderación y la audacia. Vuelvo a repetir que no hay política judicial más peligrosa que la que alega atenerse a los preceptos literales de la ley y filtra en esa aplicación literal motivaciones políticas subconscientes o no confesadas. Nuestros jueces, y esto es clarísimo, no pueden declarar nula una ley porque contradiga a las Leyes fundamentales o a los Principios del Movimiento, pero están obligados, incluso por su juramento al tomar posesión del cargo, a interpretar las leyes de acuerdo con esos preceptos.

LUIS SÁNCHEZ AGESTA

R É S U M É

La projection de la série de normes de l'Ordre constitutionnel face aux Lois, Décrets et autres normes de décisions qui puissent les violer, constitue aujourd'hui un phénomène universel. Dans les différents pays sont cependant appliqués des systèmes très différents qui peuvent être classifiés selon les

sujets légitimés, afin d'obtenir cette protection, la nature du procédé, l'organe judiciaire ou politique qui a pouvoir de décision, et la nature et valeur de la décision.

L'auteur esquisse une brève histoire du problème en Espagne et l'analyse en fonction des exigences de la nature d'une ordonnance juridique.

Relativement au recours à l'infraction d'un «fuero» ou privilège, l'auteur examine:

- les actes d'appellation (actes législatifs, dispositions générales du Gouvernement et projets ou propositions de Loi, qui doivent être soumis à Référendum);
- les sujets auxquels correspond l'initiative et qui sont légitimés pour initier l'appellations;
- la nature quasi judiciaire du procédé et les organes de décision.

Le recours s'initie devant le Chef de l'Etat à qui correspond la décision, mais est établi un dictamen préliminaire de caractère semijudiciaire et un rapport avec proposition de résolution et votes privés du Conseil du Royaume présidé par le Président du Tribunal Suprême. De là vient la singularité de cette décision qui peut certainement être interprétée comme un acte d'arbitrage politique du Chef de l'Etat, et qui a également de caractère d'une révision quasi judiciaire de la constitutionnalité des actes passibles de recours.

S U M M A R Y

Accepted constitutional usage, as opposed to the laws, decrees and other rulings that may violate it, has taken on universal importance today. Different countries have different systems, however, which may be classified according to the subjects that have the right to such protection, the procedure observed, the deciding judicial or political body and the nature and value of its decisions.

A brief historical outline of the problem in Spain accompanied by an analysis from the point of view of juridical requirements. Appealable ordinances—decrees, governmental rulings and bills submitted to referendum—, are examined in connection with the *recurso de contrafuero*, as are also the qualifications required for presenting such appeals, the quasi-judicial nature of the procedure observed and the deciding bodies.

Appeals come before the Head of State, on whom ultimate decision de-

pends, after prior semi-judicial arbitration and a report containing the proposed resolution and the individual votes of the Council of the Realm presided over by the President of the Supreme Court. It is this procedure that gives its special character to the decision, which may be seen as an act of political arbitration on the part of the Head of State and also represents a quasi-judicial revision of the constitutionality of the ordinances against which appeal is made.

