

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO INSTITUTO PROCESAL PARA EL CONTROL ABSTRACTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. El control judicial de la constitucionalidad en general	69
II. El sistema mexicano de control judicial de la constitucionalidad. Esbozo	73
III. Origen de la acción de inconstitucionalidad y análisis global de su expansión en el ámbito comparado	78
1. Algunos antecedentes: Venezuela, Colombia. El caso che- coslovaco	78
2. La Constitución austriaca de 1920 y la concepción kelseniana del tribunal constitucional. Expansión y evolución del modelo	82
3. Una especial referencia a la acción abstracta de inconstitu- cionalidad en Alemania.	97
IV. Una precisión terminológica: ¿Acción o recurso de inconstitu- cionalidad?	98
V. El control a través de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto	105
1. Control abstracto y control concreto	105
2. Control abstracto y legitimación restringida a ciertos órga- nos políticos	108
3. La elevada politicidad del control abstracto	110
VI. La articulación de la acción de inconstitucionalidad y los restan- tes mecanismos procesales de control de la constitucionalidad	121
1. Acción de inconstitucionalidad y controversias constitucio- nales	121
2. Acción de inconstitucionalidad y amparo	124
VII. El control de la constitucionalidad en los estados miembros de una federación. Desarrollo en México	128
1. En general	128
2. Desarrollo actual en México	129
VIII. El control de la constitucionalidad en defensa de la autonomía local en España	142
1. La Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril y su constitucio- nalidad	143
2. Naturaleza	147

3. Competencia	150
4. Legitimación	152
5. Objeto	157
6. Procedimiento	158
7. La sentencia y sus efectos	162

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO INSTITUTO PROCESAL PARA EL CONTROL ABSTRACTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN GENERAL

Como es sabido, el control de constitucionalidad puede adoptar hoy una multiplicidad de formas,¹²⁰ pero, con todo, sigue plenamente vigente la diferenciación entre el *sistema concentrado* y el *difuso*¹²¹ o, si se prefiere, *more geographico*, entre el sistema europeo (o austriaco-kelseniano) y el norteamericano. En principio, el *sistema europeo* se caracterizaría, en síntesis, por la concentración de la competencia de conocer de la constitucionalidad de las normas legales en un órgano *ad hoc*, conocimiento que tiene lugar de manera directa y no incidental, a instancia sólo de determinados órganos políticos, y con efectos *erga omnes*.¹²²

Frente a tal sistema, el *americano o difuso* se caracterizaría por la atribución del conocimiento de cualesquiera cuestiones relativas a la constitucionalidad de las normas a *todos los tribunales* (o a varios, por ejemplo: los superiores: son los sistemas semidifusos) en el ejercicio

¹²⁰ No entraremos aquí a analizar el control político de la constitucionalidad. Sucintamente, entre una abundantísima bibliografía, puede verse Fernández Segado, Francisco, *cit.*, nota 43, pp. 94 y ss.

¹²¹ La terminología de control “difuso” fue propuesta por vez primera por Carl Schmitt en estos explícitos términos: “*Ich möchte dieses Wort ‘diffus’ zur Bezeichnung des Gegensatzes gegen ein bei einer einzigen Instanz konzentriertes Prüfungsrecht vorschlagen*” (“Querría proponer el término ‘difuso’ para designar el concepto opuesto a un derecho de examen concentrado en una única instancia”). Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985, nota 3, p. 18.

¹²² *Cfr.* Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, traducción de Domingo García Belaunde y nota introductoria de Francisco Fernández Segado, *Dereito*, vol. IV, núm. 1, pp. 218 y ss.

ordinario de la potestad jurisdiccional, de forma tal que, si un juez estima inconstitucional la ley a aplicar a un determinado caso de que esté conociendo, simplemente la inaplica en ese caso concreto: por tanto, el juicio sobre la constitucionalidad es aquí incidental (en cuanto que surgido con ocasión de un litigio concreto y real),¹²³ realizado por cualquier juez o tribunal (es “en cierto modo el derecho natural del magistrado”, nos dirá Tocqueville)¹²⁴ y con efectos *inter partes*,¹²⁵ e instado por cualquier *parte en un proceso en el que deba ser aplicada la ley en cuestión*.

Es conocido, sin embargo, el *acercamiento*¹²⁶ que se ha producido en la práctica en el ámbito comparado entre ambos modelos teó-

¹²³ La primera característica del poder judicial, entre todos los pueblos, es la de servir de árbitro. Para que tenga lugar la actuación de los tribunales, *es indispensable que haya litigio*. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una demanda, el poder judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella... Cuando se pronuncia sobre una ley *sin partir de un litigio*, se sale completamente de su círculo para invadir el del poder legislativo” (cursiva mía). Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1995, p. 106.

¹²⁴ “Los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales... En los Estados Unidos, la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley; es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente es, *en cierto modo, el derecho natural del magistrado*... Cuando se invoca ante los Tribunales de los Estados Unidos una ley que el juez estime contraria a la Constitución, puede rehusar aplicarla. Ése es el único poder privativo del magistrado norteamericano y una gran influencia política dimana de él” (cursiva mía). Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, nota 123, pp. 107 y 108.

¹²⁵ “La segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales... Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo. Se transforma en algo más importante todavía, y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al poder judicial”. Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, nota 123, p. 107.

¹²⁶ Al respecto, véase el reciente trabajo de Fernández Segado, Francisco, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinarsi dei sistemi americano ed europeo-kelseniano/La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progressiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Librería Bonomo Editrice, Bolonia, Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, 2003, quien destaca que a partir de la segunda posguerra mundial el “proceso relativizador” de la bipolaridad “sistemas concentrados-difusos” “se acentuará de modo notable” con una tendencia clara a la convergencia, y una “centralidad” clara del modelo americano, constatando hoy “la absoluta imposibilidad de reconducir los muy heterogéneos

ricos,¹²⁷ hoy teleológicamente convergentes,¹²⁸ al menos en un séptuple aspecto:

a) Por una parte, en algunos sistemas de control concentrado de la constitucionalidad se han insertado *elementos de algún modo difusos*, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, introducida en los ordenamientos austriaco —ya en la reforma de 1929—, italiano, alemán, belga¹²⁹ y español, y que supone que el juez o tribunal que ha de aplicar al caso de que esté conociendo una ley que estime inconstitucional, ha de suspender el procedimiento y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional, para que sea éste el que se pronuncie, con carácter vinculante, sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.

b) En otros sistemas con un control concentrado de la constitucionalidad se admite una *legitimación popular*, al margen de todo interés

y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la que dimanar algunas otras” (*judicial review*/sistema kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*). Sobre las distintas combinaciones posibles de mixtura, véase la exposición de Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2004, pp. 34 y ss.

¹²⁷ Como dice Cascajo Castro, “ocurre, sin embargo, en la práctica, que la citada distinción de sistemas pierde el rigor doctrinal con que suele ser trazada. Modelos actuales de justicia constitucional demuestran la posibilidad de superar distinciones entre aspectos subjetivos, modales y funcionales que se consideraban conceptualmente diversos”. Cascajo Castro, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 21. También García Belaunde pone de relieve la existencia, junto al modelo concentrado y el difuso, de otros modelos *derivados*, que “tienen, si se quiere, un menor valor creativo pero responden a las necesidades de los pueblos y así se han consagrado en diversos ordenamientos positivos” y dentro de los derivados distingue, a su vez, entre los mixtos y los duales o paralelos. García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núms. 181-182, t. XLII, enero-abril de 1992, p. 64. Esta última distinción ha sido acogida por otros autores, como Gerardo Eto Cruz, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo (Perú), Ediciones Derecho y Sociedad, 1992, pp. 22 y ss.

¹²⁸ Tomás y Valiente, Francisco, “El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, en su libro recopilatorio *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 53.

¹²⁹ Sobre la naturaleza de la Corte de Arbitraje belga como verdadero Tribunal Constitucional, puede verse Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. *Las Constituciones modernas*, trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, p. 576.

concreto, para impugnar directamente ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una determinada ley.

c) En algunas ocasiones, y es el caso de Colombia o México, el control abstracto de un órgano supremo (Corte de Constitucionalidad colombiana o Suprema Corte de Justicia mexicana) se combina con la facultad del juez, de cualquier juez (por medio, por ejemplo, de la acción de amparo mexicana o de la acción de tutela colombiana) de desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional. Son los llamados *sistemas mixtos de control de la constitucionalidad*. Una modalidad especial serían acaso los que García Belaunde llama sistemas duales o paralelos, como es el caso de Perú ante todo, en los que no hay mixtura o simbiosis, sino una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo, que no se cruzan ni se oponen en lo esencial.¹³⁰

d) Ha consistido también esa convergencia, en cuarto lugar, en la concentración de la fiscalización constitucional de las leyes, no en un órgano *ad hoc*, sino en el órgano superior de la jurisdicción ordinaria: el Tribunal Supremo o Suprema Corte, correspondiendo el conocimiento de la cuestión bien al pleno (Panamá, Honduras) bien a una Sala de lo Constitucional (Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Venezuela).

e) Un importante elemento de convergencia es también la *eficacia general* que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad en virtud del principio *stare decisis*, que rige en los países de tradición anglosajona y que lleva, no al simple efecto de desaplicación de la ley en el caso concreto pero con posibilidad de aplicación de otros casos sino que a lo que conduce es a que la ley, aunque permanezca todavía *on the books*, se transforme en *a dead law*.¹³¹ En otros países con control difuso —concretamente en los de tradición de derecho romano— esa unificación se ha logrado por medio de otros correctivos más o menos

¹³⁰ García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 28 y 133 y ss.

¹³¹ Este efecto del *stare decisis* ha sido precisamente lo que ha permitido al Tribunal Supremo de Estados Unidos desempeñar un papel tan relevante en el ámbito político, a juicio de Biscaretti. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo"*. *Le Costituzione moderne*, Milán, Giuffrè, 1988, p. 714.

parecidos (la obligatoriedad del precedente con respecto al amparo en México; o el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en Argentina y Brasil, por ejemplo).¹³²

f) Otro elemento de convergencia viene dado por la posibilidad de que el Tribunal Supremo (al menos en Estados Unidos) pueda excepcionalmente declarar la *inconstitucionalidad* de una ley *on its face*, en sí misma considerada, lo que no por excepcional deja de ser un rasgo de aproximación.

g) Y en último lugar, debe señalarse que si, inicialmente, el sistema norteamericano se caracteriza por la eficacia retroactiva o *ex tunc* de sus sentencias estimatorias (de la inconstitucionalidad) y el sistema europeo por la irretroactividad de las mismas (efectos *ex nunc*), en la práctica también en este terreno se ha producido un *acercamiento*. Por una parte, la Suprema Corte norteamericana, desde hace ya más de tres décadas, admite la eficacia *pro futuro* (sólo para el futuro) de sus sentencias, en determinadas condiciones especiales; y, por otra parte, los modernos tribunales constitucionales declaran la inconstitucionalidad de las leyes con efecto retroactivo (eficacia *ex tunc*), si bien esa retroactividad suele conocer límites constitucionales o legales (la cosa juzgada, ante todo, salvo en materia penal, cuando sea más favorable al reo) y además, puede resultar relativizada en la práctica por medio de todo un arsenal tipológico de sentencias que han ido desarrollando los tribunales constitucionales más consagrados, a veces con apoyo en la ley (*secundum legem*), pero la mayor parte de las veces al margen de ella (*extra legem*), o incluso contra ella (*contra legem*), según algunos.

II. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. ESBOZO

Es el artículo 105, II de la Constitución mexicana el que atribuye, tras la reforma de 1994, al más alto órgano jurisdiccional de la nación la competencia para conocer —sólo a instancia de alguno de los órganos o fracciones de órganos especialmente legitimados— de cualquier “posi-

¹³² Un estudio de estas técnicas puede verse en Allan R. Brewer-Carías, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo (coords.), *op. cit.*, nota 12, pp. 131-158.

ble contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”, estableciéndose originariamente una única excepción: “la materia electoral”, si bien una nueva y recientísima reforma constitucional de 22 de agosto de 1996, después de una amplia y fundada polémica en la que llegó a intervenir la propia Suprema Corte en una actuación acaso poco afortunada, ha eliminado tal excepción y ha regulado de manera frontal la posibilidad de impugnar las leyes o disposiciones generales de naturaleza electoral.

Es el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad una competencia exclusiva de la Suprema Corte, pues si no lo dice así el artículo 105, sí que lo proclama de manera expresa el artículo 104 cuando, al determinar las competencias de los tribunales de la Federación, establece entre ellas, en su número IV, “las acciones a que se refiere el artículo 105”, que no son otras que las acciones de inconstitucionalidad y que “serán de conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” (artículo 103.IV), bien es cierto que sólo “en los términos que señale la ley reglamentaria” (artículo 105 constitucional), previsión esta última que, en todo caso, y como resulta obvio, no puede ser interpretada ni mucho menos como una remisión en blanco al legislador.

Esta atribución del conocimiento de la acción de inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia en exclusiva *no significa* que se atribuya a un único tribunal el denominado, por la doctrina germana, “*monopolio de rechazo*” (*Verwerfungsmonopol*),¹³³ de tal modo que la Suprema Corte, y sólo ella, pueda declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Lejos de ello, todos los jueces y tribunales de la Federación (civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales), y la propia Suprema Corte entre ellos, siguen siendo competentes, no para declarar la inconstitucionalidad de las leyes ni pronunciarse con carácter general sobre su

¹³³ Como en Alemania precisa Hesse, “si al Tribunal Constitucional Federal le corresponde en el marco del control normativo abstracto un monopolio completo de *examen y rechazo* (*Prüfungs- und Verwerfungsmonopol*), su monopolio en el marco del control normativo concreto se limita al *rechazo* de las normas jurídicas” (cursiva mía), pues *todo tribunal* “que tenga que decidir un caso concreto, viene obligado, conforme a su vinculación a la Constitución y a la ley, al *examen* de si las normas jurídicas, en las que se funde la resolución del caso, son válidas”, con lo cual el examen de la constitucionalidad no es privativo del Tribunal Constitucional, aunque sí que lo es el rechazo (eventual) de la ley por inconstitucional. Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 17, p. 268.

constitucionalidad, pero sí para inaplicarlas al caso concreto¹³⁴ cuando estimen que son inconstitucionales.¹³⁵

En algunos países europeos (Austria, Italia, Alemania, Bélgica y España, principalmente; no en Francia, Suiza ni Portugal), este “monopolio de rechazo” se había combinado con la posibilidad de que el juez que discrepe (*Meinungsverschiedenheiten*) o que tenga “dudas” (*Zweifel*)¹³⁶ sobre la constitucionalidad de las normas (fórmula austriaca, alemana, española y andorrana) o que, según la fórmula italiana, no considere “manifiestamente infundada” (*manifestamente infondata*) la alegación de inconstitucionalidad de una de las partes, planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.¹³⁷

En otros países, como Portugal y varios latinoamericanos (como Colombia, o México por ejemplo), se había optado por una tercera vía, en algún sentido parecida, pero que en todo caso supone, aquí sí, una quiebra decidida del “monopolio de rechazo”.¹³⁸ Esta *tercera vía*

¹³⁴ En efecto, conforme a la LOPJF, los jueces de distrito de amparo —sea en materia penal (artículo 51.III), administrativa (52.III), civil (artículo 54.III) o laboral (artículo 55.III)— “conocerán... de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general” en la materia de su competencia (civil, penal, administrativa o laboral), “en los términos de la Ley de Amparo”.

¹³⁵ Precisamente en esta competencia tradicional de los jueces y tribunales federales (no de los estatales) mexicanos, ve Grant una semejanza entre el sistema mexicano y el americano, subrayando cómo “las cortes de ambos países no deciden directamente sobre la validez de las leyes y no anulan las que encuentran ser inconstitucionales. Por el contrario, la sentencia es obligatoria sólo para las partes interesadas en el caso. La ley misma permanece en las compilaciones de leyes, y puede servir de base, o ser mantenida en vigor contra otros, a menos que su validez haya sido puesta en litigio otra vez”. Clifford Grant, James Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963, p. 62. Kelsen interpreta esta inaplicabilidad por todos los jueces (norteamericanos) de las leyes inconstitucionales en los siguientes términos: “El hecho de que el órgano que aplica las leyes declare que una norma general es inconstitucional y no la aplique en un caso dado, significa que este órgano está autorizado a invalidar la norma general en un caso concreto, pues la norma como tal —la ley, el reglamento— conserva su validez y puede, por tanto, ser aplicada en otros casos”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 217.

¹³⁶ Konrad Hesse, *op. cit.*, nota 17, p. 267.

¹³⁷ Ello es lo que lleva precisamente al profesor Fernández Segado, en España, a sostener que “no se trata, desde luego, de un monopolio riguroso”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 43, p. 76.

¹³⁸ En realidad en México habría que distinguir entre: a) el control concreto de la constitucionalidad: no hay monopolio, ni de examen ni de rechazo, de la Suprema

puede decirse que es la que se ha seguido en la nueva regulación constitucional mexicana. Consiste en una *combinación de un control de la constitucionalidad de tipo abstracto* (1), *concentrado* en la Suprema Corte de Justicia (2), instado siempre por órganos políticos (3), limitado en el tiempo (4), y de efectos generales (5); y *otro control de la constitucionalidad de tipo concreto o incidental* (1), *difuso*¹³⁹ (2), instado por cualquier ciudadano afectado en sus derechos (3), temporalmente ilimitado (4) y cuya sentencia, conforme a la “fórmula Otero”, sólo produce efectos respecto de las partes en litigio (5). Resulta así un verdadero sistema mixto, que no es por lo demás absolutamente novedoso pues, como ya se ha adelantado, ése es también aproximadamente el caso de Colombia, Perú, Brasil, Costa Rica,¹⁴⁰ Chile (aunque limitadamente),¹⁴¹ El Salvador, Guatemala y de otros varios países latinoamericanos.

De la exposición inmediatamente precedente se deduce, en lo que ahora importa, que si bien ambos tipos de control de la constitucionalidad instaurados en México coinciden en ser un mecanismo de garantía o defensa de la Constitución mediante el control normativo (y no cabe duda que es una coincidencia de gran importancia), difieren casi en todo lo demás, es decir, en el modo en que se articula ese control normativo, siendo fundamentalmente cinco los puntos divergentes en este último aspecto, de los cuales conviene ahora dejar destacado el referido al plazo de ejercicio, que constituye una importante limitación del control abstracto, tema sobre el que después volveremos.

Pero aun con esa notable limitación temporal (y hay, por cierto, alguna limitación más grave) del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por los órganos legitimados, no puede dudarse de la trascendencia que tiene, o puede llegar a tener este instrumento procesal. La acción de inconstitucionalidad es, en efecto, un mecanismo que se ha revelado

Corte, sino que es una competencia de todos los tribunales federales; b) el control abstracto de la constitucionalidad: la Suprema Corte tiene el monopolio tanto de examen como de rechazo.

¹³⁹ Aunque sólo parcialmente pues únicamente los jueces federales pueden inaplicar las leyes y no, como en Estados Unidos, todos los jueces y tribunales, hasta un simple juez de paz.

¹⁴⁰ Aunque es cuestión discutida: véase Hernández Valle, Rubén, “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1997, p. 90.

¹⁴¹ Gómez Bernaldes, Gastón, “La justicia constitucional en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 127 y ss.

como sumamente útil para hacer respetar al legislador la *Magna Lex*, además de que sus efectos generales hacen que una eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de la disposición legal equivalga a la derogación pura y simple de la misma, y sus efectos no se limiten, por consiguiente, a un proceso concreto.¹⁴²

Digamos que entre uno y otro sistema de control de la constitucionalidad no sólo hay esas importantes *diferencias estructurales*, sino que además, y precisamente como lógica consecuencia de esa diversa articulación estructural del proceso, uno y otro sistema de control parece que han de *jugar papeles bien diversos*. Sin perjuicio de que puedan darse ciertos casos en que no sea así, todo parece indicar que, en principio, el control abstracto por medio de la acción de inconstitucionalidad ha de desembocar en un control de la constitucionalidad *cualitativamente* superior, por decirlo de alguna manera, al control incidental realizado por todos los jueces federales y, en último término, por la propia Suprema Corte.

Entiéndase esto en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad sólo va a ser ejercitada (por alguno de los escasos órganos políticos legitimados) en *aquellas hipótesis más graves de inconstitucionalidad, y más polémicas también en términos políticos*, lo cual es una experiencia general en el derecho comparado¹⁴³ y se deriva de la estructuración misma del proceso.

El control incidental, por el contrario, seguirá siendo sin ningún género de dudas la vía más utilizada y probablemente también la que lleve en mayor número de ocasiones a la Suprema Corte a declarar inconstitucionales determinados preceptos legales, aunque se tratará por lo general de supuestos menos controvertidos políticamente, pero que permitirán en cualquier caso al órgano de la constitucionalidad desarrollar con mayor eficacia y tranquilidad su función de depuración del

¹⁴² No puede ignorarse, sin embargo, que las actuales Cortes Constitucionales —y esto es aplicable también, en principio, a la Suprema Corte mexicana como juez de la Constitución— disponen de un auténtico arsenal de mecanismos mucho más sutiles, pero no menos eficaces para su tarea última —la defensa de la Constitución— que la declaración de inconstitucionalidad, complejo tema éste en el que nos detendremos más adelante.

¹⁴³ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, traducción de Macarena von Carsten y José Miguel Jiménez, en el colectivo Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de derecho constitucional*, edición y revisión de las traducciones de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, p. 836; Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 276.

ordenamiento y adecuación del texto constitucional a la cambiante realidad política y social.

Sobre la acción de inconstitucionalidad centraremos en adelante nuestras reflexiones, en cuanto que constituye el objeto de la presente investigación, sin perjuicio de aludir en un momento ulterior a los problemas de coordinación del control abstracto y concentrado de la constitucionalidad con el control concreto y difuso. Pero antes de entrar en el detallado estudio de la concreta configuración positiva que el instituto ha recibido en México, resulta inexcusable aludir, en primer lugar, a los orígenes del mismo, así como a su expansión en el ámbito comparado (a); en segundo lugar, a una cuestión terminológica sobre si es más exacto hablar de acción o de recurso de inconstitucionalidad (b); y en tercero y último lugar, al concepto de control abstracto de constitucionalidad, desarrollado fundamentalmente en la doctrina germana, así como a los riesgos que de un control de este tipo pueden derivarse y ello en cuanto que el control promovido por medio de la vía procesal recién instaurada en México que es la acción de inconstitucionalidad va a ser un control abstracto de la constitucionalidad, justamente.

III. ORIGEN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y ANÁLISIS GLOBAL DE SU EXPANSIÓN EN EL ÁMBITO COMPARADO

1. *Algunos antecedentes: Venezuela, Colombia. El caso checoslovaco*

No es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad, sin aludir a uno de los más geniales juristas europeos del siglo pasado: Hans Kelsen, quien fue en último término el responsable intelectual de la creación, a partir de una cierta “racionalización”¹⁴⁴ del sistema

¹⁴⁴ Como el propio Kelsen reconoce, “fue especialmente la experiencia constitucional de los Estados Unidos la que influyó en la forma como se ha regulado esta cuestión en la Constitución austriaca”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, pp. 213-231, en concreto, p. 226.

La idea del sistema austriaco como “racionalización” puede verse en Sánchez Agesta, Luis, “La Justicia Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 6, invierno de 1982-1983, p. 18; Vega, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 18; La Pergola, Antonio, “Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal”, en el libro en homenaje a Mortati, *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Sritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obbiettivo*), Giuffrè-

americano de control de la constitucionalidad, de los tribunales constitucionales como jurisdicción constitucional especializada, cuya competencia más característica iba a ser precisamente la de conocer de los procesos incoados mediante las “acciones de inconstitucionalidad”,¹⁴⁵ o, si se prefiere, en terminología germánica, de los procesos de control *normativo* abstracto de la constitucionalidad.

Y la contribución del jurista de la escuela de Viena no se ciñó en modo alguno al plano intelectual, sino que ante todo tuvo Kelsen una participación activa decisiva en la elaboración de la Constitución austriaca de 1920, hasta el punto de que ésta se redactó sobre la base del Proyecto constitucional por él elaborado por encargo del Ejecutivo.¹⁴⁶ Y como es sabido, fue ese texto constitucional, conocido como *Oktober-verfassung*, el que introdujo el instituto en cuestión en el mundo de las realidades constitucionales, tal y como hoy lo conocemos.

No obstante, ha de señalarse que en ocasiones ha tratado de verse el origen de la acción de inconstitucionalidad, no en la Constitución austriaca de 1920, sino en otros textos constitucionales anteriores. Creo, sin embargo, que no es factible buscar en esos textos constitucionales el origen de la acción de inconstitucionalidad tal y como es hoy conocida, y ello sin perjuicio de reconocer el valor que puedan tener como antecedentes o como experiencias reveladoras de una sensibilidad parecida (así como de una tendencia racionalizadora del sistema americano). Ese origen está, sin duda alguna, en la Constitución austriaca de 20 de octubre de 1920. Veamos, antes de referirnos a ella más detenidamente y a la concepción que la inspiró, los precedentes en que ha tratado en ocasiones de verse el origen de la acción de inconstitucionalidad:

Università di Roma, 1977, p. 661; y Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, p. 118, quien alude a la “real o supuesta” racionalización. Es un verdadero lugar común.

¹⁴⁵ Sobre los motivos que hacían en Europa al sistema difuso no sólo poco aconsejable sino también de escasas posibilidades de éxito, entre una vastísima bibliografía puede verse Cappelletti, Mauro, “Análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil *subjetivo*”, en su libro recopilatorio *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 68 y ss. Y sobre la vigencia todavía hoy, si bien con menor intensidad, de esos motivos, *idem*, “Justicia constitucional supranacional (El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional)”, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

¹⁴⁶ Walter, Robert y Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Viena, Manzsche, 1980, p. 20.

A. Por una parte, algunos autores han tratado de encontrar el origen del instituto en el siglo pasado, en *Colombia* y *Venezuela* concretamente. Así, Ayala Corao, categóricamente, afirma que “la Constitución venezolana de 1858 fue la primera en consagrar el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes” y lo hizo nada menos que “setenta años antes de que Hans Kelsen expusiera en Europa su tesis sobre el particular”.¹⁴⁷ Y también se ha señalado, como posible origen, la acción popular (“acción ciudadana”) de inconstitucionalidad instaurada en Colombia por la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales,¹⁴⁸ siguiendo por lo demás la senda de la *staatsrechtliche Verfassungsbeschwerde* establecida por la Constitución suiza de 1848.

Es lo cierto, sin embargo, que en tales antecedentes —como Cruz Villalón recuerda— no hay obviamente un órgano *ad hoc* de control de la constitucionalidad,¹⁴⁹ a lo que añadiríamos, por nuestra parte, otros datos de cierta relevancia: por una parte, que la legitimación se otorga a “cualquier ciudadano”, a diferencia de la técnica de la *Organklage*, que caracterizará patentemente al instrumento procesal kelseniano de control de la constitucionalidad; y por otra parte, que se trata de una acción ejercitable única y exclusivamente frente a actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales o locales, y nunca frente a leyes de ámbito estatal o federal.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Ayala Corao, Carlos M., “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 381.

¹⁴⁸ Ortiz, Julio César, “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIV, núm. 71, mayo-agosto de 1991, pp. 489 y ss. “Por esto, dentro de la tradición de nuestros juristas, resulta extraño que el único vocero de la ciencia política y del derecho que predica en Europa la necesidad de establecer el control concentrado o austriaco como válido para toda América Latina, el ilustre procesalista Mauro Cappelletti, no se haya percatado de que el sistema que él propone surgió como modelo apenas secundario o derivado más de un siglo después de que en nuestro medio se haya implantado el sistema americano y después de la consolidación del arraigado sistema de Colombia” (p. 490).

¹⁴⁹ Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 116 y la doctrina allí citada.

¹⁵⁰ Limitación ésta que afectaba también, por cierto, al *staatsrechtliche Beschwerde* o *recours de droit public* suizo, que se aplica sólo frente a leyes cantonales.

Habría que decir, en fin, que, si bien puede discutirse si nos encontramos en este supuesto ante un precedente de la acción de inconstitucionalidad (y pienso que, efectivamente, lo es), lo que, en todo caso, está fuera de toda duda, es que no es ese el origen de la misma tal y como es conocida hoy en los modernos sistemas de justicia constitucional, sino que su origen en sentido propio se encuentra en el Tribunal Constitucional austriaco instaurado por la Constitución de 1920, sin que haya habido ninguna influencia probada del precedente venezolano ni en Kelsen, ni en el proceso de elaboración de la mentada Constitución. La estructura de la acción, por lo demás, presenta, en el pensamiento kelseniano características propias y diferenciadas de las que existieron en Colombia y Venezuela (especialmente la legitimación restringida), todo ello al margen ya de la eficacia de unas y otras, bien distinta por cierto.

B. Por otra parte, junto al modelo austriaco, podría aludirse al ejemplo —casi sincrónico, pero en realidad unos meses anterior— de *Checoslovaquia*, que no con poca frecuencia es preterido como antecedente y al que la doctrina austriaca trata de “restar importancia”.¹⁵¹ Con todo, no puede ignorarse que hay razones de peso que explican y justifican ese relativo “desinterés”, referidas especialmente a la “eficacia y capacidad de perfeccionamiento” del sistema austriaco por contraposición al checoslovaco,¹⁵² y su experiencia prolongada en el tiempo, así como a la labor “de teorización, de divulgación y, no en último término, de participación directa de Hans Kelsen”.¹⁵³

No deja asimismo de ser significativo que el Tribunal Constitucional checoslovaco no haya tenido oportunidad de ejercer el control de constitucionalidad, ni haya tampoco creado ninguna jurisprudencia en sus dieciocho años de existencia formal, si bien sí se llegaron a plantear dos acciones de inconstitucionalidad ante él, nunca resueltas.¹⁵⁴ Por ello,

¹⁵¹ Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 149, pp. 286-287.

¹⁵² Ya en 1931 Kelsen reprochaba a Schmitt que no descendiese de las alturas de su abstracción y pasase así por alto “el hecho de que existe un Estado —a saber, Austria— en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado”. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción y notas de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 31.

¹⁵³ Cruz Villalón, Pedro, *cit.*, nota 149, p. 118.

¹⁵⁴ Enelhardt, Dieter, “Das richterliche Prüfungsrecht im Modernen Verfassungstaat”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 8, 1959, p. 118. Junto a esto, ya el propio jurista mexicano Reyes subrayaba cómo “ella (la teoría de Kelsen)

no creemos exagerado afirmar que su contribución al desarrollo del modelo europeo de jurisdicción constitucional es pequeño, en especial frente a la importante actividad de su homólogo austriaco ya en los años veinte del pasado siglo.

2. *La Constitución austriaca de 1920 y la concepción kelseniana del tribunal constitucional. Expansión y evolución del modelo*

Centrándonos ya, pues, en el sistema austriaco, como verdadero origen de la acción de inconstitucionalidad, se hace precisa la referencia a tres momentos evolutivos diversos:

a) En primer lugar, hay que mencionar la Ley austriaca de 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios Kelsen tuvo un papel decisivo, y que implantó en Austria un Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Ahora bien, la importancia de esa ley, a efectos del control normativo de la constitucionalidad, “se agota en el nombre de este Tribunal: por vez primera se crea un Tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional”, pero que no se trata en todo caso de un tribunal de control de normas (*Prüfungshof*), por cuanto que no se contempla su función de control de la constitucionalidad de las leyes. Y si bien en la exposición de motivos de la ley, cuya redacción se debe al propio Kelsen, se reservaba la creación de un tribunal “al servicio de la Constitución en todas direcciones” a la Asamblea Nacional Constituyente, lo cierto y verdad es que, hasta que ésta tuvo lugar, la situación en cuanto al control de la constitucionalidad “seguía siendo la misma que bajo el Imperio: prohibición absoluta del control judicial de las leyes correctamente promulgadas”.¹⁵⁵

inspiró leyes provisionales de Austria anteriores a la Constitución checoslovaca; por eso, aun cuando ésta sea en unos meses anterior a la austriaca, el sistema se llama fundamentalmente ‘austriaco’”. Reyes, Rodolfo, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, p. 46. Otokar Flanderka, por su parte, concluye el estudio histórico de los antecedentes del tribunal constitucional en su tesis doctoral leída en 1926 (*Le controle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie*, Université de Paris, 1926, p. 34) del siguiente modo: “Quosqu’il en soit, il est vraisemblable que l’exemple de la nouvelle République autrichienne joint aux souvenirs laissés par les ordonnances impériales de l’ancienne monarchie, soit à l’origine de la création para les constituants tchécoslovaques d’un Tribunal Constitutionnel”.

¹⁵⁵ Seguimos a Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 149, pp. 249 y 250.

b) No obstante, la Ley Constitucional de Representación Nacional de 14 de marzo de 1919 introduce un control *previo* de la constitucionalidad de las leyes de los *Länder* por razón de la competencia, a instancias del gobierno federal, correspondiendo al Tribunal Constitucional conocer de la impugnación. Este control de la constitucionalidad, concentrado en el Tribunal Constitucional, no sólo es el primer control normativo que existió en Austria, sino también el punto de partida de la configuración, apenas un año después, por la *Oktoberverfassung* de una jurisdicción constitucional especializada. Este control nacía con unas limitaciones, básicamente las siguientes: a) ante todo, se trataba de un control previo: sólo podían impugnarse proyectos de ley, nunca leyes válidamente aprobadas; b) sólo podían impugnarse proyectos legislativos de los *Länder*, nunca de la Federación; c) era un control competencial, concretamente de la competencia legislativa de los *Länder*. Pero aun con esas limitaciones, y a pesar de responder a una estructura y una configuración bien distinta de la que se plasmaría en la Constitución austriaca de 1920, marca una tendencia clara hacia el sistema finalmente consagrado.

c) Un tercer y último momento en esta evolución viene constituido por la *consagración formal de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal, conocido como tribunal constitucional*, y que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes. La premisa teórico-jurídica de este Tribunal es la concepción del ordenamiento jurídico como una suerte de pirámide normativa, de forma tal que la jerarquía normativa se garantiza por medio del control de conformidad de las normas de rango inferior con las de grado superior.¹⁵⁶ El tribunal constitucional no es más que un instrumento técnico al servicio de esa idea, siendo su función la de llevar a cabo el control de conformidad de las leyes con la Constitución en cuanto que *Norma Normarum*.

Los términos literales en que quedó consagrado dicho control de constitucionalidad en la Constitución austriaca de 1920 fueron los siguientes:

¹⁵⁶ Giovannelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milán, Giuffrè, 1983, especialmente pp. 236-313 (“*Verfassungsgerichtbarkeit kelseniana e Corte Costituzionale*”).

Artículo 140. 1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de Land a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

2. El recurso (*Antrag*) mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente (*Antragsteller*) debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de Land o federal.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una Ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente de Land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder de los seis meses.

Pero, en cualquier caso, no se trata aquí tanto de referirse a la regulación concreta por la que el control abstracto de la constitucionalidad, tal y como hoy es conocido, se introdujo en el moderno constitucionalismo, cuanto de aludir a la doctrina de quien no sólo fue en muy buena medida su autor y creador intelectual sino también, indiscutiblemente, su más conocido teórico y divulgador.

Debemos, en esa línea, empezar señalando cómo el *cambio puramente estructural, operado por el sistema austriaco-kelseniano, de concentrar la jurisdicción constitucional en un solo tribunal* “esconde en realidad una almendra bastante más profunda”.¹⁵⁷ Y es que Kelsen concebirá, en efecto, al tribunal constitucional no como un verdadero tribunal, pues lo “característico de éstos es aplicar una norma previa a hechos concretos,¹⁵⁸ de los que el Tribunal Constitucional sin embargo no conoce, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley”.

¹⁵⁷ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 43.

¹⁵⁸ No obstante, véase Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, pp. 24 y ss.

El Tribunal Constitucional es, para Kelsen, un legislador negativo¹⁵⁹ pues, aunque se organiza en forma de tribunal, “no ejercita en realidad una verdadera función jurisdiccional”, y ello porque la anulación de una ley significa establecer “una norma general, puesto que tal anulación tiene el mismo carácter de generalidad de la formación de la ley, siendo por así decirlo una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa”.¹⁶⁰

Esta concepción del *tribunal constitucional como “legislador negativo”* lleva a Kelsen a hablar, congruentemente, de una verdadera “división del poder legislativo en dos órganos”:¹⁶¹ el Parlamento, que tiene “la iniciativa de las leyes; y el Tribunal Constitucional, que tiene una facultad de eliminar las leyes que contradigan la Constitución. Ahora bien, Kelsen hace la importante precisión de que el Poder Legislativo del Tribunal es meramente negativo, lo que lleva a una *doble consecuencia*”:

a) Por una parte, que *carezca de la “libre creación que caracteriza a la actividad legislativa”*, ya que la anulación de una ley es “esencialmente” “aplicación de las normas de la Constitución”;¹⁶²

b) Y, por otro lado, tiene como consecuencia que el tribunal constitucional no pueda actuar *nunca de oficio* (no tiene iniciativa legislativa), sino únicamente a instancia de parte,¹⁶³ es decir, siempre que previamente esas normas sean impugnadas por los órganos políticos legitimados para ello o, a lo sumo, según admite posteriormente y se

¹⁵⁹ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en el libro recopilatorio Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, traducción de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio La Pergola, Milán, Giuffrè, 1981, p. 174; *idem*, *op. cit.*, nota 152, p. 37. Como nos dice Gomes Canotilho, en la concepción kelseniana, el control de constitucionalidad no es propiamente una *fiscalización judicial*, sino una *función constitucional autónoma que tendencialmente se puede caracterizar como función de legislación negativa*, y ello incluso una vez que se reconoce a ciertos órganos jurisdiccionales la facultad de plantear al Tribunal Constitucional la constitucionalidad de cualquier ley, pues, incluso en tales casos, el Tribunal no conoce de ningún caso concreto (que queda reservado a la apreciación del tribunal *a quo*) ni desenvuelve tampoco ninguna actividad judicial. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 965.

¹⁶⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 173.

¹⁶¹ *Ibidem*. Considera por ello “carente de importancia” determinar si el Tribunal Constitucional puede ser verdaderamente un tribunal (p. 174).

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 196.

consagrará constitucionalmente en la reforma constitucional austriaca de 1929, por los tribunales (superiores) con facultades de plantear ante el tribunal constitucional la constitucionalidad de una norma que tengan que aplicar a un caso de que están conociendo.

Y la función del Tribunal Constitucional no es para Kelsen una función judicial en sentido estricto,¹⁶⁴ ni el Tribunal Constitucional propiamente un tribunal, en cuanto que no conoce de ningún caso particular con intereses concretos de las partes, pues incluso en las hipótesis en que, sólo tras la reforma de 1929, esos casos concretos —con intereses contrapuestos de las partes— existen, su conocimiento queda reservado al tribunal *a quo*. El control de constitucionalidad, concluirá Kelsen un conocido artículo publicado ya en 1942, “es una función legislativa y no meramente judicial”.¹⁶⁵ Y ello es así porque el Tribunal Constitucional, en la originaria concepción kelseniana, sólo conoce, en abstracto —desligado, pues, de casos e intereses concretos—, de la compatibilidad o incompatibilidad lógica de dos normas igualmente abstractas, que son la Constitución, como norma superior, y la ley, como norma subordinada.

Esa concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como un legislador negativo y de su actividad como una verdadera intervención en el Poder Legislativo (*Eingriff in die gesetzgebende Gewalt*), tiene, además de las consecuencias a que nos hemos referido con anterioridad, una *doble implicación* respecto de las declaraciones de inconstitucionalidad de ese Alto Tribunal:

a) Tales declaraciones han de tener *valor constitutivo y no declarativo*, por lo que producen sus efectos para el futuro, nunca retroactivamente y ello porque toda ley, en tanto no es declarada inconstitucional

¹⁶⁴ Como dice García de Enterría, en la concepción de Kelsen “el Tribunal Constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del poder judicial, puesto que no aplica normas previas a hechos concretos, sino en cuanto que limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles, es un órgano legislativo, un órgano que abroga leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales, fuerza *erga omnes* que tiene, pues, una naturaleza puramente legislativa. Es, en consecuencia, el Tribunal Constitucional un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo, dice Kelsen”. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1979, p. 132.

¹⁶⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 122, p. 231.

por el Tribunal Constitucional, es absolutamente válida, motivo por el cual precisamente no puede ser inaplicable por los jueces, quienes sólo podrán, y aun deberán, “inaplicarla” (en cuanto que ya nula) una vez que se haya producido aquella declaración por el Tribunal Constitucional, verdadera derogación por el legislador negativo.

De ello se deriva que el vicio de inconstitucionalidad es un vicio de anulabilidad, no de nulidad; la ley no es nula en tanto el Tribunal Constitucional no interviene y así lo declara expresamente, derogándola. El Tribunal Constitucional, como pone de relieve Cappelletti,¹⁶⁶ no declara una nulidad, sino que anula, casa (*aufhebt*) una ley que, hasta el momento en el cual se publica el pronunciamiento del Alto Tribunal, es válida y eficaz.

b) La declaración de inconstitucionalidad tiene siempre *efectos generales* (*Allgemeinwirkung*), como es propio de las leyes. Más aún, dirá Kelsen, tienen una verdadera “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*).¹⁶⁷

La instauración por la Constitución austriaca de 1920 (*Oktoberverfassung*) de un Tribunal Constitucional autónomo es tributaria, ante todo, de la decidida y activa participación de Kelsen en la elaboración de la Constitución austriaca de 19 de octubre de 1920 —de hecho ésta se redactó, como ya se ha señalado, sobre la base del Proyecto constitucional elaborado por el jurista vienés por encargo del Ejecutivo—,¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 145, pp. 100 y 101.

¹⁶⁷ Tal y como se establece hoy en el derecho positivo alemán. Sobre este tema, uno de los mejores estudios continúa siendo el de Klaus Vogel, “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en el colectivo Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, t. I, pp. 612 y 613. Otro más reciente, con un estudio de las (poco —y a veces, mal— conocidas) raíces históricas y origen del concepto de fuerza de ley, y en el que se afirma abiertamente que lo que por “fuerza de ley” ha de entenderse es algo que permanece poco claro hasta el día de hoy en el derecho constitucional alemán, es el de Klaus Rennert, “Historisches zur Bindungswirkung und Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Der Staat*, t. 32, núm. 4, 1993, pp. 527 y ss.

¹⁶⁸ Tal y como nos recuerda el propio Hans Kelsen, *op. cit.*, nota 159, p. 145. Por lo demás, Kelsen fue electo miembro titular del Tribunal Constitucional en su primera composición, y más adelante fue relator permanente, jugando un papel relevante en su actividad jurisprudencial, jurisprudencia a través de la que dicho Tribunal, como el mismo Kelsen nos recuerda, entró en un conflicto con el gobierno, “que puso en peligro su existencia” misma. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 74. A finales de 1929, el Tribunal Constitucional fue reformado, disponiéndose que la elección de sus miembros correspondería

por lo que no puede extrañar que las ideas de Kelsen se plasmasen en la configuración constitucional del Tribunal Constitucional. De este modo, puede decirse, sin miedo a exagerar, que a Kelsen se debe la introducción en el mundo de las realidades constitucionales¹⁶⁹ del que en adelante, con su control de constitucionalidad de “marcado carácter abstracto y objetivo”¹⁷⁰ (iniciado o *provocado* por la acción de inconstitucionalidad), iba a ser conocido como modelo austriaco-kelseniano puro de justicia constitucional, modelo que estaba destinado a experimentar con el tiempo una notable evolución que lo acercará en diversos aspectos al modelo contrapuesto: el norteamericano.¹⁷¹ Aparte de ello,

directamente al gobierno, quedando los jueces vitalicios —entre ellos, Kelsen— separados de sus cargos a partir del 15 de febrero de 1930. Kelsen dejó Austria, pasando a la Universidad de Colonia, donde inició su actividad docente en el verano de 1931. Fue allí donde redactó la última obra que he citado y, en su carácter de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, propuso a Schmitt hacerse cargo de la cátedra de Derecho Público, lo que demuestra la alta consideración del jurista vienés por su colega alemán. Como contrapartida, es de lamentar que Schmitt, en el crítico año de 1933, se negase a interceder contra la expulsión de Kelsen de la Universidad, quien acabaría exiliado en Estados Unidos. Gassió, Guillermo, “Estudio preliminar” a Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. XVI.

¹⁶⁹ Su creación iba a dar lugar a una fuerte polémica, hoy clásica, a la que aquí no podemos referirnos, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos de los mayores juristas del pasado siglo y de todos los tiempos. Sobre ello puede verse Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994. Por cierto, que, en su respuesta a Schmitt, Kelsen dirá que la abstracción y formalismo que se le achaca a la Escuela de Viena no ha impedido a ésta realizar un buen aporte creativo en lo jurídico, como pueda ser, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco, que entonces llevaba ya diez años funcionando. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 32.

¹⁷⁰ Cascajo Castro, José Luis y Gimeno Sendra, Vicente, *op. cit.*, nota 127, p. 25 (la cita que hago corresponde a la parte elaborada por el primer autor).

¹⁷¹ Evolución a nivel mundial, pero también en la propia Austria. En efecto, el sistema, originariamente (en 1920), sólo preveía un control *abstracto* (al margen de toda controversia o litigio concreto), por un tribunal especial (*Verfassungsgerichtshof*) y a iniciativa de determinados órganos políticos (gobierno federal y gobiernos de los *Länder*), mediante una acción especial (*Antrag*). Sin embargo, ya en 1929 se inicia la evolución en la propia Austria, por medio de la importante reforma constitucional de 1929, que introduce un control (limitadamente) concreto de la constitucionalidad, ajeno en principio a este sistema. En efecto, en virtud de dicha reforma constitucional, se otorgó al Tribunal Supremo para lo civil y penal (*Oberster Gerichtshof*), así como al de lo contencioso-administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), la facultad de plantear ante el Tribunal Constitucional la compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución de una ley que es relevante para resolver una concreta controversia (civil, penal, administrativa) de que esos tribunales han de conocer, suspendiendo el correspondiente proceso.

aunque aquí no pueda profundizarse al respecto, hay que tener en cuenta que otras dimensiones del pensamiento kelseniano tuvieron un influjo importante en la configuración y funcionamiento del Tribunal: en especial, la reducción del Estado al derecho, el positivismo jurídico y los llamados “límites inmanentes” del control de constitucionalidad de las leyes.¹⁷²

De la Constitución austriaca, el modelo —especialmente en su configuración tras la reforma de 1929— va a pasar a la Constitución española de 1931,¹⁷³ va a ir siendo aceptado progresivamente por la doctrina constitucional europea y, sobre todo, va a generalizarse a nivel de derecho constitucional positivo a partir de la Segunda Guerra Mundial, siendo *continuo el incremento de países que cuentan con Tribunal Constitucional*, que de hecho han aumentado considerablemente desde la primera edición de esta obra. Sin ánimo exhaustivo, y sin mencionar ya los numerosos tribunales constitucionales regionales (con la excepción de Tucumán),¹⁷⁴ pueden citarse: En *Europa*: Albania, Alemania (y también prácticamente todos sus *Länder*, incluidos los surgidos de la reunificación), Andorra, Austria, Bielorrusia, Bosnia, Bulgaria, Croacia, Hungría,¹⁷⁵ Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Latvia,

¹⁷² Se hace referencia como límites inmanentes a los derivados de la concepción kelseniana de la Constitución, que no debía tener disposiciones que utilizaran conceptos vagos como “justicia”, “libertad”, “moralidad” (Kelsen tenía en mente las formulaciones típicas de un catálogo de derechos), pues su aplicación no sería “aplicación del derecho en el sentido técnico de la palabra” y simplemente significarían una discrecionalidad libre y absoluta. Y así, en 1928, cuando el Tribunal Constitucional austríaco tuvo que enfrentarse, en una importante sentencia (sobre la Ley de Arrendamientos) a la cuestión de los límites legales de la propiedad, manifestó que las mismas tienen que producirse obviamente en interés público, pero qué sea el “interés público”, declaró el Tribunal, no es un concepto justiciable ni una cuestión en la que el Tribunal deba dar una opinión, pues es competencia del legislador exclusivamente. Al respecto, véase Öhlinger, Theo, en Francisco Fernández Segado (coord.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context / La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1108.

¹⁷³ No obstante, el modelo que acoge esta Constitución española se acerca todavía mucho más al sistema americano, aunque su estructura y funcionamiento son típicamente kelsenianos. Reyes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 154, pp. 161 y 191.

¹⁷⁴ Este caso lo mencionamos porque se da la curiosa circunstancia de que Argentina es uno de los escasos países latinoamericanos en que se mantiene con gran “pureza” el sistema difuso de control de la constitucionalidad, pese a lo cual en una de sus Provincias se ha creado un Tribunal Constitucional, que parece ser que no ha tenido un funcionamiento significativo.

¹⁷⁵ La Constitución húngara prevé, tras la “reforma” constitucional de octubre de 1989 y a iniciativa del gobierno comunista leninista (ante la suspicacia inicial de la

Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Moldavia, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Eslovaquia, Rusia (con numerosos tribunales constitucionales regionales), Serbia-Montenegro, Ucrania; en *América*:¹⁷⁶ Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador (Sala de lo

oposición), la instauración de un Tribunal Constitucional para conocer de la constitucionalidad de las leyes y de las competencias que se le atribuyeran por ley. Este Tribunal, que no forma parte del Poder Judicial, empezó a funcionar de hecho el 1o. de enero de 1990 y, aunque la Constitución preveía que su sede estaría en Esztergom, lo cierto es que, al no darse desde el principio las condiciones apropiadas para ello (según parece), desde el principio ha funcionado en Budapest. Ha sido un tribunal extraordinariamente activo y, ante la sorpresa de todas las fuerzas políticas (que no sabían muy bien qué era un tribunal constitucional cuando lo consagraron en la Constitución), ha tenido una actividad enorme, con una copiosísima jurisprudencia que se extendió a prácticamente cada aspecto de la transición a la democracia de Hungría y así, en 1996, la media era que el Tribunal había anulado una de cada tres leyes aprobadas en el Parlamento y ha anulado leyes aprobadas tanto por los partidos de tendencia más derechista como por los más izquierdistas o, por ejemplo, ha declarado inconstitucional la pena de muerte, en contra de la mayoría de la opinión pública y probablemente también de los parlamentarios. No obstante, en 1998 fueron renovados casi al mismo tiempo todos los magistrados y desde entonces, en parte por la nueva composición y en parte también por el contexto político (Hungría como democracia y Estado de Derecho consolidado), el TC, bajo la presidencia de János Nemeth, ha tenido una deferencia mucho mayor hacia el Gobierno y el Parlamento, perdiendo al mismo tiempo cierto prestigio entre los juristas por achacársele cierto déficit argumentativo, pero no entre la opinión pública, para la que parece conservar todo el gran prestigio adquirido durante los años 90 bajo la presidencia de László Sólyom, quien en algún voto particular había llegado a hablar de la “Constitución invisible” que el tribunal constitucional había construido. Lo cierto es, en todo caso, que el TC, en especial por medio de la legitimación popular, llegó a tener intervenciones que, al menos en circunstancias normales, superan el ámbito en que un tribunal constitucional puede actuar legítimamente en una democracia.

¹⁷⁶ Una clarificadora exposición para América Latina puede verse en Ferrer MacGregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 87, pp. 41 y ss.; *idem*, *op. cit.*, nota 72, pp. 65 y ss. También es interesante el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, creado por la Constitución cubana de 1940 a partir del modelo del Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de la II República española por influjo, a su vez, del modelo austriaco-kelseniano y su concreción en las Constituciones de Austria y Checoslovaquia. Este tribunal no ha sido estudiado con detalle, hasta ahora, con algunas excepciones. El primero en hacerlo recientemente ha sido, hasta donde sabemos, García Belaunde, Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, 2000, pp. 125 y ss. e *idem*, *cit.*, libro que hemos comentado en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003. Pero véase, también, Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, Montevideo, Ingranusi Ltda, CEDECU, Serie conferencias, núm. 1, 2000. En cuanto a la naturaleza jurídica de este órgano, García Belaunde considera que, en

Constitucional), Costa Rica (Sala de Constitucionalidad),¹⁷⁷ Ecuador, Guatemala, Honduras (Sala de lo Constitucional), Nicaragua (Sala de lo Constitucional), Paraguay (Sala Constitucional), Perú, Provincia argentina de Tucumán, Venezuela (Sala Constitucional), Surinam; en *África*: Angola, Benin, Burundi, Egipto, Gabon, Guinea Ecuatorial, Madagascar, Mali, República de África Central, Ruanda, Sudáfrica,

rigor, no puede considerársele un tribunal constitucional, sino que era una “Sala constitucional, pero con otro nombre”, un “embrión de tribunal constitucional” y, en todo caso, constituía “un planteo original en el tema del control de constitucionalidad, no sólo por lo que avizoró, sino porque creó una figura intermedia, que hoy por hoy tiene su más relevante expresión en la Sala Constitucional que existe en Costa Rica, desde 1989” y que, desde entonces, “otros países han imitado (Paraguay, Venezuela, etcétera.)”. Por nuestra parte, diremos que, partiendo de los rasgos que pueden considerarse propios de un tribunal constitucional, es indudable que hay un rasgo esencial que impide considerar a este Tribunal cubano como un verdadero tribunal constitucional, al igual que ocurre con la actual Suprema Corte de Justicia mexicana (tal y como hemos expuesto anteriormente). Nos referimos al hecho de que, como por otra parte se deriva de su propio *nomen iuris*, este Tribunal cubano tenía una serie de competencias no constitucionales cuya atribución a un verdadero tribunal constitucional no puede justificarse, competencias que no puede considerarse siquiera que fueran cuantitativamente insignificantes. Nos estamos refiriendo a la previsión del artículo 182, f) de la competencia del Tribunal para conocer de “las cuestiones de legislación social que la Constitución y la ley sometan a su consideración”, entre las que la Ley de 1949 incluyó específicamente las reclamaciones por despidos, retiros, descanso retribuido, excedencias, escalafones sindicales, contratos de trabajo, etcétera y, además, “en general todas las que versen sobre cuestiones de carácter social y de relaciones entre patronos y obreros”. Y como concluye Luzárraga, “esto creó un volumen tal de asuntos que, de hecho, el Tribunal de Garantías se convirtió en un Tribunal Laboral, con el consiguiente retraso del desarrollo de las cuestiones puramente constitucionales”. Ello no impide, desde luego, considerar a dicho Tribunal una Sala constitucional relativamente especializada y un precursor de la actual Sala constitucional costarricense, pero no un tribunal constitucional ni tampoco siquiera una Sala constitucional en sentido estricto, aparte de que no es preciso subrayar lo disfuncional que podía ser, y a la postre fue, esa mixtura de lo constitucional y lo (meramente legal y) social. De ahí puede sacarse alguna lección respecto de la naturaleza actual de la Suprema Corte, aunque desde luego salvando todas las distancias, pues la *praxis* de la Suprema Corte no es comparable a la de aquel tribunal cubano.

¹⁷⁷ En efecto, en Costa Rica, como en otros países, se trata en realidad de una Sala de lo Constitucional, integrada en la Corte Suprema, pero dicha Sala, en palabras de su propio presidente, “no forma parte de la Corte Suprema sino que es un pleno tribunal constitucional exclusivo con jurisdicción constitucional suprema e incluso es el árbitro de su propia competencia y de la competencia de la Corte Suprema”. Ello, con todo, no puede oscurecer el dato de que dicha Sala, orgánica y administrativamente, no se integra en la Corte Suprema. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 43, p. 366. Este criterio puede generalizarse para la mayor parte de Salas Constitucionales en el mundo.

Togo; en *Asia*: Armenia, Azerbaijón, Corea del Sur, Chipre, Georgia (también regionales), Kyrgyzstan, Mongolia, Malta, Palestina, Siria, Sri Lanka, Tailandia, Tayikistán, Turquía, Uzbekistán (también uno regional). Los tribunales constitucionales se han convertido, ciertamente, como dice Tomuschat, en “un componente rutinario de las Constituciones modernas”.¹⁷⁸ En todos los casos, sin apenas excepción, existirá una acción de inconstitucionalidad como instrumento procesal por el que ciertos órganos políticos (o, en algún caso, cualquier persona) pueden plantear ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley.

No importa ahora tanto establecer la lista de países que cuentan actualmente con tribunales constitucionales —lista no sólo totalmente abierta, sino en continuo crecimiento—, cuanto poner de relieve una *doble circunstancia* en relación a este fenómeno expansivo, hoy casi universal, de los Tribunales Constitucionales:

a) Por una parte, la experiencia parece demostrar que *la instauración en un país de un Tribunal Constitucional es, sin excepción digna de mención, un logro irreversible*, al menos en cuanto que el país continúe viviendo bajo un régimen constitucional y democrático.

b) Y por otra parte, esa experiencia comparada permite constatar otro dato, no menos relevante que el anterior: el modelo de Tribunal Constitucional acogido por las nuevas Constituciones —ya, manifiestamente, por la italiana de 1947 o la alemana de 1949 y, después, entre otras muchas, por la española de 1978— *no va a ser el modelo kelseniano del “legislador negativo”, “sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada”*,¹⁷⁹ siendo la base para ello la doctrina americana de la supremacía normativa de la Consti-

¹⁷⁸ Tomuschat, Christian, “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”, en el colectivo Badura, Peter y Dreier, Horst (coords.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, tomo I (*Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozessrecht*), Tubinga, 2001, p. 245.

¹⁷⁹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 134. En un análisis reciente de derecho comparado, Garlicki y Zakrzewski ponen también de relieve como el tratamiento de los Tribunales Constitucionales como simple “*législateur négatif*” es “*insuffisant*”. Garlicki, Leszek y Zakrzewski, Witold, “La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, I, 1985, p. 31.

tución¹⁸⁰ y no meramente la regla kelseniana de la regularidad formal¹⁸¹ de las normas.

Esto es hoy tesis común en las doctrinas:

- austriaca,¹⁸²
- alemana,¹⁸³

¹⁸⁰ Cascajo Castro va incluso más allá, y señala, en opinión a nuestro juicio certera, que “quizá no sea demasiado aventurado proponer que, en la evolución de los actuales sistemas europeos de jurisdicción constitucional, late una profunda inspiración no ya sólo de un determinado concepto de Constitución, sino también de un particular entendimiento de la democracia, a saber, el de la democracia constitucional anglosajona” frente a la “visión jacobina y asamblearia de la democracia”. Cascajo Castro, José Luis y Gimeno Sendra, Vicente, *op. cit.*, nota 127, pp. 36 y 37. Sobre el concepto norteamericano de Constitución, puede verse Dahl, Robert A., *A preface to democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956, del que hay una reciente traducción al español de González, José Luis, *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987.

¹⁸¹ Sobre la misma puede verse Kelsen, Hans, *cit.*, nota 159, pp. 145 y ss. y las pp. 152 y ss. Para Kelsen, “el legislador está vinculado a la Constitución sólo por lo que se refiere al procedimiento y [sólo] *de modo totalmente excepcional* por lo que se refiere al *contenido* de las leyes” (p. 174, cursiva mía).

¹⁸² Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en el colectivo *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 274 y 275, donde se señala que el Tribunal Constitucional no es un mero “legislador en sentido negativo”, sino que también puede desempeñar el papel de legislador en sentido positivo, aparte de que la protección de los derechos fundamentales y la creación jurisprudencial de verdaderas normaciones supone un notable acercamiento a la *judicial law* anglosajona. Es excelente la exposición de Öhlinger, Theo, “Der Ursprung und die Entwicklung des europäischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich”, p. 1109 y ss.

¹⁸³ Como nos dice Schlaich, “el Tribunal Constitucional Federal es en sus funciones materialmente un Tribunal. Esto es incuestionable”. Véase Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C. H. Beck, 1994, pp. 25 y ss.; también p. 78, donde se nos dice que mediante los procesos de control de normas se desarrolla una actividad judicial normal y las sentencias dictadas en estos procesos no son “legislación negativa” (como tampoco las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos son administración negativa) ni legislación funcional, ni legislación constitucional o participación en el poder constituyente, como tampoco, en fin, es el Tribunal Constitucional una tercera cámara, sino un verdadero tribunal y su función es *iuris dicere*, la jurisprudencia. Véase también Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen des 13 Nr. 6 (Abstraktes Normenkontrollverfahren)”, en el colectivo Umbach, Dieter C. y Clemens, Thomas, (coords.), *op. cit.*, nota 58, p. 978: “Die Diskussion ist heute —jedenfalls formal— entschieden. Das BVerfG gehört zur Judikative”. Por último, *cf.* Christine Landfried, *cit.*, nota 33, p. 122; Helmut Steinberger, *200 Jahre amerikanische Bundesverfassung*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1987, pp. 35 y ss.

- italiana,¹⁸⁴
- portuguesa,¹⁸⁵ y comienza¹⁸⁶ a serlo en la española¹⁸⁷ o la peruana

¹⁸⁴ Así, refiriéndose no sólo a Italia, nos explica Cappelletti (“El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, traducción de Jorge Rodríguez-Zapata, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, enero-abril de 1982, p. 19) cómo la tesis kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo “ha sido ya abandonada en forma general”, bien es cierto que no sin alguna llamativa excepción.

¹⁸⁵ “Es indiscutible que se trata de un ‘tribunal’”. Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, p. 761.

¹⁸⁶ Por ejemplo, Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 258 y ss., si bien parten de “la superación de la idea tradicional del Tribunal Constitucional como legislador negativo”, ello lo identifican sólo con lo que consideran manifestaciones de su actuación como “legislador positivo” o con la asunción de “tareas, claramente positivas, de creación de normas” mediante las “sentencias positivas”, que consideran algo problemático, proponiendo “una colaboración mucho más estrecha entre el legislador y el Tribunal Constitucional, incluyendo algunos mecanismos formales de relación”.

¹⁸⁷ Hay que reconocer que en la doctrina española apenas se han suscitado reflexiones en profundidad sobre este punto, a pesar de su importancia teórica y práctica e incluso continúa vigente en cierta medida la concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo. Con todo, hay excepciones. Y así Manuel Aragón Reyes (“El sistema español de justicia constitucional. Comentario introductorio al Título IX”, en Alzaga, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988, pp. 24 y ss.) subraya cómo “cuando, como consecuencia de una serie de circunstancias, que no viene al caso aquí detallar, se recibe en Europa, poco a poco (aunque la eclosión ocurra en la segunda posguerra), el concepto norteamericano de Constitución... el modelo kelseniano de justicia constitucional queda plenamente obsoleto y en Europa se intenta no el cambio radical del mismo, sino su adaptación a esta nueva realidad. Adaptación como mixtura, como transacción entre el modelo ‘difuso’, que es el que resulta coherente con el concepto de Constitución que ahora se recibe, y el modelo de jurisdicción ‘concentrada’ y especial que es el que resultaba coherente con el concepto de Constitución que ahora abandona”. Pero quizás haya sido De Vega, desde una perspectiva general, uno de los primeros en la doctrina española no sólo en reparar en este abandono del modelo kelseniano puro, sino también en poner de relieve uno de los factores que han conducido a ello: “¿cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la Justicia Constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua inherente a las actuales Constituciones, que son ‘el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos’, en cuyo caso, en cuanto legisladores positivos, en

na,¹⁸⁸ entre otras. Resulta, así pues, innegable que la recepción en el moderno constitucionalismo europeo del concepto norteamericano de Constitución¹⁸⁹ ha influido también decisivamente en la concepción europea de la jurisdicción constitucional. En la propia Austria, si bien inicialmente el Tribunal Constitucional reinstaurado en 1945 trató de seguir atado a los

buenas medidas pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciaciones propias, establecen un *modus operandi* de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de Guardián de la Constitución queda definitivamente lastimada”. Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 23 (la cita entre paréntesis la tomo de la p. 22). Más recientemente, Fernández Segado ha subrayado cómo “la concepción kelseniana del ‘legislador negativo’ ha operado como una auténtica ‘idea fuerza’ que ha impregnado durante mucho tiempo la idea que de los tribunales constitucionales se ha tenido” y que —pese a su relativización— “los rescoldos de tal idea aún siguen ejerciendo una cierta acción calorífica”, pese a que la tradicional bipolaridad sistema difuso-concentrado no puede ya sostenerse, pues la realidad es muy plural y se ha producido un acercamiento y una mixtura muy variables en los más distintos sistemas de justicia constitucional, aludiendo asimismo a la “centralidad” del modelo americano en el proceso de convergencia ya mencionado, “no entrañando”, en realidad, “el modelo concentrado europeo-kelseniano más que modificaciones estructurales respecto de aquél” y ello por razones de índole fundamentalmente práctica a raíz de la asunción en Europa del concepto norteamericano de Constitución, así como de las experiencias históricas que hicieron ver al legislador como la principal amenaza para las libertades, lo que también va a llevar, como demuestra el autor, a que la magistratura ordinaria vea también “notabilísimamente potenciado” su “rol constitucional” en Europa, en especial en cuanto garantías ordinarios de los derechos (constitucionales, en especial). *Cfr.* Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 126, pp. 68 y ss.

¹⁸⁸ Cristalinamente, Palomino Manchego, José, “Control y magistratura constitucional en el Perú”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 438 y ss.

¹⁸⁹ El contraste entre el concepto norteamericano de Constitución y el concepto europeo no ha sido objeto, ni en Europa ni en América, de un análisis doctrinal en profundidad. Una excepción notable a este panorama viene constituida por el esclarecedor y oportuno trabajo, referido a los momentos históricos iniciales, de Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, 1994 (recientemente traducido al italiano, Padua, CEDAM, 1997). Unas reflexiones complementarias del mismo autor sobre la cuestión pueden verse en su trabajo *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Barcelona, Working Papers, núm. 177, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996. Otra de las pocas reflexiones de cierta profundidad en la doctrina española sobre esta superación del modelo kelseniano de Tribunal Constitucional es el reciente trabajo de Gascón Abellán, Marina, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, *in toto*.

presupuestos kelsenianos con una interpretación bastante literal y así lo hizo no sin importantes modulaciones hasta los años ochenta, a partir de entonces, bajo el influjo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Federal alemán, ha desarrollado pautas interpretativas mucho más “activistas” y alejadas del prototipo kelseniano y ello, especialmente, al interpretar el catálogo de derechos fundamentales, aunque ya antes, en los años cincuenta y sesenta, se había otorgado un peso notable al principio de legalidad e igualdad. Pero nada de ello debe, desde luego, impedirnos reconocer la importante contribución que la doctrina de Kelsen supuso no sólo en los *inicios* de la justicia constitucional europea —de la que el citado autor se presenta como verdadero padre biológico—, sino también en la justicia constitucional *actual*.

En efecto, si bien es cierto que en la evolución más reciente —y no tan reciente—¹⁹⁰ el modelo kelseniano puro de Tribunal Constitucional como legislador negativo ha sido superado ampliamente —en la propia regulación y en la práctica cotidiana (jurisprudencial) de estos tribunales—, no lo es menos que la “fórmula estructural”, la estructura, de estos tribunales es fruto de la original creación de Kelsen y, aunque sea de modo sólo “provisional”,¹⁹¹ dicha estructura aún hoy se mantiene.

Nos referimos con ello, obviamente, a la concentración en un solo tribunal *ad hoc* de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes (a); a la legitimación para impugnar la constitucionalidad de las leyes reconocida no a sujetos particulares, sino sólo a determinados órganos políticos (b); así como a la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad, residuo claro de la consideración de las mismas como ley negativa o derogatoria pero que es una exigencia técnica inexcusable de la estructura concentrada del Tribunal (c); y por último, a la eficacia en ningún caso retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad (d); si bien es cierto que algunos

¹⁹⁰ Puesto que ya se inicia en la propia Austria en 1929 y continúa en España en 1931.

¹⁹¹ En el sentido de Aragón Reyes, Manuel, “El sistema español de justicia constitucional. Comentario introductorio al Título IX”, en Alzaga Óscar (dir.), *op. cit.*, tomo XII, p. 27 quien dice que todo el sistema europeo de jurisdicción constitucional no es un modelo “por entero acabado” pero sí un sistema “de transición” hacia otro modelo distinto “que no es tampoco exactamente el simple calco del modelo americano”, pero en todo caso coherente con el nuevo concepto de Constitución adoptado en Europa y que no es otro que el concepto norteamericano de la Constitución como norma pues los tribunales constitucionales son coherentes “con un concepto de Constitución que ya no existe”.

de estos elementos han sido abandonados, o van siéndolo progresivamente, en algunos de los más recientes sistemas de justicia constitucional, por medio de la acción popular de inconstitucionalidad o la convivencia de los Tribunales Constitucionales con un sistema (parcialmente, al menos) difuso de control constitucional, por citar sólo alguna de las más relevantes tendencias.

3. *Una especial referencia a la acción abstracta de inconstitucionalidad en Alemania*

Es el llamado control abstracto de inconstitucionalidad (*abstrakte Normenkontrolle*), por virtud del cual se lleva a cabo un control de la compatibilidad de una norma infraconstitucional con la Constitución *en abstracto sin conexión alguna con un caso concreto, que puede existir o no*. Se trata de un procedimiento objetivo, no contradictorio y el Tribunal Constitucional puede adoptar una decisión sobre el fondo aunque el demandante desista. Su *objeto* puede ser no sólo una ley formal (incluidas las leyes de autorización de tratados internacionales, si bien en este último caso el control, según ha admitido el Tribunal Constitucional, puede ser incluso previo a la publicación oficial de la ley, a fin de evitar que se genere responsabilidad internacional del Estado al declararse inconstitucional un tratado internacional una vez comprometido el Estado alemán), sino toda norma jurídica, cualquiera que sea su rango, con independencia de que sean normas aprobadas antes o después de la entrada en vigor de la ley fundamental de Bonn, ya sean normas de derecho federal o de los *Länder*.

El *parámetro de enjuiciamiento* viene dado por la propia Constitución en el caso de que las normas impugnadas sean federales, pero si las normas impugnadas lo son de un *Land*, entonces el parámetro se amplía a todo el restante derecho federal.

La *legitimación activa* corresponde al gobierno federal y a cada gobierno de *Land*, por un lado; y a un tercio de los parlamentarios del *Bundestag*, por otro lado. De este modo, la legitimación se otorga, conforme a la técnica de la *Organklage*, sólo a determinados órganos políticos, como es característica general desde Kelsen de los sistemas europeos de control concentrado de la constitucionalidad (en contraste con lo que ocurre en algunos países latinoamericanos); y además es una

legitimación que persigue dos finalidades claras: la protección de los intereses territoriales de la Federación y los *Länder*, para lo que se otorga legitimación al Gobierno federal y al de los *Länder*; y, por otro lado, pretende proteger a las minorías parlamentarias, otorgando así legitimación a un tercio de los miembros de la Cámara Baja o *Bundestag*, pero no, en cambio, a las minorías parlamentarias del *Bundesrat* (Cámara Alta o territorial). No hay *plazo* de ejercicio de la acción, lo que conlleva que sea un control dinámico de la constitucionalidad, frente a la estaticidad propia de la acción mexicana de inconstitucionalidad.

IV. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: ¿ACCIÓN O RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD?

Cabría discutir si la terminología adecuada para designar al instituto cuyo estudio estamos abordando es la de *acción* o la de *recurso* de inconstitucionalidad. Es sabido que en Alemania, como en otros países, no se plantea este dilema terminológico, y se habla de *abstrakte Normenkontrolle*¹⁹² a secas. En España, en cambio, la expresión “recurso de inconstitucionalidad” aparece utilizada ya en los años veinte,¹⁹³ si bien con un sentido distinto al actual, terminología hoy consagrada en España incluso a nivel constitucional,¹⁹⁴ y utilizada ya, por lo demás, por la

¹⁹² Parece que la concisa expresión de *Normenkontrolle* se utiliza por vez primera en un trabajo de Friesenhann de 1932, aplicado precisamente al control calificado como “abstracto” (*abstrakte Normenkontrolle*). Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 149, p. 30.

¹⁹³ Probablemente haya sido Alvarado el primero en utilizar esta terminología, si bien con un sentido netamente distinto, referido a un control concreto: Alvarado, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, Reus, 1920, prólogo de Clemente de Diego. Véase el artículo 44 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929, que regulaba los “recursos por inconstitucionalidad de las leyes”.

¹⁹⁴ Esta terminología está consagrada *constitucionalmente* no sólo para el control abstracto de la constitucionalidad, sino también para el control concreto, que habría de llamarse en principio —a la luz de la dicción clara y terminante del artículo 161.1.a de la Constitución española— recurso de inconstitucionalidad *en vía incidental* o algo semejante, por contraposición al recurso en vía directa. Pero lo cierto es que la temprana LOTC utilizó una terminología distinta (“cuestión de inconstitucionalidad” para el control incidental o indirecto, frente a “recurso de inconstitucionalidad” para el control abstracto o directo), que ha terminado, a la postre, por imponerse en la doctrina y en la propia práctica forense, por más que su encaje en el citado precepto constitucional sea un tanto dudoso.

Constitución republicana de 1931 y que han seguido también, recientemente, diversas Constituciones.¹⁹⁵

Conviene empezar destacando, con relación a esta cuestión terminológica, algo que resulta evidente, y es que, tras ella no se esconde ninguna consecuencia de orden práctico, sino que es una cuestión académica o doctrinal que viene referida más que nada al rigor terminológico. Con todo, no creo que la ausencia de consecuencias prácticas de una u otra terminología convierta a la polémica en estéril en absoluto; se precisa, por lo menos, una aclaración, que es lo que aquí intentaremos, precisamente en aras del rigor o exactitud terminológicos, tan necesarios siempre en el ámbito jurídico, pero todavía de un modo más acentuado si cabe en el sector jurídico-procesal.

La cuestión estriba sustancialmente en que, frente a la terminología de “recurso” de inconstitucionalidad, cabe aducir que no se trata, en sentido procesal estricto, de un *recurso* sino de una *acción*, por cuanto que dicho instrumento procesal tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción,¹⁹⁶ y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado.¹⁹⁷ Desde esta perspectiva sería más correcta la

¹⁹⁵ Es el caso, concretamente, de la Constitución nicaragüense, que —tras la reforma de 1994— alude en su artículo 187 al llamado “*recurso* de inconstitucionalidad”. Y justamente esa expresión (*recurs d'inconstitucionalitat*) es la que utiliza también el artículo 99 de la Constitución andorrana.

¹⁹⁶ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 43.

¹⁹⁷ Ese es, justamente, el motivo que lleva a la doctrina mexicana a diferenciar una doble vertiente del juicio de amparo “contra leyes” (con efectos exclusivamente *inter partes* de la sentencia): la acción de inconstitucionalidad (que implica un ataque frontal y directo a la ley) y el recurso de inconstitucionalidad (que implica, no un ataque directo a la ley, sino sólo indirecto a través de la impugnación de una resolución judicial ordinaria, a la que se reprocha haber aplicado normas inconstitucionales). Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge, y Cossío Díaz, José Ramón, “La jurisdicción constitucional en México”, en el colectivo Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 176, p. 763. Conviene aclarar, en todo caso, que tanto la acción como el recurso de inconstitucionalidad a que acabo de referirme son institutos bien diversos de la acción de inconstitucionalidad que constituye el objeto de este trabajo. La consagración constitucional de la acción de inconstitucionalidad del artículo 105 hace confusa la anterior terminología, por lo que, a fin de evitar anfibologías, podría proponerse llamar “acción de amparo de inconstitucionalidad” a aquella vertiente del juicio de amparo contra leyes por la que se impugna directamente la ley, frente a la que deberá ser en adelante “acción de inconstitucionalidad” por antonomasia, a la que en todo caso podría también designarse en propiedad como “acción *abstracta* de inconstitucionalidad”.

terminología mexicana y latinoamericana¹⁹⁸ en general, que habla de acción de inconstitucionalidad.

Y, efectivamente, hay que reconocer que no hay ningún proceso anterior al que se inicia mediante la acción de inconstitucionalidad, ninguna instancia previa, ni hay tampoco, por todo ello, ninguna sentencia anterior a aquélla por la que, *fuera de los casos de terminación anormal del proceso*, se pondrá fin al proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad. Así pues, mediante el instrumento procesal al que venimos refiriéndonos se inicia o incoa, por vez primera, un proceso en su plenitud, una primera y también única instancia, y no nos encontramos, por tanto, ante una impugnación de una resolución emitida en otro proceso judicial anterior. En este sentido, hay efectivamente que reconocer que, si el recurso es “aquel mecanismo técnico-jurídico que sirve para impugnar una resolución judicial”, estando legitimados para ello sólo aquellos que sean parte en el proceso inicial, es claro que el llamado “recurso” de inconstitucionalidad no es tal recurso. Por lo tanto, el instrumento procesal que comentamos es, en cuanto que acto provocador de la jurisdicción, una acción y no un verdadero recurso.

Dicho todo lo cual, inmediatamente hay que aclarar que *la consagración en España, y otros países, de la terminología de “recurso” de inconstitucionalidad puede tener, si no me equivoco, una cierta explicación o justificación*. Y es que tanto en España, y Europa en general, como en México, a partir por lo demás de la experiencia francesa, se habla también de “recurso” (así: literalmente) por relación al proceso contencioso-administrativo. Esto último se explica porque se parte de la concepción del acto administrativo como una “decisión ejecutoria”, con lo que se quiere venir “a subrayar que la cualidad fundamental de los actos administrativos, a diferencia de los actos priva-

¹⁹⁸ Es un término “utilizado en los ámbitos jurisdiccionales latinos y no siempre con los mismos alcances”. García Belaunde, Domingo, *cit.*, nota 127, p. 61. Aunque no en toda América Latina se utiliza la terminología de “acción” y así, por ejemplo, en Bolivia se habla también de “recurso” (de inaplicabilidad de la ley por inconstitucional) y no de acción. No deja de ser paradójico que también en México, a pesar de la consagración jurídica de la terminología más exacta de “acción”, en ambientes legos en derecho, y a veces no tan legos, se hable también de “recurso” de inconstitucionalidad o expresiones análogas, intercambiándolas con la fórmula consagrada constitucionalmente de “acción de inconstitucionalidad”. Véase, a título de ejemplo, la primera plana del diario *El Universal* de 8 de enero de este mismo año.

dos, es estar dotados de presunción de validez y fuerza ejecutoria, lo que les asemeja... a las sentencias judiciales”.¹⁹⁹ Y justamente es esa concepción del acto administrativo como “una suerte de sentencia judicial de primera instancia” lo que permite entender a los recursos administrativos y al proceso contencioso-administrativo mismo como una suerte de “recurso” de apelación,²⁰⁰ por más que, desde una perspectiva procesal estricta, haya que reconocer que no nos encontramos ante un recurso²⁰¹ en sentido estricto.

Así pues, en el ámbito administrativo, aunque no hay ningún proceso (judicial) anterior, es obvio que se ha dictado un acto administrativo (efectivo y real o presunto, no importa), que es precisamente el que se “recurre” (no importan tampoco ahora las razones de esa impugnación, ni que se actúe en reacción a una afectación a la esfera individual o “en favor de la ley”) y justamente sobre esa idea se basa toda la conocida construcción del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De modo análogo, cabría razonablemente entender, por evidente razón de analogía²⁰² con los recursos contencioso-administrativos,²⁰³ que

¹⁹⁹ Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1996, t. I (parte general), p. 94.

²⁰⁰ En estos términos, Parada Vázquez, Ramón, *op. cit.*, p. 727.

²⁰¹ Así lo ponen de relieve, entre otros, Montero Aroca, Juan; Ortells Ramos, Manuel, Gómez Colomer, Juan-Luis y Montón Redondo, Alberto, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, José María, 1996, t. I, Parte general, pp. 316 y 317. Respecto del recurso de inconstitucionalidad, señalan estos mismos autores (*op. últ. cit.*, p. 45) cómo es “técnicamente” más correcto hablar de “proceso principal de inconstitucionalidad”.

²⁰² Como nos dice Favoreu, mientras “el contencioso abstracto originado por un recurso directo contra una ley les parecerá [a los juristas norteamericanos] incompatible con la noción de jurisdicción”, “un jurista europeo [en cambio] verá en ello un paralelo con los recursos administrativos que existen desde hace mucho tiempo en diversos países”. Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 101.

²⁰³ Es incontrovertible que si el proceso constitucional tiene analogía con algún proceso, no es con el proceso civil ni con el penal o el social, sino justamente con el contencioso-administrativo y ello, “en cuanto el proceso constitucional es también, básicamente de impugnación, de normas, de actos o de conductas”. Bocanegra Sierra, Raúl, *op. cit.*, nota 15, p. 122. Es una idea generalmente admitida en Europa y, así, puede Gomes Canotilho decir que “la justicia constitucionales, en cierto modo, una extensión de la idea subyacente a la justicia administrativa: someter al control de los tribunales los actos de los órganos políticos y legislativos (y no sólo de los actos de la Administración) y verificar su conformidad material y formal con el parámetro superior de la Constitución”. Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, p. 959. La conexión entre el “recurso” de inconstitucionalidad y el “recurso” conten-

por medio de la vía que comentamos —de planteamiento de la constitucionalidad— lo que se hace es impugnar, no un acto administrativo, pero sí una ley dictada por el órgano competente para ello (el Parlamento), impugnación que se realiza frente al órgano competente para conocer de esa impugnación (y que no es aquí la jurisdicción contencioso-administrativa, sino el Tribunal Constitucional) y que utilizará como parámetro, no la ley, sino la propia Constitución y que habrá, naturalmente, de respetar al máximo la libertad de configuración del legislador, de amplitud mucho mayor a la discrecionalidad administrativa.

No hay, pues, un proceso anterior, pero sí hay un acto previo, dictado con anterioridad y frente a cuya autoridad, eficacia, presunción de validez y ejecutividad plena se recurre.²⁰⁴ Las circunstancias y las consecuencias, así como la entera estructura procesal (el proceso mismo, los órganos legitimados, el órgano competente, etcétera), varían según se impugne un acto administrativo (incluyamos aquí también a las normas administrativas) o una ley, como resulta de todo punto obvio y natural, pues la naturaleza de uno y otra son enteramente distintos. Sin desconocer esto último, no puede tampoco negarse que en sus términos más generales, en su estructura más elemental, el proceso responde a un mismo esquema, siendo con toda probabilidad esta similitud la que explica porqué se habla en España y en otros países de “recurso” de inconstitucionalidad²⁰⁵ así como el hecho de que pueda

cioso-administrativo puede ya verse en Alcalá-Zamora, y Niceto Castillo, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en su libro recopilatorio *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, s. e., 1944, pp. 514 y 534.

Ya Kelsen señaló que: “existe una íntima afinidad entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el de la legalidad de los reglamentos, a causa del carácter general de esos actos”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 179.

²⁰⁴ En Francia, cuna del recurso contencioso-administrativo, también se concibe al control abstracto como “un contencioso objetivo, ya que es un proceso a un acto: la ley”, del mismo modo que el contencioso-administrativo lo era al acto dictado por la administración. Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 36.

²⁰⁵ Tal y como hace López Guerra, que utiliza el término con carácter general para el control abstracto de la constitucionalidad, y lo aplica también a países donde la propia terminología legal es la de “acción” de inconstitucionalidad. *Cfr.* López Guerra, Luis, “Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, en el colectivo *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, pp. 83 y ss.

hablarse también, en cierta medida, de un carácter “revisor” de la jurisdicción constitucional.

Esta es, desde luego, una práctica consagrada en la doctrina española tanto respecto del recurso contencioso-administrativo como respecto del así llamado recurso de inconstitucionalidad.²⁰⁶ Es, por lo demás, una denominación que, más allá de una visión estrictamente técnico-procesal, se ha consagrado ya a nivel constitucional.

Y si bien es obvio que la calificación dogmática que de un instituto haga el texto constitucional (o legal, en su caso) no vincula ni puede vincular al intérprete ni afectar a la naturaleza intrínseca del instituto, no cabe duda que la analogía con el proceso contencioso-administrativo, explica la terminología generalizada de manera absoluta (sin excepciones) en la doctrina española, que habla siempre de “recurso de inconstitucionalidad”, sin que haya por lo demás a mi juicio razones para sostener un cambio o giro en esa práctica, una vez aclarada la cuestión. No obstante, ha de señalarse que algunos autores,²⁰⁷ el mismo legislador²⁰⁸ y el propio Tribunal Constitucional,²⁰⁹

²⁰⁶ No conozco ningún autor, hasta ahora, que haya discutido que el recurso de inconstitucionalidad sea un “recurso” en sentido estricto, problema que nadie se ha planteado. No lo hacen, por ejemplo, procesalistas tan renombrados como Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 175 y 299 y 300. El motivo de ello no es, obviamente, que se lo considere un verdadero recurso, sino más bien la analogía evidente con el proceso contencioso-administrativo, de naturaleza primordialmente impugnatoria, en el que la terminología de “recurso”, por las razones indicadas, y más allá de toda inexactitud en sentido procesal estricto, está definitivamente consagrada.

²⁰⁷ Almagro Nosete ya consideraba al recurso de inconstitucionalidad una “vía de acción” y, en diversas ocasiones, lo llama también “acción” de inconstitucionalidad. Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Madrid, Dykinson, 1980, pp. 1125 y 1131. También González Pérez señaló que “el llamado ‘recurso de inconstitucionalidad’ es una pretensión procesal que constituye el objeto de un proceso, del proceso constitucional por antonomasia”. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 249. También Trujillo señala que el recurso de inconstitucionalidad es “una acción o medio directo”. Trujillo Fernández, Gumersindo, voz “Recurso de inconstitucionalidad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1994, p. 5586.

²⁰⁸ El artículo 33 LOTC habla, en efecto, de “acción” por referencia al llamado “recurso” de inconstitucionalidad.

²⁰⁹ En efecto, el Tribunal Constitucional español, desde sus primeras decisiones —consciente sin duda de que en sentido estricto nos hallamos ante una acción de inconstitucionalidad y no ante un verdadero recurso—, utiliza en algunas de sus resoluciones la terminología de “acción de inconstitucionalidad”, alternándola con la de

aun sin entrar expresamente en la cuestión, pero de manera indiscutiblemente consciente, no dudan en alternar la terminología consagrada a nivel positivo-constitucional (*recurso* de inconstitucionalidad), con la más acertada desde la perspectiva jurídico-procesal, de *acción* de inconstitucionalidad.

Con todo lo anterior, pretendo aclarar que si bien el mecanismo procesal a que nos referimos es, en sentido estricto, una acción y no un recurso, hay ciertas razones que explican la opción constitucional en España por esa terminología de “recurso”, y también su persistencia en la doctrina española. Quiero aclarar, en definitiva, que no se trata de un dislate absurdo, como quizás a primera vista podría parecer desde fuera si no se explica adecuadamente, como pienso que hasta ahora no se había hecho. Naturalmente que la calificación que la Constitución mexicana realiza del instituto como “acción” es más exacta en términos procesales, por lo que de ninguna forma podría justificarse el abandono de esa exacta calificación constitucional, que se hace, por lo demás, conforme a una terminología tradicional y predominante en Latinoamérica y además, lo que es más importante, una terminología más exacta y técnica desde la perspectiva procesal.

Por todo ello, cuando nos refiramos a España hablaremos de “recurso de inconstitucionalidad”, en cuanto que no hay razones para prescindir de una terminología consagrada constitucionalmente y generalizada doctrinalmente, y que —por más que no sea la más exacta técnico-procesalmente— puede aducir en su apoyo la patente analogía con los recursos administrativos. Al mismo tiempo, al referirnos al mismo instituto en México aludiremos a la “acción de inconstitucionalidad”, pues menos razones habría todavía aquí para prescindir de una terminología no sólo constitucionalmente consagrada, sino también más exacta en términos procesales, más conforme a la tradición mexicana, y generalizada en Latinoamérica y, en particular, en la doctrina mexicana. Por último, cuando hablemos del instituto en térmi-

“recurso” de inconstitucionalidad, si bien nunca se detiene en la cuestión terminológica expresamente (lo que es comprensible). Así lo hace, por ejemplo, en el fundamento jurídico segundo de la STC 42/1985, de 15 de marzo: “...basta para entender que la acción de inconstitucionalidad ejercida no adolece de defecto alguno de legitimación...”, terminología que alterna con la de recurso de inconstitucionalidad varias veces en el mismo FJ, al igual que en el FJ 3o. y último. *Cfr.* también STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 1.

nos generales o abstractos, procuraremos referirnos a él como “acción” de inconstitucionalidad.

V. EL CONTROL A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO CONTROL ABSTRACTO

1. *Control abstracto y control concreto*

Esta distinción surge en la doctrina germana para contraponer dos modalidades de control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional: *a)* el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancias de ciertos órganos políticos y *completamente al margen de todo caso concreto* y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera), y *b)* el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último caso, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante,²¹⁰ no será así en el primer caso, en el que, como nos dice Schlaich, el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho²¹¹ y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o disconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución.

Y si en los sistemas con control concentrado de la constitucionalidad (como el alemán, el español o el italiano) es posible establecer esta contraposición entre control abstracto y control concreto, el con-

²¹⁰ No creo que ello resulte negado por la opinión de Favreau, *op. cit.*, nota 15, p. 104, en el sentido de que la cuestión prejudicial (de constitucionalidad) “no es más que el motivo o el pretexto de una verificación de constitucionalidad de la ley cuyo resultado tendrá un alcance general. La solución adoptada se aplicará a toda una serie de litigios pendientes en las jurisdicciones ordinarias, sin que las partes de estos litigios hayan sido invitadas de ningún modo a presentar sus argumentos”.

²¹¹ Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 116, p. 82.

traste es todavía mayor —y por ello, menos artificial—²¹² entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control absolutamente concreto característico del sistema norteamericano (y, hasta 1994, también de México), por virtud del cual puede cualquier juez (federal, al menos) resolver directamente —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional— obre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso de que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

En efecto, en el sistema norteamericano de *judicial review*, es esencial para que el tribunal —cualquier tribunal y, por supuesto, también el Tribunal Supremo— pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, la existencia de un litigio concreto, con intereses contrapuestos, para resolver el cual se hace necesario determinar si una ley en principio aplicable al caso es constitucional o no. Se decide, así, sobre la constitucionalidad de la ley siempre en el marco concreto de un proceso y en relación al mismo, con efectos limitados en principio a las partes en litigio.²¹³

Es inconcebible en el sistema americano el conocimiento en abstracto, más allá de un litigio concreto, de la constitucionalidad de una norma y así ocurría también, hasta la reforma de 1994, en México.²¹⁴

²¹² Hay que reconocer, en efecto, que la distinción germánica entre control abstracto y control concreto tiene, en los sistemas con control concentrado de la constitucionalidad, un cierto grado de artificialidad. Quizás por ello dice Cascajo que “el debate en torno a la ya vieja cuestión sobre la dimensión objetiva o subjetiva, abstracta o concreta de la jurisdicción constitucional se presta a no pocos falseamientos y, en todo caso, no pasa de ser una nueva cuestión académica, cuando no puramente escolástica”. Cascajo Castro, José Luis, “Discusión de la ponencia” de Jiménez Campo, Javier, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en el colectivo *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “Cuadernos y Debates”, núm. 41, 1992, p. 54.

²¹³ Si bien el principio *stare decisis* y el enorme prestigio moral del Tribunal Supremo dotan en la práctica a las decisiones de este último de una virtual fuerza obligatoria *erga omnes*, pero esto no interesa ahora.

²¹⁴ Esta regla, sin embargo, conoce excepciones en los propios Estados Unidos. Como dice Grant, “algunos estados norteamericanos permiten decisiones de carácter consultivo, a petición de cualquiera de las cámaras de la legislatura, o a petición del gobernador. Desafortunadamente, también nuestra Corte Suprema ha aceptado a veces lo que parecía en la superficie ser una contienda real entre partes rivales, cuando de hecho no era más que un juicio simulado, en que ambas partes deseaban la misma

Sin embargo, en México, a partir de dicha reforma, la Suprema Corte de Justicia puede también juzgar la constitucionalidad de las leyes *en abstracto* y con efectos generales, cuando así lo solicite uno de los sujetos legitimados para ejercitar la acción de inconstitucionalidad. De esta forma, como ya hemos destacado en un momento precedente, se combinan en México, al igual por lo demás que había ocurrido con anterioridad en otros países, dos sistemas originariamente contrapuestos y, junto al tradicional control (difuso) concreto, surge la posibilidad de un control abstracto y desligado de cualquier caso concreto,²¹⁵ concentrado en la Suprema Corte. Ésta ha reconocido que el control instado a través de la acción de inconstitucionalidad es uno en que no es “indispensable al efecto la existencia de agravio alguno, en virtud de que dicho medio de control constitucional se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía

decisión”. Y tampoco eran desconocidas este tipo de decisiones en México con anterioridad a la introducción de la acción de inconstitucionalidad por la reforma de 1994, por cuanto desde 1950 se facultó a los ministros de la Suprema Corte, al procurador general y a los tribunales colegiados de circuito para plantear a la Suprema Corte las tesis contradictorias que puedan existir en materia de amparo entre estos últimos tribunales, atribuyéndose asimismo idéntica facultad a las Salas y al procurador general para denunciar cualquier contradicción de tesis que pudiera haber entre las primeras. Y tanto en un caso como en otro, decía el artículo 195 de la Ley de Amparo, “la resolución que se dicte será sólo para la fijación de la tesis jurisprudencial y no afectará a las situaciones jurídicas concretas, derivadas de sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas”. Es cierto, sin embargo, que lo más probable es que al menos algunos de los casos concretos sí que fueran tenidos en cuenta por la Suprema Corte y pesaran, de un modo u otro, en su decisión, que estaría así condicionada siempre por la dialéctica del caso concreto, pero en todo caso la decisión en ningún caso extiende sus efectos a ninguno de esos casos concretos, lo cual ha merecido críticas de la doctrina (Fix-Zamudio, Acosta Romero, y Góngora Pimentel). Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, año XXVIII, mayo-agosto de 1995, p. 549.

²¹⁵ No obstante, el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad, al margen de todo supuesto concreto, no podrá impedir ni la valoración por el órgano de la constitucionalidad de las consecuencias, fundamentalmente políticas, de sus decisiones [cuestión a la que nos referiremos en un momento ulterior] ni tampoco, en ciertos casos (relativos a la igualdad y a la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados), la estimación por el mismo de las circunstancias de hecho en que se produce la aplicación de una determinada ley como única forma de comprobar, en ciertos casos, el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Así se constata en la experiencia de los distintos Tribunales Constitucionales. Para España, y con carácter general (no centrada en el recurso de amparo), puede verse Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 189, p. 66.

constitucional, *a fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma*. En otras palabras, no es preciso” que el promovente (en el caso, el procurador general de la República) “resulte agraviado o beneficiado con la norma en contra de la cual enderece la acción de inconstitucionalidad ni que esté vinculado con la resolución que llegue a dictarse, pues será suficiente su *interés general, abstracto e impersonal de que se respete la supremacía de la Carta Magna*”.²¹⁶ En una línea parecida, ha dicho la Corte que, por la “propia y especial naturaleza” de la acción de inconstitucionalidad, las partes legitimadas para promoverla no la ejercen “para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general”, sino para la salvaguarda de la “supremacía constitucional”.²¹⁷ Y ello explica que incluso se admita la legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad de parlamentarios que hubiesen votado a favor de la ley cuya constitucionalidad se impugna, pues esa legitimación se otorga “con el único interés genérico de preservar la supremacía constitucional”.²¹⁸

2. *Control abstracto y legitimación restringida a ciertos órganos políticos*

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición pues, como señala Faller, “la distinción, usual en la República Federal de Alemania, entre control normativo ‘abstracto’ y ‘concreto’, jurídicamente no muy precisa, establece *una diferencia entre quienes están facultados para plantear la cuestión sobre la constitucionalidad*”,²¹⁹ en cuanto que el control abstracto parece estar ligado, en principio, a la legitimación

²¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 823. Acción de inconstitucionalidad 14/2001.

²¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, noviembre de 1999, p. 791. Acciones de inconstitucionalidad 2/99 y 3/99, acumuladas.

²¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 448. Acción de inconstitucionalidad 9/2001.

²¹⁹ Faller, Hans Joachim, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, número monográfico, enero-febrero de 1979, p. 53.

restringida a ciertos órganos políticos²²⁰ que, en su caso, ejercerán la acción, no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva*²²¹ de la Constitución, “en interés de la Constitución y su primacía”. Ha podido así el Tribunal Constitucional alemán afirmar que no se trata de un procedimiento de contienda o contradictorio entre partes, sino unilateral, sin partes o litigantes, ya que no hay litigio en sentido estricto.²²² Y el Tribunal Constitucional portugués, por su parte, ha negado legitimación incluso a los órganos, en principio, constitucionalmente legitimados en aquellos casos en que uno de éstos se limita a remitir al tribunal una petición que le es dirigida por particulares, funcionando así como simple puente o hilo de ligazón entre éstos y aquél, y ello por considerar que quien requería su intervención eran los particulares y no la entidad constitucionalmente competente.²²³

²²⁰ No obstante, ciertas experiencias recientes parece que permitirían poner en duda la exactitud de esa afirmación. En efecto, la *praxis* colombiana de la acción popular de inconstitucionalidad parece que no ha privado al procedimiento de control normativo de su carácter abstracto. Al menos esto es lo que sostiene, de manera expresa, Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La justicia constitucional en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 74. Sin embargo, respecto de Hungría [donde también existe una acción popular de inconstitucionalidad], Brunner no deja de reconocer, quizás con mayor realismo, que el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad se aproxima funcionalmente a un control normativo concreto, bien es cierto que atípico (*sie sich funktional einer —freilich atypischen— konkreten Normenkontrolle nähert*). Brunner, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarische Verfassungsgerichtbarkeit”, *Der Staat*, t. 32, 1993, núm. 1, p. 300. Y digo “con mayor realismo” sólo porque parece difícilmente evitable que, en estos casos, no juegue un papel de cierta relevancia la “dialéctica del caso concreto”. Sea como sea, es una cuestión que requiere, y merece, un estudio mucho más profundo del que aquí podría hacerse; de ahí que sólo la dejemos apuntada.

²²¹ No obstante, en la práctica, “resulta muy difícil deslindar el ‘escrúpulo constitucional’ de la ‘razón política’ que puede impulsar a acudir a aquél [Tribunal Constitucional] y, a su través, a la opinión pública, con los consiguientes riesgos de contaminación política de la instancia jurisdiccional o, al menos, de valoración política de su actividad”. Trujillo Fernández, Gumersindo, *op. cit.*, nota 207, p. 5593.

²²² Sobre ello, puede verse Söhn, Hartmut, “Die abstrakte normenkontrolle”, en Christian Starck, *op. cit.*, nota 167, pp. 309 y ss.

²²³ Más adelante, el tribunal precisaría esta importante doctrina en el sentido de admitir la legitimación del órgano de que se trate cuando éste asumiese la petición de los particulares como propia y aceptase responsabilizarse, sin margen de ambigüedad, por el ejercicio del derecho de acción de que son titulares exclusivos. Lobo Antunes, Miguel, “Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais”,

El Tribunal Constitucional español, en fin, ha subrayado que

la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión de otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que está investida.²²⁴

En cuanto a México, al haberse seguido de una manera decidida —y hasta demasiado estricta— el sistema de la legitimación limitada a ciertos órganos políticos —la técnica de la *Organklage*—, parece que puede concluirse que el control ejercido por la Suprema Corte a través del proceso que inicia la acción de inconstitucionalidad es, sin lugar a dudas, un control de tipo abstracto, desligado del caso concreto y de todo interés particular de los sujetos legitimados.

3. *La elevada politicidad del control abstracto*

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias, cuando es una de estas últimas la que impugna la constitucionalidad de la ley o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tendencia política diversa).

en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas-Notícias, con prólogo de José Manuel M. Cardoso da Costa (presidente del Tribunal Constitucional), 1993, pp. 400 y ss.

²²⁴ STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2.

Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en Alemania, el control abstracto da lugar a que “cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Parece como si eso se hubiera convertido ya en una costumbre en la República Federal”.²²⁵

Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política.²²⁶

Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de “tercera Cámara”,²²⁷

²²⁵ Hesse, Konrad, “Evolución histórica y configuración de la Justicia Constitucional en Alemania”, en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 51.

²²⁶ El carácter pretendidamente objetivo de la acción de inconstitucionalidad también se ha puesto seriamente en duda, en la doctrina europea, en aquellos casos en que el recurso tiene una clara naturaleza “conflictual”, y no sólo cuando es una minoría la que impugna la ley, y ello porque se trata, en tales casos, de acciones en las que, bien las Comunidades Autónomas (España), los *Länder* (Alemania, Austria), o las regiones y las Comunidades (Bélgica), bien el Estado, más frecuentemente las primeras que el segundo, defienden, si no una situación jurídica subjetiva, algo que se le parece mucho, es decir, su propio ámbito de competencia. En todos esos casos se sostiene que el carácter objetivo de los recursos (en torno al 90 por 100 en España) parece muy discutible, cuando menos. Rubio Llorente, Francisco, en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, *op. cit.*, nota 212, pp. 39 y 40; Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 57.

²²⁷ Stone dice, abiertamente, que “cuando los tribunales constitucionales europeos ejercitan el control abstracto de la constitucionalidad (*exercise abstract review*)... estos tribunales se comportan como tercera cámara del Parlamento”. Stone, A., *The Birth of Judicial Politics in France, The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992, p. 253, *cit.* por Favoreu, Louis, “Los Tribunales constitucionales”, traducción de José Julio Fernández Rodríguez, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaúnde, (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson-Ediciones Jurídicas Lima-E. Esteva-Editorial Jurídica Venezolana, 1997. Esta acusación de ser una “tercera cámara” (“Dritte Kammer”) también se ha formulado en Alemania. Véase, negándola, Klaus Schlaich, *op. cit.*, nota 116, p. 79.

También Favoreu pone de relieve cómo autorizada doctrina ha caracterizado a los tribunales como “cuarto poder” (Crisafulli). Y otros, por su parte, hablan también de un “super parlamento”, como nos recuerda Mauro Cappelletti, *op. cit.*, nota 40, p. 134.

lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley.²²⁸

Precisamente por la politización inherente a esta vía procesal, en Alemania, Simon, en un conocido trabajo, sin llegar a sostener abiertamente la necesidad de prescindir del control abstracto de la constitucionalidad, subraya cómo la experiencia que se deriva de este tipo de control resulta menos estimulante que la del control concreto y conduce al Tribunal Constitucional a convertirse en “árbitro sobre valoraciones y prognosis opuestas sin estar más dotado ni cualificado para ello que el parlamento”;²²⁹ y, en la misma línea, Hesse subraya cómo el control abstracto “se ha evidenciado al paso de los años como cada vez más problemático... Y ello nos fuerza a plantearnos, ¿tiene este procedimiento realmente sentido?”²³⁰ Otros, desde hace ya años, defienden abiertamente la derogación o supresión (*Abschaffung*) del control normativo abstracto.²³¹ Häberle, por su parte, aun siendo, en línea coherente con su pensamiento, poco propicio a este tipo de control, reconoce que en Alemania, como Estado típico de “vía judicial”, se halla hoy en día (2004) completamente acreditado, pese a lo cual, a su juicio, no es muy recomendable en el caso de las democracias jóvenes:

Depende absolutamente siempre de las particularidades de cada Estado constitucional si se quiere permitir un competencia tal tan “política” de su tribunal constitucional. En el caso de Alemania, como típico “Estado de vía judicial”, se la puede tener como absolutamente acredi-

²²⁸ A ello alude Konrad Hesse, *op. cit.*, nota 225, p. 52, y Peter Häberle, “Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft”, en su libro recopilatorio *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Zwei Studien*, Athenäum, Frankfurt, 1980, p. 61, hoy traducido por nosotros en Hesse, Konrad, y Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16. nos recuerda cómo se ha hablado del Tribunal Constitucional (“críticamente) como ‘guardián’ o incluso como ‘señor’, como ‘cuarto’ o incluso como ‘primer’ poder, como ‘soberano oculto’ [heimlichem Souverän], etcétera”. En la doctrina alemana, acostumbra decirse que se corre el riesgo, de esta forma, de que ciertos debates parlamentarios acaben con un amenazador “nos veremos en Karlsruhe”, sede del Tribunal Constitucional alemán: “Wir sehen uns in Karlsruhe wieder”.

²²⁹ Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 836.

²³⁰ Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 225, p. 51.

²³¹ Véase, por ejemplo, el sucinto análisis de Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 175 y ss. Una posición de este tipo, hace ya más de veinticinco años, puede verse en Dolzer, Rudolf, *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972, pp. 114-118.

tada. Es digna de destacarse la introducción de un nuevo caso de control normativo abstracto en la LF (artículo 93.1, número 2a, con relación al artículo 72.2 LF). Una democracia joven debería, sin embargo, proceder con mucha cautela en la concesión de “competencias abstractas” a su tribunal constitucional (autónomo). Podría poner en peligro todavía más la autoridad a conseguir del tribunal constitucional.²³²

También en la doctrina española, un ex magistrado del Tribunal Constitucional ha sostenido abiertamente que

después de doce años de práctica del Tribunal Constitucional tengo la mayor antipatía por el recurso abstracto de inconstitucionalidad, por el recurso llamado objetivo. Me parece que la introducción de este recurso es quizás, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica²³³ y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar si el recurso directo estrictamente objetivo, sea de minorías, sea de órganos territoriales,²³⁴ se suprimiese; no es una opinión la mía que esté aislada, pues, hoy día, como se sabe, hay una buena parte de la doctrina que considera que el recurso directo podría suprimirse sin grave daño para nadie.²³⁵

Hay, sin embargo, algo que a mi juicio resulta indiscutible en la experiencia constitucional española: el recurso de inconstitucionalidad,

²³² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16.

²³³ Desmesura teutónica que, a juicio de Pérez Royo, se ha completado en España con un exceso latino por cuanto que en diez años se presentaron más recursos de inconstitucionalidad que en cuarenta años en Alemania, aproximadamente. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 212, p. 45.

²³⁴ No obstante, parece no referirse Rubio Llorente a todo recurso de inconstitucionalidad, como explica en un momento ulterior del debate: “lo que digo es que el 90 por 100 de los recursos de inconstitucionalidad son realmente conflictos de competencia (entre Estado y Comunidades Autónomas o entre éstas), tienen un componente subjetivo importante, yo de lo que me he mostrado poco amigo es del recurso puramente objetivo en el lo que se defienden son intereses políticos”. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 212, p. 47.

²³⁵ Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 212, p. 45. En el mismo debate, señala Cruz Villalón, “creo que el señor Rubio tiene muchísima razón cuando afirma que la supuesta objetividad de los procesos de control de normas es siempre cuestionable. En el fondo un elemento subjetivo existe siempre, porque cuando la minoría parlamentaria impulsa un proceso no lo hace pura y simplemente, en un cien por cien, por la defensa objetiva del ordenamiento. Después de todo, son los representantes de los ciudadanos, de forma que, sin tratarse estrictamente de derechos, sí hay una defensa de posiciones, de pretensiones, en definitiva de opciones políticas que interesan a los ciudadanos de manera más o menos próxima”. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 212, p. 44.

con todos sus inconvenientes y lacras, no sólo ha llevado a una “notable depuración del ordenamiento jurídico”,²³⁶ sino que ha jugado *un papel destacado* —así, sin hipérbole— *en la consagración de la democracia, el asentamiento de un Estado de derecho y el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones constitucionales* que el Tribunal Constitucional ha encontrado a algunos de los asuntos más polémicos de la vida política española, especialmente en materia de derechos fundamentales y organización territorial del Estado.²³⁷

Con ello, el Tribunal Constitucional español ha puesto fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía sino que más bien se habrían agudizado y encrispado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema. Y si bien este papel lo ha jugado el Tribunal Constitucional español no sólo por medio del recurso de inconstitucionalidad, sino también a través de las cuestiones de constitucionalidad, los recursos de amparo y los conflictos competenciales, no ofrece dudas que en ello el recurso de inconstitucionalidad ha tenido un papel especialmente destacado,²³⁸ cualitativamente hablando por lo pronto. En definitiva, con sus miserias, y también con sus excesos (que los ha habido), el recurso de inconstitucionalidad ha cumplido su misión de contribuir a la “paz jurídica” por

²³⁶ En palabras de uno de los presidentes que ha tenido el Tribunal Constitucional español: Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, nota 128, p. 55.

²³⁷ Por lo que al papel del control abstracto en materia autonómica se refiere, destaca la opinión de Pérez Royo en España: “...las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este era el problema clave de la Constitución. Todos sabíamos que esta Constitución iba a ser juzgada en buena medida por la capacidad que tuviera para dar solución a este problema endémico de la vida política y constitucional. De ahí que, allí donde no se obtuviera el consenso, el Tribunal Constitucional tendría que intervenir de una manera decisiva. Y, en ese sentido, creo que, aun a riesgo de politizar el órgano, de dotarle de una importante carga política, era casi imprescindible y casi inevitable que esto se produjera... Por lo tanto, de momento, pienso que el recurso abstracto no es un buen sistema, un buen mecanismo. Sin embargo, históricamente ha jugado un papel positivo, aunque *desde el punto de vista estrictamente teórico* yo esté también de acuerdo con el señor Rubio”. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 212, p. 46 (cursiva mía).

²³⁸ Precisamente por ello, la doctrina lo considera “el más importante instrumento procesal para controlar las leyes y normas con fuerza de ley”. Así, Esteban, Jorge de y González Trevijano, Pedro J., *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, t. III, p. 225.

medio de la aclaración de las dudas más graves sobre la validez de las leyes²³⁹ que se han planteado en la vida política.

Se comprende así que, también en Alemania, la más autorizada doctrina abogue, y bien recientemente, de una manera resuelta y explícita, “por el mantenimiento del control abstracto de normas”, y lo haga además justamente en atención a las “sentencias básicas” e “importantísimas decisiones”, especialmente en materia de derechos fundamentales o federalismo, adoptadas por el tribunal a través de este procedimiento.²⁴⁰ Y, como concluye Stuth, no es sólo que “la problemática del control constitucional de las leyes esté *de lege lata* decidida por el artículo 93, 1, n. 2 LF”, sino que además “las propuestas de derogación apenas cuentan con posibilidades de realización”, lo que ni impide ni hace superfluas, en modo alguno, las reflexiones sobre este tipo de control y sus problemas, y muy especialmente sobre sus límites.²⁴¹ Es una competencia, nos dice Häberle más recientemente todavía, “absolutamente acreditada” en un país como Alemania, que es un país típico de “vía judicial”.²⁴²

²³⁹ Como para Alemania concluye Stuth: “Die abstrakte Normenkontrolle dient weiter dem Rechtsfrieden durch Klärung von Geltungszweifeln”. Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 976.

²⁴⁰ Es la postura de Peter Häberle, *op. cit.*, nota 39, p. 276, quien exige, no obstante, autolimitación en el Tribunal Constitucional, que en general siempre ha existido. Autolimitación que, en España, es manifiesta hasta el punto de que Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, ha podido sostener, “sin temor a exagerar”, que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional a través de la vía del control abstracto de normas se ha centrado más que en los límites constitucionales del legislador, en los límites del propio Tribunal Constitucional en su labor de enjuiciamiento de la ley democráticamente aprobada (p. 80); ha ejercido, pues, el control abstracto de la constitucionalidad “con un grado de autocontrol muy elevado” (p. 86). Y ello, sin embargo, no le ha impedido, en modo alguno, dictar por esta vía decisiones fundamentales para todo el sistema constitucional.

²⁴¹ Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 979. De una encuesta hecha en 1983 a los dieciséis magistrados constitucionales alemanes se desprende que sólo dos de ellos eran partidarios de la derogación del control normativo abstracto. Los resultados de esta encuesta pueden verse en el libro Christine Landfried, *op. cit.*, nota 231, *in toto*; el dato mencionado lo tomo de la p. 177. Como Landfried nos recuerda, “el proceso de control abstracto puede ser mal empleado por la oposición en el Parlamento para lograr sus objetivos políticos por medios legales. Sin embargo, hay que reconocer que el control abstracto de constitucionalidad es un proceso importante para la protección de las minorías”. Christine Landfried, *op. cit.*, nota 33, pp. 117 y 118.

²⁴² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16. No obstante, considera que: “una democracia joven debería, sin embargo, proceder con mucha cautela en la concesión de ‘competencias abstractas’ a su tribunal constitucional (autónomo). Podría poner en peligro todavía más la autoridad a conseguir del tribunal constitucional”.

Resulta así que, sin perjuicio de reconocer los riesgos de politización inherentes a la vía procesal iniciada por la acción de inconstitucionalidad, la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo que desde luego no impide reconocer que la vía idónea para plantear la constitucionalidad de una norma es la vía del control concreto, pues dicha vía permite apreciar la aplicación de la ley y no juzgarla “en el vacío” y, sobre todo, priva a la cuestión sobre la constitucionalidad de una buena parte de su carga política. Ello es especialmente cierto cuando se trata de un control concreto en sentido estricto, como el que existe en México. Y respecto de España, cabe señalar que nadie hasta ahora en la doctrina constitucional ha propuesto seriamente una reforma constitucional en ese sentido, más allá de discusiones teóricas sobre las ventajas e inconvenientes del instituto.²⁴³ Dicha reforma, por lo demás, no tendría al día de hoy, en España, la más mínima viabilidad.

Puede, así, Fernández Segado sostener, en opinión que suscribimos por entero, que

pese a esta carga política adicional que puede presentar, a veces virulentamente incluso, este control abstracto, creemos que el mismo ofrece una *operatividad funcional* que debe ser preservada en cuanto que permite que las minorías parlamentarias (por lo menos en España) que hayan visto derrotadas sus tesis legislativas puedan acudir al Tribunal Constitucional, no en demanda de la preservación de un interés propio, sino en defensa de lo que entienden como postulados legislativos coherentes con la correcta interpretación de la norma suprema.²⁴⁴

A la luz de esta experiencia comparada, puede afirmarse con respecto al caso mexicano, que es el que motiva todas estas reflexiones,

²⁴³ Y en la doctrina alemana, Helmut Simon, *cit.*, nota 143, señala cómo la reunificación alemana ha forzado a un planteamiento a fondo a fin de acabar con la sobrecarga de trabajo del tribunal y ello ha dado lugar a reflexiones doctrinales y políticas que han desechado ciertas soluciones y, entre ellas, la de “limitar procesalmente las competencias”, mediante —por ejemplo— la supresión del control abstracto de la constitucionalidad, propuesta que se ha rechazado “por mucho que [ese control abstracto] parezca insatisfactorio” (p. 860), como efectivamente lo es, a su juicio (p. 836: “Por contra, las experiencias con el control *abstracto* de normas... resultan menos estimulantes”).

²⁴⁴ Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, en Fernández Segado y García Belaunde, *op. cit.*, nota 227, p. 634.

que la acción de inconstitucionalidad es una vía procesal insustituible para la defensa de la Constitución y el orden de valores en que ésta reposa. Creo que, como instrumento básico y de la mayor eficacia para la protección de las minorías políticas y, sobre todo, como medio de poner punto y final a conflictos que de otro modo permanecerían enconados en la vida política, *la acción de inconstitucionalidad está destinada a jugar —si otros factores no lo impiden— un papel relevante, acaso insustituible, en la democratización real de México*. Ello será especialmente así a medida en que se vayan abriendo, como sin duda habrá de ocurrir, los diversos candados con que ha nacido configurada la acción de inconstitucionalidad.

Es previsible que en no pocas ocasiones se convierta esta acción en un *medio de prorrogar por la vía judicial un conflicto que en la vía política no ha hallado solución adecuada*, más todavía si se tiene en cuenta la fugacidad del plazo para interponerla. Pero ello, lejos de politizar la justicia, tendrá el efecto, si la Suprema Corte cumple medianamente bien su papel, de *poner fin a conflictos políticos que de otro modo se habrían enconado en la sociedad y la vida política mexicanas*, y ello por medio de la aceptación, aunque sea “a regañadientes”, por ambas partes contendientes —el grupo parlamentario mayoritario que aprobó la ley, por una parte, y por otra, bien el grupo minoritario que la impugna, bien el procurador general, bien el partido político (minoritario) impugnador de la ley electoral— de la resolución de la Suprema Corte en un sentido u otro.

Conviene insistir en que esto no es mera teoría, sino ante todo una experiencia corroborada en casi todos los ejemplos consagrados que el derecho comparado actual nos ofrece. Hemos dicho ya algo sobre España, país en el que “las sentencias del Tribunal Constitucional han sido siempre rigurosamente respetadas... *a veces casi con exceso*”, en palabras literales de quien fue magistrado del Tribunal Constitucional durante más de una década.²⁴⁵

²⁴⁵ Rubio Llorente, Francisco, “Jurisdicción constitucional y legislación en España”, en el colectivo dirigido por Christine Landfried, *Constitutional Review and Legislation*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, artículo hoy recopilado en su libro *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 460.

Y respecto de Alemania —y es opinión común en la doctrina de este país, y predicable asimismo de casi todos los modelos consagrados de Tribunal Constitucional—, nos dice Schneider que

sus sentencias (las del *Bundesverfassungsgericht*) se basan en las normas legales vigentes ya que su campo de acción está dado por el orden constitucional de la ley fundamental. Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte juzga de acuerdo con intereses al balancear antítesis políticas, aunar fuerzas opuestas y conciliar opiniones contrarias en el terreno constitucional. Visto así, da la impresión de que la Corte actúa a menudo como “conciliador” o “arbitrador” en batallas de opinión política y llega a sentencias en las que incluso, en algunos puntos, la parte derrotada puede sentirse en parte como un ganador y la parte exitosa como un perdedor.²⁴⁶

En Alemania, Italia, Portugal, Austria, Colombia, o España —y la lista podría ampliarse sin grandes dificultades— se admite por la doctrina que el Tribunal Constitucional ha cumplido ese papel de integración social y política y de neutralización de los conflictos políticos. No cabe, desde luego, desconocer que este papel lo han jugado los Tribunales Constitucionales no sólo a través de la acción o recurso de inconstitucionalidad (el “control abstracto” en suma) que existe en todos esos países, sino también por medio de otras vías procesales. Pero es indiscutible que, si la abstracción de la acción de inconstitucionalidad ha podido implicar dificultades adicionales en algunos casos o incluso en todos ellos, ha sido al mismo tiempo una vía para solucionar conflictos políticos —patentes o permanentemente latentes—, de gran profundidad, conflictos que de otra manera habrían permanecido sin solución posible en muchos casos y, lo que es más grave, sin que el sistema ofreciese ninguna válvula de escape, con el gran riesgo que ello puede significar.

El riesgo de una elevada politización ya ha sido advertido crítica y recelosamente, por lo demás, en la doctrina mexicana, por García Ramírez, en los siguientes términos:

volvamos a la realidad. Si la Suprema Corte de Justicia se pronuncia por la constitucionalidad de la ley, habrá entrado en conflicto con los

²⁴⁶ Schneider, Hans-Peter, “El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 1991, núm. 31, p. 103. Landfried, por su parte, nos dice que “el problema no es tanto la ausencia de obediencia de los miembros del Parlamento hacia el Tribunal, sino más bien su exceso”, lo que ilustra con varios ejemplos, Christine Landfried, *op. cit.* nota 33, p. 116.

partidos de oposición —personeros de una buena parte de la opinión pública—, que difícilmente cederán —insisto: no olvidemos la realidad— ante los argumentos en que la Suprema Corte funde su sentencia desestimatoria. Si este tribunal acoge la pretensión de los opositores, su sentencia creará un problema frente a los legisladores del partido mayoritario y con respecto al Presidente de la República, en el supuesto, nada infrecuente, de que este funcionario sea el autor de la iniciativa aprobada. Como se ve, la Suprema Corte se halla entre dos fuegos...²⁴⁷

Por ese motivo se trata de una solución “inadecuada” a la luz de una realidad política concreta como es la mexicana “puesto que se trata de una solución intensamente política para atender un problema de doble contenido: jurídico y político”. Y aunque teóricamente los legisladores impugnadores actúan “en favor de la ley”, en realidad —y sin atender a lo que sería el comportamiento ideal y teórico— lo que aquí se produce es un “traslado del conflicto político, que viaja de un foro de este carácter a uno de naturaleza jurisdiccional”.

Frente a ese enfoque, cabe aludir no sólo a la *positiva experiencia comparada*, sino también ya a la *propia experiencia mexicana*, por breve que sea todavía, con los efectos positivos e integradores que han tenido las resoluciones emitidas hasta la fecha por la Suprema Corte por la vía del control abstracto de la constitucionalidad, y ello por más que sus decisiones hayan sido bien discutibles en alguna ocasión.

Nada de ello permite desconocer que, a través de la acción de inconstitucionalidad va a promoverse por lo general la solución de verdaderos conflictos políticos en sede judicial, pero eso es algo conocido pues, como dijera Wilhelm Wangler, y nos recuerda Bachof,²⁴⁸ *ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico*. Y se tratará, por lo general, no simplemente de conflictos políticos (que en realidad lo son todos de los que conoce un órgano de la constitucionalidad), sino de conflictos “de importante calado político” para los que no se ha podido encontrar solución en el ámbito legislativo y que,

²⁴⁷ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 11, pp. 994 y 995.

²⁴⁸ Bachof, Otto, “Die richterliche Kontrollfunktion in westdeutschen Verfassungsgefüge”, en el colectivo *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* (homenaje a Hans Huber en su sexagésimo aniversario), Berna, Stämpfl & Cie, 1961, p. 43.

en principio, de no existir esta vía procesal ante la Suprema Corte, quedarían ahí acumulados como un peligroso león durmiente, pero que podrían estallar en cualquier momento. Este riesgo se agudizaría a medida que se produjera en México una mayor democratización efectiva y se caminara hacia una conformación parlamentaria más pluralista. Por ello, la introducción de la acción de inconstitucionalidad era, con toda probabilidad, un paso necesario, indispensable, en el camino hacia una democracia real y efectiva, y su introducción sólo puede merecer así una valoración global positiva.

La resolución de la Suprema Corte, como tercero imparcial, si sabe cumplir medianamente con su papel, tendrá la virtud de poner fin a ese conflicto. Es obvio que la Suprema Corte, al resolver, terminará dando la razón a una de las partes, y con frecuencia también a uno de los protagonistas de lo que, a la postre, es un conflicto político; pero aquí hay que insistir en la experiencia comparada que demuestra que en todos los países las resoluciones del Tribunal Constitucional son acatadas por el partido o partidos políticos a los que no se da la razón, quedando la cuestión cerrada, sin perjuicio de que haya siempre cuestiones puntuales en las que sea difícil lograr, *de manera inmediata*, esa aceptación generalizada, pero la experiencia general es, desde luego, en todos los países, positiva. Hay que tender a que, como lo ha dicho con toda concisión y acierto la ministra Sánchez Cordero, no haya ni vencedores ni vencidos, sino simplemente una resolución del Tribunal que resuelve un conflicto que se le plantea desde el que ha de ser su lugar, desde “el único sitio que ocupa: el del intérprete máximo del texto constitucional”.²⁴⁹

Ello va a depender en muy buena medida de la responsabilidad de las fuerzas políticas en la oposición, pero también del ejercicio razonable —y no autoritario, a modo de rodillo parlamentario, cerrado a todo debate o acuerdo— del poder por la fuerza política mayoritaria. No hay razones para pensar que la experiencia universal (y subrayo esto último: universal) del recurso o la acción de inconstitucionalidad vaya a encontrar, en este terreno, una excepción en México, con un contexto socio-político más adecuado que el de otros países en que ha funcionado correctamente el control abstracto.

²⁴⁹ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “Ni vencedores ni vencidos. Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia en las Controversias Constitucionales”, en <http://www.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/>, conferencia pronunciada en el Salón de Plenos del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, 5 de septiembre de 2002.

La experiencia de casi una década de vigencia de la reforma constitucional que introdujo en México la acción de inconstitucionalidad no parece desmentir esas previsiones sino que, lejos de ello, las confirma. No parece que haya habido desmesuras ni excesos, sino que la acción de inconstitucionalidad ha cumplido un papel medianamente positivo, en el peor de los casos.

VI. LA ARTICULACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS RESTANTES MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. *Acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales*²⁵⁰

Como hemos ya dicho, por medio de las controversias constitucionales puede plantearse ante la Suprema Corte la constitucionalidad

²⁵⁰ Para un contraste entre estos dos mecanismos procesales de control constitucional, es interesante hacerse eco de la tesis jurisprudencial siguiente: “Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional. Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Diferencias entre ambos medios de control constitucional. Si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene características particulares que las diferencian entre sí; a saber: *a*) en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; *b*) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; *c*) tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; *d*) respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; *e*) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; *f*) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, *g*) los efectos de la sentencia dictada en la controversia

de normas generales (no electorales) y obtenerse una declaración *general* de inconstitucionalidad de las mismas, lo que también plantea un problema de articulación de esta vía con la acción de inconstitucionalidad, a fin de evitar sentencias contradictorias.

Pues bien, dicha articulación es la que trata de establecer y regular los artículos 37 y 38 LR105, a los que se remite, a su vez, el artículo 69 LR. El primero de dichos preceptos faculta a la Suprema Corte para aplazar, mediante acuerdos generales, el juicio de la controversia que tenga por objeto la impugnación de las mismas normas que aquellas cuya constitucionalidad se impugna también por la vía de la acción de inconstitucionalidad. De los artículos 38 y 69 LR105, por su parte, se deriva que cuando exista conexidad entre dos o más acciones de inconstitucionalidad, o también entre una o varias de éstas y una o varias

constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta”. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XII, agosto de 2000, p. 965. Controversia constitucional 15/98.

También es de interés la siguiente tesis jurisprudencial: “Acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional. La violación al principio de división de poderes puede ser materia de estudio en una u otra vía. La controversia constitucional, por su propia naturaleza, constituye un verdadero juicio entre los poderes, entes u órganos que se precisan en la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y si bien es cierto que la litis por regla general versa sobre la invasión a la esfera de competencia o atribuciones que uno de ellos considera afectada por la norma general o acto impugnado, lo cual implica la existencia de un interés legítimo del promovente, también lo es que tal circunstancia no conlleva a establecer que ese tema sea exclusivo de ese medio de control de la constitucionalidad y que no pueda ser motivo de análisis en una acción de inconstitucionalidad, si las partes que hagan valer esta última están legitimadas y sus planteamientos involucran la confrontación de las normas impugnadas con diversos preceptos de la Constitución Federal, como el artículo 49 que tutela el principio de división de poderes, por tratarse de una violación directa a la Ley Fundamental. Por tanto, basta el interés genérico y abstracto de preservar la supremacía constitucional, para realizar el examen aludido en una acción de inconstitucionalidad, sin que obste la circunstancia de que la violación al citado principio también pudo haber sido materia de estudio en una controversia constitucional”. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XVIII, diciembre de 2003, p. 531. Acción de inconstitucionalidad 10/2003 y su acumulada 11/2003. Tesis jurisprudencial 81/2003.

controversias constitucionales, no procederá su acumulación, pero “podrá” acordarse que se resuelvan en la misma sesión, siempre que su estado procesal lo permita.

En otro orden de cosas, puede decirse que la controversia constitucional exige para que pueda ser planteada respecto de normas generales (que es el supuesto que nos interesa) la existencia de un conflicto jurídico, concreto y real, entre órganos constitucionales o niveles de gobierno, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de inconstitucionalidad. El plazo, sin embargo, para plantear la constitucionalidad de las normas generales por medio de la controversia no coincide con el que rige para las acciones de inconstitucionalidad ya que es un plazo de treinta días a contar bien desde la publicación de la norma (y en esto coincide con el plazo de las acciones de inconstitucionalidad), bien desde que se haya producido el primer acto de aplicación de la norma.

Además, en las controversias constitucionales, cuando se haya impugnado la constitucionalidad de leyes federales por un Estado, no se exige para declarar su inconstitucionalidad una mayoría reforzada en el seno del Pleno de la Suprema Corte, sino que basta con la mayoría simple,²⁵¹ lo que contrasta fuertemente con la exigencia de una mayo-

²⁵¹ Véase la aguda interpretación, en este sentido, de Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 12, p. 774. Entendemos, por nuestra parte, que aunque el artículo 105.I de la Constitución parece limitar, en estos casos, por inexplicable analogía con el amparo, la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad a “las partes de la controversia”, ello no debería resultar de aplicación a las controversias en que se impugnan disposiciones generales, de modo tal que los efectos de la inconstitucionalidad se limiten al ámbito territorial del estado que obtuvo la sentencia favorable. Esta solución sería completamente absurda y violentaría principios constitucionales básicos, referentes fundamentalmente a la configuración federal del estado, además de resultar totalmente disfuncional. Es obvio además que una norma general puede contrariar o no los preceptos constitucionales, pero, si los contraría y se declara por consiguiente su inconstitucionalidad, ésta no puede limitar sus efectos al ámbito del estado impugnador, pues lo que se declara es la invalidez de la ley misma, y no meramente se modifica o restringe su ámbito territorial de aplicación, resultado sencillamente absurdo y para el que no sirve la justicia constitucional. La limitación de los efectos a “las partes de la controversia” debería, por ello, a nuestro juicio, entenderse referida exclusivamente a los supuestos en que la controversia se suscita sobre un acto, pero no cuando se refiere a disposiciones generales pues en esta hipótesis, por la propia naturaleza de las cosas, por una interpretación constitucional sistemática, por exigencias lógicas derivadas de la “invalidez” de disposiciones generales (no de actos) en conexión con la propia supremacía constitucional y, en fin, por razones de economía procesal (a fin de evitar o limitar el planteamiento acumulado de controversias por múltiples municipios o estados), la limitación de los efectos a las “partes de la controversia” es insostenible pues nada tiene

ría de ocho votos que se exige, en todos los casos, en los procesos iniciados por la acción de inconstitucionalidad, así como también en las propias controversias constitucionales cuando las normas impugnadas no sean de carácter federal. Ello no sólo resulta incongruente, sino que no hace sino poner más de relieve lo absurdo que resulta la exigencia de una mayoría reforzada en el seno del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de una norma, como trataremos de explicar en el último capítulo de este libro al hablar de la sentencia.

2. *Acción de inconstitucionalidad y amparo*²⁵²

La introducción por la reforma constitucional de 1994 de una nueva vía de control de la constitucionalidad que consiste en un control abstracto de que conoce directamente la Suprema Corte y que se caracteriza por la eficacia general de las declaraciones de inconstitucionalidad a que eventualmente puede dar lugar, plantea un problema de coordinación con la vía tradicional hasta ahora de control de la constitucionalidad en México, que la reforma mantiene y que consiste en un control incidental por vía de amparo a cargo de cualquier juez o tribunal federal,²⁵³ sistema este último que se caracteriza además, conforme a la ya aludida “fórmula Otero”, por la eficacia limitada a las partes que intervienen en el litigio de que en cada caso se trate.

Esta articulación entre estos dos sistemas, tan diversos en su estructura, de control de la constitucionalidad ha tratado de lograrse, por una

que ver el proceso de las controversias constitucionales con el amparo, ni en su estructura ni en su finalidad; por consiguiente, los efectos habrán de ser necesariamente generales, y así debería precisarlo la Suprema Corte. Por otra parte, cabe señalar que, de interpretarse que la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede, efectivamente, limitar sus efectos “a las partes en la controversia”, ello habría de llevar, coherentemente, a una interpretación del penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional distinta de la que ha llevado a cabo el legislador ordinario en el artículo 42 LR105, de tal modo que se precisaría la mayoría reforzada de 8 votos para que la inconstitucionalidad produzca efectos generales, pero bastaría, en cambio, con la mayoría simple de los ministros para declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados a “las partes en la controversia”.

²⁵² Véase, además, lo que señalamos sobre estas dos vías procesal-constitucionales al hablar de la sentencia en el capítulo V, apartado III, subapartado 1.

²⁵³ *Cfr. infra*, capítulo V, apartado 1, subapartado d). El sistema del juicio de amparo se caracteriza, asimismo, por el elevado número de causas de improcedencia y sobreseimiento, especialmente a la luz de la jurisprudencia absolutamente formalista que en torno a las mismas se ha desarrollado.

parte, por medio de una doble competencia que permite a la Suprema Corte pronunciarse respecto de amparos contra leyes por la vía de recurso, con lo cual se evitan incongruencias entre la jurisprudencia que pueda sentarse por la vía de la acción de inconstitucionalidad y la establecida por la vía del amparo; y, por otra parte, esa coordinación se logra sobre todo por medio de la suspensión de los juicios de amparo contra leyes que versen sobre las mismas normas que una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolverse. Veamos, concretamente, esas tres vías de articulación:

a) De un lado, se prevé un *recurso de revisión* (apelación, en realidad) contra las sentencias pronunciadas en audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado una ley federal, local o del Distrito Federal, o un tratado internacional por estimarlos directamente violatorios de un precepto de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos [artículo 10.II.a) LOPJF].

b) De otro lado, se regula asimismo un *recurso de revisión (apelación)* contra las sentencias que, en amparo directo, pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales (artículo 10.II LOPJF).

c) Se faculta, en tercer lugar, a la Suprema Corte de Justicia, a solicitud de alguno de sus integrantes, para *decidir, mediante acuerdos generales, el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella y que tengan por objeto la impugnación de la constitucionalidad de las mismas normas que las que son objeto de una acción de inconstitucionalidad ya planteada* ante la propia Suprema Corte. La suspensión se producirá hasta que se resuelva la acción de inconstitucionalidad, estableciéndose adicionalmente, y de manera expresa, que no correrá, entre tanto, el plazo de caducidad previsto legalmente para los juicios de amparo (artículo 37 en relación al artículo 69 LR). Se trata, de este modo, de salvar la congruencia de las decisiones de la Suprema Corte, dándose prioridad lógicamente a la sentencia a

pronunciar en la acción de inconstitucionalidad, siendo después resueltos los amparos planteados contra las mismas normas y ello, naturalmente, en el mismo sentido en que se hizo en el proceso de control normativo iniciado por la acción de inconstitucionalidad.

Digamos para terminar que el perfeccionamiento del sistema exige de manera ineludible tal y como viene reclamándolo la doctrina mexicana desde hace ya décadas, y al margen ya de otras mejoras posibles dotar, bajo ciertas condiciones, de *efectos generales a estas sentencias pronunciadas por la Suprema Corte en los juicios de amparo contra disposiciones legales generales frente a la tradicional relatividad de sus efectos* que ha venido caracterizando desde siempre al amparo mexicano,²⁵⁴ conforme a la “fórmula Otero”, fórmula que si bien pudo cumplir en su momento una función importante, en los tiempos actuales ha quedado desde luego completamente obsoleta. Por ello compartimos por entero la certera opinión de Fix-Fierro de que

la reforma de 1994 no estará completa si no se modifica también a fondo el instrumento más tradicional de defensa de la constitucionalidad, que es el amparo. En particular, por diversas razones, entre ellas la muy importante de la igualdad, es necesario que en el amparo contra leyes exista la posibilidad de la declaración general de inconstitucionalidad, reclamada por parte de la doctrina desde hace tiempo.²⁵⁵

Sin perjuicio de ello, parece también enteramente suscribible la propuesta de Tortolero Cervantes de incorporar, al sistema mexicano de

²⁵⁴ No obstante, debe señalarse que, con arreglo a la llamada “suplencia de queja” regulada en los artículos 107.II de la Constitución y 76.I de la Ley de Amparo, manifestación de la regla *iura novit curia*, “el juez de amparo tiene la obligación de corregir los errores de técnica jurídica del promovente de un juicio de amparo cuando la conducta de la autoridad que afecte sus derechos se apoye en disposiciones legislativas que la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte hubiese declarado inconstitucionales, aun cuando el propio reclamante no hubiese impugnado específicamente dichas normas, lo que extiende, así sea en forma limitada, los efectos particulares de las sentencias de amparo contra leyes a otros casos diversos de aquellos en los cuales se hizo la declaración de inconstitucionalidad, pero siempre que en los mismos se impugnen actos apoyados en disposiciones normativas que la mencionada jurisprudencia obligatoria hubiese considerado violatorias de la Carta Fundamental”. Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José R., *op. cit.*, nota 13, pp. 770 y 771.

²⁵⁵ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 9, p. 56. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad en Latinoamérica y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 87 y ss.

control constitucional, la *cuestión de inconstitucionalidad*,²⁵⁶ facultando para plantearla ante la Suprema Corte, como primer paso al menos, únicamente “al Tribunal Superior de Justicia de los Estados o del Distrito Federal, y a los Tribunales Colegiados para cuestiones federales, de oficio o a propuesta de los jueces de primera instancia”, aunque, eso sí, “sin candados como mayorías cualificadas o efectos restringidos de la declaratoria del máximo tribunal”;²⁵⁷ pudiendo ser también una solución alternativa la de facultar para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes a cualquier juez o tribunal (o, al menos, a los federales) pero

²⁵⁶ La cuestión de inconstitucionalidad se conoce en la doctrina alemana como “control normativo concreto”. A su través se examina por el Tribunal Constitucional alemán la compatibilidad con la Constitución de una norma jurídica, pero, a diferencia de lo que ocurre en el control abstracto, por un lado, aquí sí que tiene que existir al menos un caso concreto, que condiciona el enjuiciamiento (sólo se examina la ley si la solución del caso concreto depende de ella, y en la medida en que sea así, para lo que hay que atender a la parte dispositiva y, excepcionalmente, a los fundamentos jurídicos de la resolución); y de otro lado, aquí el Tribunal Constitucional sólo goza del llamado *Verwerfungsmonopol* o monopolio de rechazo, pero ya no del monopolio de examen: no es sólo el Tribunal Constitucional el que puede examinar si una norma jurídica es compatible con la Constitución, como ocurre cuando se trata de un examen abstracto, sino que todo tribunal puede y debe llevar a cabo ese examen (pero sólo uno, el Constitucional, puede además anular la ley parlamentaria, mientras que el resto, si consideran inconstitucional la ley, tienen que plantear la cuestión al Tribunal Constitucional); éste, en el control concreto, sólo tiene el monopolio para declarar inconstitucional la ley parlamentaria que se considere contraria a la LF. A través de este control concreto, precisamente, cualquier juez o tribunal ordinario (y también los tribunales constitucionales de los *Länder*) que ha de resolver un caso concreto y para ello ha de aplicar una ley que considera inconstitucional (no bastan las dudas) puede y debe plantear la cuestión al Tribunal Constitucional para que éste resuelva si la ley es o no conforme a la LF (deber positivo de examen); el juez o tribunal ordinario no puede resolver por sí mismo que la ley es contraria a la Constitución, como es propio de los sistemas difusos de control de la constitucionalidad (*judicial review* norteamericana), sino que ha de remitir la cuestión al Tribunal Constitucional, quien tiene así el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes (monopolio negativo de rechazo) y sólo cuando el Tribunal Constitucional resuelve, puede el juez ordinario que planteó la cuestión resolver el litigio siguiendo la decisión del Tribunal Constitucional sobre la ley de cuya constitucionalidad dependía la solución del caso. Se dice, por ello, que la finalidad esencial del control normativo concreto de la constitucionalidad, a diferencia del control abstracto, no es la de actuar como “Guardián de la Constitución”, sino la de proteger al legislador parlamentario frente al juez, impidiendo que cualquier juez pueda dejar de aplicar una ley parlamentaria en atención a su propio criterio sobre la conformidad de dicha ley con la Constitución, con la inseguridad jurídica que conllevaría ese reparto difuso de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes.

²⁵⁷ Tortolero Cervantes, Francisco, “Jurisdicción constitucional y conflictos políticos. SCJN: ¿hacia un tribunal constitucional?”, tesis de licenciatura, inédita, p. 144.

únicamente cuando la pretendida inconstitucionalidad consista en la vulneración de alguno de los preceptos constitucionales relativos a los derechos humanos.

VII. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE UNA FEDERACIÓN. DESARROLLO EN MÉXICO

1. *En general*

En varios estados con estructura territorial de carácter federal, aparte de la influencia que los estados puedan tener en la designación de los jueces constitucionales,²⁵⁸ cada uno de los estados suele estar dotado de un Tribunal Constitucional propio, y estos tribunales constitucionales de ámbito estatal coexisten con el correspondiente Tribunal Constitucional que existe a nivel de toda la Federación. Es éste el caso, ante todo, de Alemania, cuya ley fundamental menciona en diversos preceptos (artículos 93.4 y 100.1 y 100.3 LF) la posibilidad de que los *Länder* dispongan de su propio Tribunal Constitucional, lo que ha hecho que prácticamente todos ellos se hayan dotado de uno de esos tribunales. Como nos recuerda Ruiz Miguel,

el canon o medida de la constitucionalidad que utilizan es sólo la Constitución del *Land*, y no la Ley Fundamental ni el derecho federal especial. Las competencias de los tribunales no son uniformes. Son siempre objeto de control los actos de los poderes públicos del *Land* o las actuaciones de sus órganos. Sin embargo, también pueden serlo las leyes del *Land* dictadas sobre la base de leyes marco federales, las leyes o los reglamentos del *Land* elaborados merced a una habilitación hecha por el Gobierno Federal.²⁵⁹

²⁵⁸ *Cfr.*, al respecto, Rinella, Angelo, y Tobia, Mario, “I Giudici costituzionali nei sistemi federali”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 403 y ss.

²⁵⁹ Ruiz Miguel, Carlos, *Consejos de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Madrid, Dyckinson, 1995, p. 203, nota 110. Un estudio somero de la cuestión en el derecho alemán, y la rica y positiva experiencia que de ello se ha derivado, puede verse en Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, pp. 246-250, quien señala, entre otras cosas: “Quizás pudiera extraerse una prudente analogía en relación con la comunidad que, en el único mundo de nuestro planeta azul ‘Tierra’ forman hoy como miembros la ‘familia de los Estados constitucionales’. En el campo del control jurisdiccional de la Constitución los Estados constitucionales singularmente considerados no

No obstante, también existe la interesante posibilidad en Alemania (artículo 99 de la Ley Fundamental) de que “mediante una ley de un *Land*” se confiara “al Tribunal Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho *Land*”. Es decir, una Ley de un *Land* puede atribuir la competencia para conocer de la conformidad a la Constitución de un *Land* de la legislación (no federal) no a un Tribunal Constitucional del propio *Land*, sino al Tribunal Constitucional Federal. Es el caso del *Land* de Schleswig-Holstein, que ha renunciado a instituir un Tribunal Constitucional propio.

2. Desarrollo actual en México

Con relación a lo anterior, decíamos aquí en la anterior edición de esta obra:

Nada de esto se prevé en México, y tampoco puede la Suprema Corte por medio de la acción de inconstitucionalidad estudiada controlar la “constitucionalidad local” sino sólo la conformidad de las leyes locales a la Constitución de la Federación, de modo análogo a como en España no hay tampoco Tribunales Constitucionales en el ámbito de las comunidades autónomas.²⁶⁰ Pero no cabe duda que la proximidad que resulta más razonable buscar, en este plano, para un Estado con estructura federal como México es la de otro Estado federal, como Alemania, y no tanto la de otros países de estructura territorial no federal, aunque sí descentralizada, como podría ser el caso de España o Italia. En esta línea

podrían intercambiarse de forma suficientemente intensiva. Esto rige también para su *status*, su organización y sus procedimientos, su derecho procesal y el contenido de su jurisprudencia. Sin embargo, el intercambio y la competencia de los distintos modos de control jurisdiccional de la Constitución dentro de una federación al menos pudiera ser un modelo para todas aquellas culturas constitucionales ligadas *regionalmente*. En concreto: así como en el artículo 11.3 de la Constitución española (1978) sigue actuando una conexión cultural específica con los ‘países iberoamericanos’ (véase también el artículo 15.3 de la Constitución de Portugal de 1976), entre los países hispanoamericanos existe una ligazón jurídico-cultural que abre la posibilidad de intensivos diálogos de trabajo en la materia de control jurisdiccional de una Federación o de sus estados miembros. ¡Este tomo en no escasa medida sirve para ello!” (pp. 249 y 250).

²⁶⁰ En España, en efecto, no hay tribunales constitucionales autonómicos ni órgano jurisdiccional alguno encargado de velar por la estatutoriedad (o conformidad al Estatuto de Autonomía, norma institucional básica de cada comunidad autónoma) de las leyes autonómicas, por más que algunos hayan tratado de equiparar a algunos órganos consultivos autonómicos a una suerte de tribunal constitucional de ámbito autonómico, lo cual como Ruiz Miguel ha demostrado carece de todo sentido. Ruiz Miguel, Carlos, *op. cit.*, nota 259, pp. 202 y ss.

de pensamiento, quizás habría que ir pensando en México en instaurar un control de la conformidad a las Constituciones locales de las leyes de los Estados dotado de efectos generales, lo que bien podría hacerse mediante un instrumento procesal, de ámbito local, más o menos análogo a la acción federal de inconstitucionalidad.

Pues bien, en la actualidad la situación jurídico-constitucional ya no es la misma, sino que ha habido *desarrollos importantes* en estos últimos años. Veamos por qué.

La Suprema Corte, apremiada por el rezago importante, entre otras medidas, estableció en los Acuerdos Generales 10/2000 y 5/2001 que de la interpretación del séptimo párrafo del artículo 94 de la Constitución se deriva la facultad de remitir para su conocimiento, mediante acuerdos generales, a los Tribunales Colegiados de Circuito los asuntos en los que subsistiera el problema de constitucionalidad, y no se hubiera establecido jurisprudencia, si la propia Corte estimaba innecesaria su intervención por no requerirse “la fijación de criterios trascendentes de orden jurídico nacional”. Pero, como con agudeza señala Gudiño Pelayo, a quien seguimos en estas líneas:

En estos acuerdos generales, la Suprema Corte sólo se propuso abatir el rezago. Sin embargo, instaló las bases para justificar el futuro establecimiento de las cortes estatales de constitucionalidad, cuya existencia es normal en todo sistema federal. Sólo en un federalismo tan particular como el mexicano la idea de cortes constitucionales estatales provoca reacciones que van de la extrañeza al escándalo, pero al final la necesidad se impondrá, tal como lo reconoce la Suprema Corte en sus acuerdos.

Y nos sigue diciendo este autor que las resoluciones de estas cortes constitucionales estatales “deberán ser definitivas e inatacables, excepto aquellas en las que el criterio que se adopte revista especial trascendencia”, las cuales podrán ser revisadas por la Suprema Corte a través de un procedimiento similar al auto de avocación o *writ de certiorari* estadounidense.²⁶¹

²⁶¹ Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, nota 71, pp. 285 y ss. A su juicio, los requisitos que deberían cumplir estas cortes locales de constitucionalidad de cada estado serían los siguientes: a) Han de ser órganos constitucionalmente autónomos tanto de los estados en los que ejercerán jurisdicción como de las autoridades federales; b) Integración con magistrados de Circuito, magistrados del Tribunal Superior o

Por nuestra parte, seguimos abogando por que, cuando se creen estas cortes constitucionales locales u otros órganos jurisdiccionales locales de control de la constitucionalidad, se les atribuya una competencia para conocer de las acciones de inconstitucionalidad como mecanismo de control normativo abstracto de la constitucionalidad. Esta propuesta que hacíamos en la anterior edición ha encontrado acogida, incluso explícita en alguna ocasión, en algunas reformas constitucionales (o proposiciones de reforma) en algunos estados de la República y creemos que responde a una necesidad generalizada en México y ello no sólo como medio de garantizar la supremacía de las Constituciones locales, sino también como mecanismo de robustecimiento del ya de por sí tan débil federalismo mexicano. Aunque la técnica legislativa no es del mismo nivel en todos los casos, advirtiéndose en algunos casos deficiencias considerables, es preciso mencionar brevemente estas regulaciones, manifestación significativa e importante del federalismo como experimentación y como laboratorio constitucional (que es una de sus ventajas y riesgos innegables), también en materia de supremacía constitucional y su garantía.²⁶²

de otros órganos jurisdiccionales locales terminales cuya excelencia profesional y probidad sean manifiestas en el transcurso de su carrera judicial, y con académicos y postulantes en idénticas circunstancias, en las proporciones que establezca el órgano reformador de la Constitución; c) en la propuesta y elección de los candidatos para cada estado intervendrán las instancias locales correspondientes, las federales (judiciales y legislativas) y las otras instituciones académicas y profesionales que, previos estudios y previsiones, sea necesaria su participación de acuerdo con el diseño institucional elaborado; d) establecer un sistema muy preciso de responsabilidades en el que intervengan instancias locales y federales para ejercer un control recíproco.

²⁶² Sobre la materia, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Derecho procesal constitucional local (La experiencia en cinco Estados 2000-2003)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2004, pp. 457 y ss; y Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México*, México, UNAM, 2004, *in toto*. Es interesante lo que señala Ferrer Mac-Gregor en el sentido de que puede hallarse un fundamento normativo para estos desarrollos de las jurisdicciones constitucionales locales en el artículo 41 constitucional, el germen del derecho procesal constitucional local: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podran contravenir las estipulaciones del pacto federal”. También, y en otro orden de cosas, echa de menos Ferrer “un mayor dinamismo en la actuación de éstas para que asuman el trascendental papel histórico que se les ha

A. El artículo 65 de la Constitución Política del Estado de *Veracruz* que atribuye competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, entre otras materias, para conocer de las acciones de inconstitucionalidad. Este artículo diseña los aspectos fundamentales de estas acciones locales de inconstitucionalidad:

a) La *legitimación activa* corresponde al gobernador del estado y a la tercera parte (o más) de los miembros del Congreso local;

b) La *legitimación pasiva* corresponde al Congreso local y al gobernador;

c) El *objeto* de estas acciones viene dado por las “leyes o decretos que se consideren contrarios a esta Constitución”;

d) El *plazo de ejercicio* es el de 30 días siguientes a la promulgación y publicación de las normas impugnadas;

e) Las resoluciones que dicte el Tribunal Superior de Justicia en este ámbito “tendrán *efectos generales* cuando hubieren sido *aprobadas por las dos terceras partes de los miembros del Pleno* del Tribunal Superior de Justicia, y surtirán efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* del estado, sin poder aplicarse retroactivamente excepto cuando se trate de asuntos de orden penal y en beneficio del inculpaado”.

Además, se prevé una modalidad especial de acciones de inconstitucionalidad, las que tengan por objeto una *omisión inconstitucional*:²⁶³ “cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de esta Constitución”. La legitimación activa se otorga entonces al gobernador del estado y “cuando menos” a la tercera parte de los ayuntamientos

confiado en aras de consolidar el federalismo mexicano, lo cual puede lograrse, como primer paso, si los Congresos de dichas entidades expiden las leyes que todavía faltan por reglamentar a los distintos instrumentos locales ... A cuatro años de distancia el sistema no se advierte ágil, y siguen surgiendo múltiples dudas sobre su eficacia y debida articulación con los mecanismos federales. El éxito o fracaso del incipiente sistema dependerá de la expedición de esas leyes, de un mayor dinamismo interpretativo de los jueces federales y, por supuesto, de la actuación eficaz y valiente de los magistrados integrantes de estas auténticas jurisdicciones constitucionales en su dimensión local”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 87, p. 205.

²⁶³ Sobre la necesidad de diferenciar entre las omisiones legislativas absolutas y las relativas, véase lo que decimos al hablar del objeto de la acción de inconstitucionalidad en el capítulo correspondiente. Y sobre las técnicas sentenciadoras para reparar la inconstitucionalidad por omisión, véase lo que decimos al hablar de las modalidades sentenciadoras atípicas cuando hablemos de la sentencia.

del estado. Con una más que deficiente técnica legislativa, y de un modo que pone en una situación comprometida al intérprete a la hora de salvar la razonabilidad del precepto, se preceptúa que “la omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* del estado”. Es obvio que la completamente desafortunada referencia a la “omisión legislativa” se ha de entender hecha a la resolución del Tribunal Superior de Justicia estimatoria de una omisión legislativa (inconstitucional, evidentemente), que es cosa bien distinta, como se comprenderá. Además, lo que añade el precepto no deja ya lugar a dudas de la *intención* del constituyente, que con tan escaso atino se plasmó en el texto del articulado: “En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere a la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.²⁶⁴

B. La Constitución de *Chiapas* regula la acción de inconstitucionalidad en su artículo 56, con los siguientes rasgos:

a) La *legitimación activa* es calcada de la federal y se otorga al gobernador del estado; al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso del estado, en contra de leyes locales o expedidas por el Congreso del estado; al procurador general de justicia del estado, en contra de leyes de carácter estatal; y al equivalente al treinta y tres por ciento de los ayuntamientos de la entidad;

b) La *legitimación pasiva* corresponde a los autores de la norma impugnada;

²⁶⁴ Sobre este tema, véase el estudio monográfico de Fernández Rodríguez, José Julio, “La omisión legislativa en la Constitución del Estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo, *op. cit.*, nota 71, pp. 145 y ss.; y Astudillo Reyes, César I., *op. cit.*, nota 262, pp. 83 y ss. Estos autores son, a nuestro entender, muy benévolos con una regulación que, siendo positiva en lo que significa de avance, es realmente deficiente en su formulación, aparte ya de lo cuestionables que puedan ser algunas de sus premisas y también su legislación de desarrollo. Sobre el concepto de inconstitucionalidad por omisión puede verse Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1997; *idem*, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXXVI, números 1-2-3, enero-septiembre de 1995 y Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, mayo de 1994, pp. 67 y ss.

c) La *competencia* para conocer de estas acciones se atribuye a la Sala Superior del Supremo Tribunal de Justicia en su carácter de Tribunal de Control Constitucional;

d) Su *objeto*, en principio son las normas de carácter general, pero de su regulación parece deducirse que sólo pueden ser leyes parlamentarias, no decretos;

e) El *plazo de ejercicio* es el de los treinta días naturales siguientes a la publicación de la norma;

f) En cuanto a los *efectos*, se establece que las resoluciones dictadas tendrán efectos generales cuando hubieren sido aprobadas por cinco votos de los miembros del Pleno de la Sala Superior, y surtirán efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del estado; sin poder aplicarse retroactivamente, excepto cuando se trate de asuntos del orden penal y en beneficio del inculpado.

También se prevé una *modalidad especial respecto de las omisiones legislativas*, para el supuesto de que “se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución”. Sus aspectos básicos son: a) La *legitimación activa* se reconoce al gobernador del estado; a cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso; y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; b) La *legitimación pasiva* corresponde al Congreso; c) El *objeto* es la omisión de una ley o decreto cuya aprobación corresponda al Congreso; d) La *competencia* es la misma que en las acciones *comunes* de inconstitucionalidad; e) *No se regula plazo específico*; f) En cuanto a los *efectos*, se calca prácticamente la regulación veracruzana, pero rectificando algún desatino grosero de aquélla: “La resolución que emita el pleno de la sala superior que decrete la existencia de omisión legislativa, surtira sus efectos a partir de la publicación del periódico oficial del estado; en dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso del estado, para que éste resuelva”.

C. La Constitución de *Tlaxcala* regula también el instituto de las acciones de inconstitucionalidad, con estos rasgos:

a) La *legitimación activa* se otorga al equivalente al veinticinco por ciento de los diputados que integran el Poder Legislativo del estado; a la Comisión Estatal de Derechos Humanos; a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; al procurador general de justicia del estado en los asuntos

relativos a su función; y a los partidos políticos debidamente registrados ante el Instituto Electoral del estado, en asuntos de la materia electoral. Una reglamentación especial se prevé para el caso de que se impugnen “*normas jurídicas de carácter general provenientes de algún ayuntamiento o concejo municipal*” a las que se impute violación abstracta de un precepto constitucional. La legitimación activa corresponde entonces al equivalente al veinticinco por ciento de los munícipes del mismo ayuntamiento o concejo municipal incluidos los presidentes de comunidad; al o a los diputados, en cuyo distrito electoral se comprenda el ayuntamiento o concejo municipal que haya expedido la norma impugnada; al gobernador del estado; a la comisión estatal de derechos humanos; a las universidades públicas estatales; y al procurador general de justicia del estado en los asuntos relativos a sus funciones.

b) La *legitimación pasiva* corresponde a los autores de las normas impugnadas;

c) La *competencia* se atribuye al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como Tribunal de Control Constitucional del Estado;

d) El *objeto* han de serlo normas jurídicas de carácter general provenientes del Congreso del estado y a las que se impute una violación abstracta a la Constitución.

Se regula igualmente una *acción de inconstitucionalidad por omisión*. Su objeto es muy amplio, yendo más allá de las omisiones inconstitucionales: omisiones legislativas imputables al Congreso, gobernador y ayuntamientos o concejos municipales, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general a que estén obligados en términos de las constituciones políticas de los Estados Unidos Mexicanos, del estado y de las leyes. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado. Al admitirse la demanda, se ordenará dar traslado al responsable y al director del periódico oficial del gobierno del estado, para que rinda sus informes. Se celebrará una audiencia de pruebas y alegatos e inmediatamente después se dictará la resolución correspondiente. De verificarse la omisión legislativa, se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad.

Se establecen, además, unos *aspectos comunes a la acción local común de inconstitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad es-*

pecífica respecto de las normas municipales: a) El término (*plazo*, en realidad) para ejercitar las acciones de inconstitucionalidad será de noventa días naturales, contados a partir de aquel en que la norma jurídica que se desea impugnar, haya sido publicada en el periódico oficial del gobierno del estado, aunque respecto de la acción de inconstitucionalidad por omisión no se prevé plazo alguno de ejercicio, por lo que no está sujeta a este plazo de noventa días; b) *No procederá la suspensión de la aplicación de la norma;* c) Las resoluciones que declaren procedentes las acciones de inconstitucionalidad, deberán ser *aprobadas, cuando menos, por diez magistrados*, si el fin es declarar inválida la norma y con efectos generales; en caso contrario se desestimará la impugnación. El quórum se formará cuando menos con doce magistrados. De no obtenerse ese quórum, se suspenderá la sesión y se convocará para el día hábil siguiente; y si tampoco así se pudiese sesionar, se llamará a los suplentes que corresponde, hasta obtener dicho quórum, informando de ello al Congreso, para que, de no tener justificación, suspenda de sus funciones a los ausentes; d) Los *acuerdos de trámite* que dicte el presidente del Tribunal y el magistrado ponente, podran ser recurridos ante el Pleno del Tribunal. Las resoluciones dictadas por el Pleno del Tribunal, cualquiera que sea su sentido son irrecurribles; e) Todas las resoluciones definitivas del Tribunal deberán *publicarse* en el Boletín del Poder Judicial y en el periódico oficial del gobierno del estado; un extracto de las mismas, se publicará en los periódicos de mayor circulación en el estado; f) Las *resoluciones del Pleno deberán ser obedecidas*. De no hacerlo, la autoridad omisa será destituida por el mismo Pleno (esto no es aplicable a las acciones de inconstitucionalidad por omisión, que tienen su regulación específica, como hemos visto, en esta materia).

D. El artículo 103 de la Constitución de *Quintana Roo* atribuye competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver las “acciones de inconstitucionalidad local y las acciones por omisión legislativa, en términos de los artículos 104 y 105 de esta Constitución y conforme al procedimiento que establezca la ley respectiva”. Y el artículo 104 preceptúa:

El control constitucional se erige dentro del régimen interior del estado, como un medio para mantener la eficacia y vigencia de esta Constitución; tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable en el

orden jurídico estatal, los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, surjan en el ámbito interior del estado entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo o entre uno de ellos y los municipios que conforman el estado, o entre dos o más municipios, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 76 fracción VII, 103, 105, 107 y último párrafo de la fracción II del 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La fracción II del artículo 105 constitucional, por su parte, regula las acciones de inconstitucionalidad que tengan por *objeto* plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución local, con excepción de las que se refieran a la materia electoral. El *plazo* para ejercitarlas es de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma. La *legitimación activa* se otorga a: cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del Estado; el procurador general de justicia del estado, en contra de leyes de carácter estatal. La competencia se atribuye a la Sala Constitucional y Administrativa (pero integrada por un solo magistrado numerario, lo cual es una *contradictio in terminis* con su *nomen iuris*) para elaborar el borrador de sentencia (ponencia), pero al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver en sí sobre la acción de inconstitucionalidad planteada sobre la base del proyecto. Se establece asimismo expresamente la *prohibición de que la admisión de una acción de inconstitucionalidad dé lugar a la suspensión de la norma* impugnada. Además, se preceptúa que “las resoluciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia sólo podran declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por cuando menos las dos terceras partes del Pleno, y no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal”.

E. En *Coahuila*, el artículo 158 de la Constitución regula la Justicia constitucional local. En cuanto a las acciones locales de inconstitucionalidad, sus aspectos esenciales son estos:

a) La *legitimación activa* corresponde a:

a') El equivalente al treinta por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales en contra de los bandos de policía y de gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, expedidas por los propios ayuntamientos o concejos municipales;

b') El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente, o por el equivalente al treinta por ciento de los integrantes del Poder Legislativo, en contra de los bandos de policía y de gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general que dicten los ayuntamientos o concejos municipales;

c') El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente, o por el equivalente al treinta por ciento de los integrantes de los ayuntamientos o concejos municipales en contra de las leyes, decretos o acuerdos que apruebe el Congreso del Estado.

d') El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente, en contra de las leyes, decretos o acuerdos que apruebe el Congreso del Estado con relación a la materia de su competencia.

b) La *legitimación pasiva* corresponde al autor de las normas impugnadas.

c) El órgano jurisdiccional *competente* es el Tribunal Superior de Justicia en su carácter de Tribunal Constitucional Local.

d) El *plazo de ejercicio* es el de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma o acuerdo general o de que se tenga conocimiento de las mismas.

e) Las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por la *mayoría absoluta* de sus miembros y tendrán efectos de cosa juzgada.

f) La *única vía* para plantear la inconstitucionalidad de leyes, decretos o acuerdos legislativos *en materia electoral*, es la prevista en este artículo, sin perjuicio del control difuso que ejercerá el Tribunal Electoral del Poder Judicial en los términos de esta Constitución.

g) La *justicia constitucional se registrará en todos los casos por la jurisprudencia local*.

F. En la Constitución del *Estado de México*²⁶⁵ también se regula una acción local de inconstitucionalidad, en su artículo 88 bis (desarrollado mediante la pertinente Ley reglamentaria, con una regulación espe-

²⁶⁵ Sobre el tema, véase Benítez Treviño, Humberto V., *La Sala Constitucional del estado de México como expresión del federalismo del siglo XXI*, México, UNAM, 2005. No obstante, en el libro no se aborda esta materia apenas, pues tiene un contenido esencialmente historicista.

cial de la materia electoral), correspondiendo la *competencia* para conocer de la misma a la Sala de lo Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, integrada por cinco magistrados (artículo 94 de la Constitución). Su *objeto* viene constituido por leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general. La legitimación activa se reconoce: a) Al gobernador del estado; b) A cuando menos el treinta y tres por ciento de los miembros de la legislatura; c) Al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de un ayuntamiento del estado; d) Al comisionado de los Derechos Humanos del estado de México, “en materia de derechos humanos” (delimitación temática o funcional del objeto respecto de este comisionado). Tienen la *legitimación pasiva* los órganos que hubieren emitido y promulgado la norma o normas impugnadas.

El *plazo de ejercicio* de la acción es de 45 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial correspondiente. Se establece, de una manera a nuestro modo de ver incongruente y que (aparte de su deficiente redacción) delata nuevamente una gran desconfianza en el control de la constitucionalidad, que las resoluciones de la Sala Constitucional en esta materia “que declaren la invalidez de disposiciones generales del Poder ejecutivo, del Poder legislativo o de los municipios, tendrán efectos generales cuando sean aprobados (*sic*) cuando menos por cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional” (*sic*); pero las resoluciones que no fueren aprobadas por cuatro de cinco votos, tendrán efectos particulares (habrá que sobreentender, si no es ya mucho sobreentender, que sí son estimatorias). Sin embargo, el artículo 64 de la Ley Reglamentaria establece (de modo más razonable, pero difícilmente compatible con la anterior prescripción constitucional): “Las resoluciones de la Sala Constitucional sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, cuando sean aprobadas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, la Sala Constitucional desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”.

Se establece también en la Constitución, de un modo un tanto absurdo, que contra la resolución emitida por la Sala Constitucional en primera instancia podrá interponerse el recurso de revisión, que será resuelto por la propia Sala, pero exigiéndose para su aprobación unanimi-

dad de votos. Asimismo se incluye la siguiente previsión de articulación con los mecanismos procesal-constitucionales de carácter federal:

En caso de que la controversia o acción de inconstitucionalidad verse sobre la constitucionalidad de actos, o presunta violación o contradicción de preceptos constitucionales federales, se estará a lo dispuesto en la Constitución general de la República, así como a la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

* * *

Es, además, especialmente importante hacer referencia a la *jurisprudencia de la Suprema Corte sobre estos recientes instrumentos de justicia constitucional local*. En este sentido, debe hacerse mención a que la resolución en la primera acción de inconstitucionalidad de que conoció la Sala Constitucional Tribunal Superior de Justicia veracruzana, de 14 de mayo de 2001 (y en la que se apreció falta de legitimación activa de la promovente, sin entrar en el fondo) dio lugar a un amparo directo a nivel federal, del que conoció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito (A.D. 666/2001). Este tribunal denegó el amparo en cuanto al fondo por entender que el Pleno del Tribunal veracruzano no había vulnerado ninguna de las “garantías individuales” alegadas (artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal). Y como nos dice Ferrer Mac-Gregor, a quien seguimos aquí, “esta última resolución resulta importante, al trazar el camino relativo a la debida articulación entre lo que resuelva el Tribunal Pleno y la Sala Constitucional de referencia, y el juicio de amparo a nivel federal”.²⁶⁶

Però junto a la justicia constitucional local hay, al menos, otra faceta de la justicia constitucional que guarda una relación directa con la organización federal del Estado. En este sentido, ya en la primera edición de esta obra nos referíamos a la conveniencia de establecer una legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad en favor de los estados para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales, así como de la Federación, también, para plantear ante la Suprema Corte la conformidad a la Constitución federal de las leyes locales, en unos

²⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 87, p. 197.

términos a los que después aludiremos, cuando nos refiramos a la legitimación, sin perjuicio de reconocer que una función más o menos parecida puede venir desempeñada, no sin ciertas limitaciones, ya en la actualidad por medio de las controversias constitucionales. Más aún, la propia Suprema Corte de Justicia resolvió el 9 de mayo de 2002 varias controversias constitucionales sobre si el Decreto de reforma integral a la Constitución veracruzana era contrario a la Constitución federal al crear un juicio local de amparo, no apreciando dicha inconstitucionalidad por entender que ese juicio local de amparo se limita a tutelar la normativa local a través de un órgano instituido por la propia Constitución local, sin que este órgano (Sala Constitucional) tenga atribuciones para pronunciarse sober violaciones a las “garantías individuales” federales, además de que “el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reservan implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo procesal” (Tesis 33/2002; criterio mayoritario, con voto particular de cuatro ministros).

Y tampoco sería negativo, en fin, abrir la posibilidad de atribuir al órgano jurisdiccional de la constitucionalidad federal (la Suprema Corte o, en su caso, un eventual Tribunal Constitucional) la competencia para conocer de los litigios constitucionales locales (y por consiguiente, de plantear una acción local de inconstitucionalidad ante dicho órgano jurisdiccional federal), siempre y cuando así lo establezca una Ley (o preferiblemente, la Constitución) *local* (autonomía constitucional de decisión sobre el propio control de constitucionalidad). Este “*préstamo federal del órgano de la constitucionalidad (una modalidad de Verfassungssorganleihe)*”, a nuestro modo de ver, requeriría una reforma de la Constitución federal y tiene sus ventajas, dada la elevada solvencia y preparación que hay que presuponer que se darán en los integrantes del órgano federal de la constitucionalidad, por un lado, y las dificultades que puede haber quizás en algunos estados para integrar un tribunal propio con personas de formación y sensibilidad constitucionalistas elevadas, por otro, aunque debería ser algo excepcional.

VIII. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL EN ESPAÑA

Aun cuando el tratamiento en este libro de esta cuestión pueda causar inicialmente cierta extrañeza, nos ha parecido conveniente abordar esta cuestión aquí, pues luego veremos que estos “conflictos en defensa de la autonomía local” tienen una doble naturaleza, como Jano también, y en cierto modo conllevan una nueva legitimación para el control de la constitucionalidad de las leyes. Y su tratamiento aquí se explica porque se trata de un mecanismo dirigido a proteger la llamada “autonomía local” *frente al legislador*, que la Constitución española garantiza a los municipios como entes de organización territorial del Estado (artículo 140 de la Constitución).

Aunque no es posible ni necesario aquí entrar a explicar el concepto de autonomía local, que tiene un desarrollo histórico muy importante desde su creación en la doctrina alemana, pero sí parece preciso aclarar que no se trata de una autonomía como la que es propia de los estados de una Federación, pues precisamente la Constitución no regula su configuración institucional concreta, sino que la difiere al legislador, si bien también le pone límites, que son los que la noción de autonomía local encerraría. Como dice el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 28 de julio de 1981:

Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución [“autonomía local”] en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar... En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace.

Así, pues, la “autonomía local” garantizada a los municipios, no sólo no es equiparable a la autonomía propia de los estados federados o las Comunidades autónomas españolas, sino que no garantiza siquiera unas competencias fijas y determinadas o un

elenco de asuntos locales, sino el derecho de todos los entes de ese nivel territorial a intervenir en todos los asuntos que afecten a la comunidad con independencia del dato de la relevancia local o supralocal; intervención que puede ser de distinta intensidad pues la garantía institucional no asegura un contenido concreto sino la preservación de la institución como tal. Garantía que se erige frente al legislador ordinario al que no se fija más límite que el núcleo esencial que la institución asegura.

Pues bien, a continuación nos vamos a abordar el mecanismo específico para tutelar esta autonomía local de los municipios frente a las leyes en España.²⁶⁷ Hasta hace poco existía en este campo una laguna tutelar que recientemente se ha colmado mediante la consagración de estos conflictos en defensa de la autonomía local a que pasamos a referirnos.²⁶⁸

1. *La Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril y su constitucionalidad*

El artículo 161.1.d de la Constitución Española (CE, en lo sucesivo) prevé una competencia residual en favor del Tribunal Constitucional (“materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas”), configurando así las competencias de aquel órgano de la constitucionalidad conforme a un sistema de *numerus apertus*. Esta previsión constitucional, a nuestro modo de ver, provee de suficiente cobertura al legislador para atribuir, por medio de una Ley Orgánica,²⁶⁹ al Tribunal

²⁶⁷ En 2000 se plantearon tres de estos conflictos en defensa de la autonomía local, dos en 2001, uno en 2002, y dos en 2003. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional no ha resuelto ninguno.

²⁶⁸ Para México, véase Valencia Carmona, Salvador, “La defensa constitucional del municipio mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 517 y ss.

²⁶⁹ Entendemos, no obstante, que esa atribución competencial no tiene necesariamente que incluirse en la LOTC, Ley que es la prevista en el artículo 165 CE y que, conforme a dicho precepto “regulará el funcionamiento del TC, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”, pero no necesariamente las competencias del Tribunal Constitucional y el propio 161 CE atribuye al TC, en su apartado d), la competencia residual para conocer “de las demás materias que le atribuyan la Constitución o”, en plural, “*las leyes orgánicas*”. Cuestión distinta es que la atribución competencial en diversas leyes orgánicas comportaría, si no mayor inseguridad jurídica, sí cuando menos una deplora-

Constitucional con nuevas “competencias”, siempre y cuando, naturalmente, no se desvirtúe la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano de la constitucionalidad,²⁷⁰ límite éste que se desprende, a nuestro juicio, de una interpretación conjunta del título IX y el artículo 123.1 CE leído *a contrario sensu* (“El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, *salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”),²⁷¹ que es algo que no ocurre, en cambio, respecto de la Suprema Corte mexicana, lo que es otro motivo que abunda en el sentido de no considerarla un verdadero tribunal constitucional. Y otro límite que juega respecto de la atribución de nuevas competencias al Tribunal Constitucional es el de que no se incida sobre las competencias ya reconocidas por la propia Constitución para alterarlas, sea directa o indirecta-

ble técnica legislativa, especialmente si se tiene presente que el “procedimiento” a través del que se ejercería la nueva competencia sí que habría de ser regulado en la LOTC conforme al citado artículo 165 CE. Por ello mismo, resulta de todo punto acertado que el legislador haya introducido esta nueva competencia a través de una modificación formal de la LOTC, añadiéndole un nuevo capítulo.

²⁷⁰ Ello no ocurre a través de una reforma como la estudiada, pues los conflictos en defensa de la autonomía local tienen una indudable relevancia constitucional directa, pues el parámetro de enjuiciamiento es la autonomía local constitucionalmente garantizada, su objeto son normas con rango de ley eventualmente lesivas de la autonomía local y la sentencia constitucional se pronunciará sobre “si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas”, y, en su caso, dará lugar asimismo a una autocuestión de inconstitucionalidad y a la correspondiente sentencia de inconstitucionalidad, como se verá.

²⁷¹ La tramitación pre-legislativa permite afirmar que fue el riesgo de inconstitucionalidad el que llevó a la regulación final, a fin de evitar —como en su Dictamen de 18 de junio de 1998 sobre los dos últimos Anteproyectos advertía el Consejo de Estado (Dictamen al que, por antonomasia, nos referiremos en adelante)—, “los consiguientes riesgos —abiertos o encubiertos— de inconstitucionalidad” que encerraba la previsión legal de que la sentencia que resolviese el conflicto declarase, directamente, la inconstitucionalidad del precepto o preceptos correspondientes de la ley impugnada. Ello suponía, a juicio del Consejo de Estado, un “salto injustificado” por incongruencia entre el fallo y el *petitum* de la demanda y por dar entrada a una declaración de inconstitucionalidad “por vías distintas de las específicamente previstas para tal fin”. Ello le lleva a sugerir el planteamiento de una cuestión interna o autocuestión de inconstitucionalidad, sugerencia que sería, a la postre, incorporada al Proyecto y actual Ley.

mente, pues el artículo 161.1.d se refiere con claridad cristalina a las “demás”²⁷² materias.²⁷³

Con esta nueva regulación, se viene a poner punto y final a una situación en la que, como la doctrina había puesto de relieve, las corporaciones locales carecían de vías directas para cuestionar la constitucionalidad de las leyes,²⁷⁴ frente a la judicialización plena, instaurada por los artículos 63 y siguientes de la Ley de Bases de Régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril: LBRL, en lo sucesivo), de los eventuales conflictos surgidos con ocasión de la autonomía local respecto de actos, resoluciones y normas sin valor de ley. El único cauce, bien que indirecto y fuertemente condicionado, para plantear al Tribunal Constitucional la constitucionalidad de leyes eventualmente lesivas de la autonomía local era, aparte ya naturalmente la cuestión de inconstitucionalidad que incidentalmente puede plantear cualquier juez o tribunal (artículo 163

²⁷² En este argumento es en el que se basa esencialmente, en una argumentación escueta, el Consejo de Estado en su Dictamen: “Una interpretación lógica a partir de la literalidad de dicha cláusula (nótese que antepone al término materias ‘las demás’) y del párrafo inicial del artículo 161.1 (el Tribunal Constitucional ‘es competente para conocer’) conduce a sostener que la Constitución o las Leyes Orgánicas pueden atribuir al Tribunal Constitucional competencia ‘para conocer’ sobre otras materias distintas —aunque genéricamente asimilables— a las que son objeto de las tres competencias enunciadas por referencia a los procedimientos en que se actúan en los párrafos a), b), y c) precedentes, sin que ello, por supuesto, signifique vaciar ni desnaturalizar éstas (como podría ocurrir, por ejemplo, si se configuraran procedimientos con finalidad idéntica a los tres específicos pero introduciendo variantes en cuanto a la legitimación requerida o a su objeto propio)”.

²⁷³ Y en particular, por lo que al recurso de inconstitucionalidad se refiere, debe tenerse presente la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional según la cual el artículo 162.1. a) CE y el 32.2 LOTC “han diseñado el contorno de la *legitimitio ad causam* de manera expresa y concreta para poder válidamente interponer el proceso de inconstitucionalidad por vía directa ante este Tribunal... Existe, pues, un *numerus clausus*, taxativo y riguroso, vedando que la inconstitucionalidad pueda ser pedida directamente por los ciudadanos a título individual y por cualesquiera otras personas jurídicas, públicas o privadas, fuera de las expresamente previstas (SSTC 25/1981 y 42/1985; AATC 42/1980, 76/1980, 81/1980, 6/1981, 36/1981 y 1021/1987). Esta es una característica inherente al sistema europeo de justicia constitucional” (ATC 320/1995, de 4 de diciembre, FJ 2o.).

²⁷⁴ “Las corporaciones locales o sus órganos no aparecen, pues, comprendidos en el grupo de quienes tienen asignada legitimación activa en este tipo de procesos [recurso de inconstitucionalidad] y, por ello, el Pleno del Ayuntamiento de Ceuta carece de tal cualidad procesal” para impugnar la LO 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta. ATC 320/1995, de 4 de diciembre, FJ 2o.

CE)²⁷⁵ o la posibilidad limitada de comparecencia en los conflictos de competencia *sub specie legis*, el previsto en el artículo 119 LBRL. Este precepto establecía que la Comisión Nacional de Administración local, como órgano permanente para la colaboración entre la Administración del Estado y la Administración local, podía “solicitar de los órganos constitucionalmente legitimados para ello la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las Leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que estime lesivas para la autonomía local garantizada constitucionalmente”. Esta facultad de impulso, carente de todo carácter vinculante, y todavía hoy vigente, en la práctica ha resultado puramente ornamental, sin operatividad real alguna.²⁷⁶

Todo ello daba lugar, como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen, a una “insuficiencia de la vía judicial hoy existente para albergar y encauzar la defensa directa de su autonomía por las Enti-

²⁷⁵ Pero ni hay recurso de amparo frente a la negativa del juez *a quo* a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ni es posible la personación ante el Tribunal Constitucional de las partes en el proceso que da lugar a la cuestión, si bien, tras la STEDH de 23 de junio de 1993 que condenaba a España por violación del derecho de audiencia en una cuestión de inconstitucionalidad tramitada ante el TC, éste se muestra aparentemente abierto a la audiencia, aunque aparentemente sólo en los casos de una ley singular, que era el supuesto que dio lugar a la citada sentencia condenatoria del TEDH (caso “Rumasa”). Véase los AATC 174/1995, de 6 de junio, FJ 3o y 349/1995, de 19 de diciembre, FJ 4o. Si no tenemos en cuenta esta excepción, preterida por el Consejo de Estado, puede estarse de acuerdo con el Dictamen de dicho órgano consultivo en que la única posibilidad existente de comparecencia de las Entidades Locales ante el Tribunal Constitucional “se produce en los conflictos de competencia de que conoce dicho órgano y cuya resolución pueda afectarles, ya que la LOTC admite coadyuvantes en dichos conflictos (AATC 173/1986, 55/1988) aunque calificando su intervención de excepcional”. Y añade: “La situación descrita ha conducido a señalar la existencia de un déficit o carencia del sistema de protección de la autonomía local en sede de justicia constitucional y, en particular, de las posibilidades de defensa directa de ésta por parte de sus titulares”.

²⁷⁶ Sin embargo, y aunque no se trata de la vía del artículo 119 LBRL, debe señalarse que el Defensor del Pueblo ha interpuesto, en abril de 1999, a instancia de 15 alcaldes de municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid, un recurso contra la disposición de la Ley de Presupuestos para 1999 en la que se establecía que la liquidación definitiva de la participación de los municipios en los tributos del Estado, correspondientes a 1997, se efectuaría tomando como referencia el censo de 1991, lo que se estima inconstitucional por no adecuarse ese censo a la realidad poblacional de 1997 de los municipios, lo que tiene relevancia pues el criterio poblacional es decisivo para determinar la cantidad que le corresponde percibir a cada municipio, por lo que se lee en la página web del Defensor del Pueblo (www.defensordelpueblo.es/info/reccenso.html), “a juicio de esta institución, se crean... injustificadas diferencias de trato entre los municipios españoles”.

dades Locales en relación con normas con rango de ley”. Y la apreciación de esa insuficiencia fue, sin duda, la que llevó a la reforma de la LOTC tendente a introducir el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local. De este modo, se satisface al unísono una demanda “histórica” de las corporaciones locales, y una exigencia del artículo 11 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, tratado internacional auspiciado por el Consejo de Europa y aprobado y ratificado por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Su artículo 11 establece que “las entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación misma”.²⁷⁷

2. Naturaleza

El nuevo cauce procesal es, conforme a la calificación legislativa, por lo demás no vinculante para el intérprete, un conflicto constitucional, si bien se hace necesario precisar que se trata de conflictos planteados con relación a normas, estatales o autonómicas, con rango de ley,²⁷⁸ por lo que cabría en principio pensar que la estimación por el Tribunal Constitucional de la vulneración de la autonomía local por la ley en cuestión debería dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de la ley cuestionada. Pero esto último es algo que aparece

²⁷⁷ Respecto de este último, debe señalarse, no obstante, que el Consejo de Estado estimó “que la exigencia del citado artículo 11 está suficientemente satisfecha en nuestro ordenamiento a través del control en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que ha venido siendo una garantía eficaz de la autonomía local”, si bien al ser la protección de la autonomía local frente a las normas con rango de ley un flanco “débilmente cubierto” en nuestro ordenamiento, “es razonable y no carece de oportunidad” el intento de asegurar esta autonomía local *adicional* a los entes locales.

²⁷⁸ Y es precisamente esta diferencia respecto de los conflictos competenciales la que lleva a Roura a sostener la inconstitucionalidad de la reforma de la LOTC, en cuanto que supone la concesión de legitimación “para interponer un verdadero recurso de inconstitucionalidad a una categoría de sujetos, los entes locales, que no están mencionados en la enumeración que se contiene en el artículo 162.1.a) CE”, Roura Gómez, Santiago A., “El conflicto en defensa de la autonomía local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 55, 1999, pp. 232 y 233, si bien más adelante parece este autor no descartar la eventual constitucionalidad de una posible ampliación de la legitimación del recurso de inconstitucionalidad, pues señala que en esta reforma de la LOTC se ha extendido esa legitimación a los entes locales de manera indirecta “y sin que exigencias de relevancia constitucional lo justifiquen”.

netamente separado por el legislador de la tramitación del conflicto en sí: la declaración de inconstitucionalidad de la ley se producirá, en su caso, a través del autoplanteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el TC, a resolver siempre por medio de otra sentencia (artículo 75 quinquies, 6).

Lo cierto, sin embargo, es que pese a esta separación en apariencia tan clara, existe una íntima trabazón entre el conflicto propiamente dicho y esta eventual declaración de inconstitucionalidad a través de la autocuestión desde el momento en que estos conflictos tienen por objeto siempre normas con rango de ley,²⁷⁹ por lo que, fuera de las eventuales sentencias interpretativas a las que luego nos referiremos o de la hipótesis de (auto)discrepancia en el tiempo del propio Pleno del Tribunal Constitucional a la hora de resolver la autocuestión respecto de la previa sentencia estimatoria de violación de la autonomía local (sobre todo, por un cambio de mayoría en el TC, para lo que puede bastar el cambio de uno solo de sus magistrados), la estimación de la violación por la ley de la autonomía local llevará lógicamente anudada la declaración de inconstitucionalidad de dicha ley, bien que a través de otro procedimiento y otra sentencia. Pero esta separación entre los dos procedimientos resulta más aparente que real, y existe entre los dos una íntima ligazón material o de hecho en los supuestos en que recaiga una sentencia estimatoria de vulneración de la autonomía local.

En realidad, esa regulación tan enrevesada consistente en la separación del conflicto propiamente dicho de la declaración de inconstitucionalidad de la ley sólo puede responder a la necesidad de eludir la inconstitucionalidad por violación del artículo 162.1.a) CE que establece taxativamente la legitimación para plantear el recurso de inconstitucionalidad en favor de determinados órganos políticos (técnica de la *Organklage*), entre los cuales no se incluyen desde luego ni los municipios ni las provincias. En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad, puede plantearla incidentalmente cualquier “órgano judicial”, según determina el artículo 163 CE y según el artículo 55.2 LOTC la Sala que conoce de un amparo y lo otorga por sentencia puede plantear al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad “interna”, que no “autocuestión”, pues la plantea una Sala al Pleno, que es un *quid aliud* respecto de la Sala. Por ello, y a nuestro juicio, la vía escogida por el legislador que

²⁷⁹ López Bofill, Héctor, *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*, Barcelona, Marcial Pons Institut d'Estudis Autonòmics, 1999, p. 124.

ha introducido este nuevo proceso constitucional no plantea, en este sentido, dudas de constitucionalidad²⁸⁰ y sí podría plantearlos la previsión de una declaración de inconstitucionalidad “directa”, sin autocuestión de inconstitucionalidad que podría ser interpretada como un intento de eludir la legitimación taxativa y cerrada que la Constitución prevé para el recurso de inconstitucionalidad. A ello se refiere también el Consejo de Estado en su Dictamen.

Sin embargo, con la relativa salvedad del raro (pero no descartable) supuesto de discrepancia en el tiempo del Pleno y de lo que luego diremos acerca de las sentencias interpretativas, no es imaginable *a priori*²⁸¹ ninguna hipótesis en que la estimación de lesión de la autonomía local no haya de dar lugar a un autoplanteamiento por el propio Pleno de una cuestión de inconstitucionalidad y la estimación de la misma, con declaración de inconstitucionalidad de la ley. De ahí el subrayado carácter formal de la separación entre el conflicto y la autocuestión en el caso de las sentencias estimatorias de violación de la autonomía local, que se explica sólo como un expediente técnico para eludir las dudas de constitucionalidad que su conjunción en un solo proceso constitucional suscitaría.

Pero es que también cuando la sentencia sea desestimatoria de una violación por la ley de la autonomía local, existe una íntima conexión con los procedimientos de inconstitucionalidad, desde el momento en que dicha sentencia producirá los mismos efectos que las desestimatorias de los recursos de inconstitucionalidad, e impedirá “cualquier planteamiento ulterior de la cuestión”, “fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional”, por la vía del recurso de inconstitucionalidad o por la vía del conflicto en defensa de la autonomía local (artículo 38.2 LOTC), aunque no por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.²⁸²

²⁸⁰ Una posición enteramente contrapuesta es la de Roura Gómez, Santiago A., *op. cit.*, nota 278, pp. 227, 231, 234 y 238, quien considera que la reforma de la LOTC no sólo era, en contra de lo pretendido por el legislador, innecesaria e incongruente, sino también inconstitucional, pues su adopción exigía, a juicio de este autor, una reforma constitucional previa. Sin embargo, las hipótesis contempladas en el texto no por poco deseables resultan inconcebibles.

²⁸¹ Más radical, Roura Gómez, Santiago A., *op. cit.*, nota 278, pp. 238 y 239, para quien la posibilidad de que “una norma legal que viole un postulado constitucional (la autonomía local) no sea inconstitucional” “resulta inconcebible”.

²⁸² Y ello porque las cuestiones de inconstitucionalidad, al no estar su planteamiento sujeto a plazo como el de los recursos de igual nombre, no excluyen un plan-

Por todo ello, y a nuestro juicio, el llamado conflicto en defensa de la autonomía local presenta en realidad una naturaleza híbrida o dual: es un conflicto constitucional en cuanto que tiene por finalidad resolver un conflicto entre los municipios y/o provincias, por un lado, y el Estado y/o las Comunidades Autónomas, por otro; pero es también, bien que de manera indirecta, un proceso de control de constitucionalidad de la ley en cuanto que el conflicto tiene siempre por objeto el enjuiciamiento de la constitucionalidad, desde la perspectiva de la autonomía local, de normas con rango de ley. Y ello pese a la separación legal “pro forma” que el artículo 75 quinquies introduce entre ambos procesos, el conflicto propiamente dicho y la autocuestión, pues es indudable su inseparable conexión material y también, en caso de sentencia estimatoria, la dependencia del segundo respecto del primero, que condiciona a aquel de manera casi absoluta. En la hipótesis de sentencia no estimatoria de una violación por la ley de la autonomía local, la única sentencia a pronunciar, que es la del conflicto local propiamente dicho, tiene asimismo unos efectos que se equiparan a los de las sentencias desestimatorias pronunciadas en los recursos de inconstitucionalidad.

3. *Competencia*

Como proceso específicamente constitucional, la competencia corresponde, naturalmente, al Tribunal Constitucional. En los primeros estadios de elaboración de la nueva regulación legal, a nivel de anteproyecto, se preveía que estos conflictos tuvieran por objeto inmediato normas de rango infralegal,²⁸³ lo que sin duda habría planteado, tal y

teamiento ulterior en la misma vía una vez transcurrido un lapso de tiempo suficiente para incidir en el juicio de constitucionalidad en su día emitido (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2o) o cuando la aplicación por la jurisdicción ordinaria en casos concretos permita descubrir nuevas perspectivas o dimensiones (así, ya la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1o.C, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad: “Mientras tanto, si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición —o la disconformidad— a la Constitución de alguno de los preceptos cuya inconstitucionalidad no se declara ahora, el Juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda”).

²⁸³ El objeto del conflicto venía constituido, en el primero de los Anteproyectos sometidos al Dictamen del Consejo de Estado, por “las disposiciones de rango inferior a la ley, resoluciones o actos emanados de los órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada, cuando el vicio proceda de la normativa básica del Estado con rango de ley dictada al amparo del

como ocurre con los conflictos de competencias, problemas de solapamiento entre la jurisdicción ordinaria, concretamente contencioso-administrativa, y la del TC. Pero el rechazo final de esa posibilidad supone que, finalmente, la separación entre estos conflictos y los que se planteen en vía contencioso-administrativa sea bastante más nítida, sin zonas de claroscuro: los primeros se refieren a normas con rango de ley y los segundos a normas de rango inferior.

Por otro lado, el legislador tenía en principio abierta la posibilidad de atribuir la competencia para conocer de estos conflictos bien al Pleno, bien a las Salas del TC, optando por la primera posibilidad (artículo 10 c) bis LOTC). Y ello, a nuestro juicio, con sano criterio, pues la estimación de la alegada violación de la autonomía local por una ley tiene anudado el efecto casi automático del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, por lo que si fuera una de las Salas (y no el Pleno) la que conociera del conflicto y planteara la cuestión de inconstitucionalidad, dado que de ésta conoce siempre el Pleno (artículos 10 a) y 55.2 LOTC), podrían darse discrepancias, de mayor o menor alcance y más o menos solapadas pero siempre problemáticas, entre la Sala que estima la violación de la autonomía local por una ley y el Pleno al resolver sobre la constitucionalidad de esa misma ley. Ello podría ser, aun con los mayores esfuerzos para evitarlo, gravemente disfuncional, como la experiencia de alguna de las autocuestiones planteadas por las Salas que estiman un amparo permite aventurar.²⁸⁴

artículo 149 de la Constitución Española, así como de las leyes de las Comunidades Autónomas”. Ello obedecía, como nos informa el Consejo de Estado en su Dictamen, a las dudas sobre si un conflicto con impugnación directa de normas legales suponía un recurso de inconstitucionalidad encubierto con ampliación indebida de la legitimación taxativamente prevista en el artículo 162.1.a CE. En el segundo Anteproyecto sometido, conjuntamente con el primero, al Dictamen del Consejo de Estado, el objeto eran ya normas básicas estatales con rango de ley o leyes autonómicas, cuya inconstitucionalidad podría declarar directamente la propia sentencia estimatoria del conflicto.

²⁸⁴ Así, la STC 211/1989, de 19 de diciembre (amparo), por relación con la STC 185/1990, de 14 de noviembre (cuestión interna de inconstitucionalidad, sin votos particulares); y la STC 125/1994, de 25 de abril, por relación con la STC 48/1995, de 14 de febrero (cuestión interna de inconstitucionalidad). En las sentencias de amparo, se otorga el amparo sobre la base de la inconstitucionalidad de la norma a aplicar y por ello mismo se plantea la cuestión interna de inconstitucionalidad (mejor que “autocuestión”, pues no es el propio Pleno quien la plantea sino una Sala a este último), que el Pleno resuelve, sin embargo, de manera incongruente con el proceso de amparo. Así, en el caso de las dos últimas sentencias, lo ocurrido fue lo siguiente: La exigencia del artículo 45 LPL de 1991 de que los escritos presentados ante el juzgado de guardia

Precisamente, la práctica del Pleno del TC, en algunos casos, de recabar para sí, a propuesta de la Sala correspondiente, el conocimiento de un amparo en el que se plantee incidentalmente la inconstitucionalidad de una ley *ex articulo* 10.k LOTC,²⁸⁵ en cuanto tiende a reducir esos riesgos, probablemente haya sido tomada en consideración en la regulación de estos nuevos conflictos. Aunque, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido respecto de los supuestos en que el Pleno avoca un amparo con planteamiento incidental de la constitucionalidad de la ley, también en estos conflictos el proceso a que da lugar la autocuestión de inconstitucionalidad “resulta en alguna medida redundante”,²⁸⁶ algo que entendemos resulta predicable, *mutatis mutandis*, del proceso objeto de esta exposición. Con todo, aun con la atribución competencial al TC, no pueden descartarse discrepancias en el tiempo del propio Pleno, lo que sólo podría evitarse a través de una resolución inmediata de la autocuestión, que bien pudo preverse en la reforma de la LOTC.

4. *Legitimación*

Ya hemos dicho que el nuevo proceso constitucional presenta una limitada naturaleza dual como proceso conflictual y como proceso de constitucionalidad de la ley. En este último aspecto, puede decirse que, en la práctica, se produce una ampliación, bien que indirecta, de nuestro sistema constitucional de legitimación para el control de consti-

el último día del plazo debían ser comunicados por la parte al juzgado de lo social en el día siguiente hábil, considera la Sala concedera del amparo que el precepto legal no se justifica, por un lado, por no ser ya la jurisdicción laboral una jurisdicción formalmente separada por lo que el deber de notificación al juzgado de lo social resulta una fórmula de descargar sobre el justiciable los eventuales defectos de comunicación de la oficina judicial y, por otro, porque impone una regla para todo acto procesal sin distinguir entre aquellos que inician un procedimiento y los que se producen una vez iniciado. En la segunda sentencia, el Pleno entiende que, aunque la razón basada en la separación de la jurisdicción social y la ordinaria no tiene ya vigencia, la carga procesal en cuestión “no puede considerarse como un obstáculo excesivamente gravoso o irrazonablemente impeditivo al acceso a la justicia... en un procedimiento como el laboral, cuya celeridad sigue siendo un rasgo distintivo”. La contradicción no por solapada es menos obvia.

²⁸⁵ Así se hizo en las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, 209/1988, de 10 de noviembre y 18/1994, de 20 de enero, resolviendo todas ellas autocuestiones de inconstitucionalidad planteadas a partir del artículo 55.2 LOTC.

²⁸⁶ STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 2o.

tucionalidad de la ley, que *grosso modo* podría caracterizarse como un sistema de legitimación judicial o incidental (cuestión de inconstitucionalidad), legitimación territorial (presidente del gobierno, y órganos legislativo y ejecutivo autonómicos), legitimación de las minorías parlamentarias (50 diputados y 50 senadores) y legitimación iusfundamental (defensor del pueblo).

Ahora se amplía este sistema con una novedosa legitimación en favor de los municipios y provincias para la defensa de su autonomía local frente al estado y las comunidades autónomas que, en realidad, es más bien una nueva modalidad específica de la legitimación territorial. Y con el importante matiz de que los citados órganos no están propiamente legitimados para plantear la inconstitucionalidad de la ley o, mejor dicho, para solicitar su declaración de inconstitucionalidad, posibilidad vedada por el artículo 162.1.a CE, sino sólo la violación *in casu* de la autonomía local por una ley, por ello mismo, inconstitucional. Pero, de un lado, el necesario automatismo, en caso de estimar dicha violación, del autoplanteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Pleno del Tribunal Constitucional con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad y, de otro lado, el efecto de la sentencia desestimatoria del conflicto equiparado por el artículo 38.2 LOTC al de las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad en los recursos directos del mismo nombre, en la práctica suponen una ampliación, siquiera (artificialmente) indirecta, de la legitimación en los procesos de constitucionalidad. La ingeniosa vía utilizada no es, sin embargo, fraudulenta, no burla ninguna exigencia constitucional.

En otro orden de cosas, entrando ya en la concreta articulación normativa de la legitimación, es claro que la solución consistente en otorgar legitimación a cualquier municipio que entrase dentro del ámbito territorial de aplicación de la ley, aun siendo teóricamente la más adecuada para la protección de la autonomía local, habría chocado con el inconveniente de la existencia en nuestro país de más de ocho mil municipios, lo que no sólo podría conducir a colapsar todavía mucho más de lo que lo está ya al Tribunal Constitucional (incluso aunque, como Roura apunta, ese trabajo se redujese en muchos casos a la acumulación de conflictos para ser resueltos en un único proceso o a la mera inadmisión de los mismos),²⁸⁷ sino también dar lugar a una peligrosa instrumentalización política del conflicto, con efectos muy negativos

²⁸⁷ Roura Gómez, Santiago A., *op. cit.*, nota 278, p. 244.

tanto en nuestra jurisdicción constitucional como en la vida política local. Consciente de ello, el legislador limita la legitimación para plantear uno de estos conflictos en el sentido de exigir, salvo en la hipótesis de leyes dictadas para un único municipio o provincia (en que sólo ellos estarán legitimados), que el planteamiento del conflicto aparezca respaldado, por un número suficientemente significativo de corporaciones locales, en unos términos que más concretamente veremos a continuación. Como se dice en la Exposición de Motivos, “se trata, en definitiva, de garantizar los intereses de los entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los entes locales aisladamente considerados”, previniendo así, como el Consejo de Estado advierte en su Dictamen de 18 de junio de 1998, “una sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional por pretensiones indiscriminadas a título individual”.²⁸⁸

La legitimación para plantear estos conflictos corresponde, en concreto, según el artículo 75 ter LOTC, a las siguientes entidades locales²⁸⁹ (municipios o provincias):²⁹⁰

²⁸⁸ También desde esta perspectiva juzga negativamente la reforma, Roura Gómez, Santiago A., *op. cit.*, nota 278, pp. 245 y 249.

²⁸⁹ En realidad, sólo provincias o municipios, pues, según se sostuvo por el grupo parlamentario del PP durante los debates legislativos, sólo a unos y otras reconoce la Constitución “autonomía para la gestión de sus respectivos intereses” (artículo 137.1), por más que sea cierto, como se alegó por algún grupo durante la tramitación parlamentaria (CIU), que el artículo 141 establece que “se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia” y por ello mismo, a nuestro entender, no habría sido inconstitucional legitimar a alguna de esas agrupaciones (comarcas, singularmente), si bien siempre para la defensa de la autonomía de los municipios o provincias y no de dichas agrupaciones como tales. Una posición distinta es la de Pulido Quecedo, Manuel, *La reforma de la LOTC: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Navarra, Aranzadi, 1999, p. 71.

²⁹⁰ La legitimación de las provincias se entiende referida “a las islas en las Comunidades Autónomas de las Illes Balears y Canarias”; y se extiende también a tres cabildos respecto de leyes “canarias” y a dos Consejos Insulares respecto de leyes “baleares”, “aun cuando en ambos casos no se alcance el porcentaje de población exigido” con carácter general (Disposición Adicional 3a LOTC). Y conforme a la Disposición Adicional 4a, la legitimación se extiende también, en el caso del País Vasco, a “las correspondientes Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico, cuando el ámbito de aplicación de la ley afecte directamente a dicha Comunidad Autónoma” (cursiva nuestra). Como comenta Pulido, es de lamentar que no se prevea algún tipo de régimen especial para Ceuta y Melilla (Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 67).

a) Aquel municipio o provincia que sea el único destinatario de la ley.²⁹¹

En este supuesto, señala el Consejo de Estado en su Dictamen, “se da cobertura a la defensa de una dimensión primariamente subjetiva de la autonomía local susceptible de vulneración a través de leyes singulares y autoaplicativas”. Son varias las consideraciones que pueden hacerse sobre este precepto. En primer lugar, coincidimos con Pulido en que no se legitima aquí a las Comunidades Autónomas uniprovinciales respecto de leyes dirigidas únicamente a ellas,²⁹² probablemente porque sus órganos colegiados ejecutivo y, en su caso,²⁹³ legislativo pueden ya plantear un recurso de inconstitucionalidad ex artículo 32.2 LOTC frente a toda clase de leyes del Estado que afecten a su ámbito de autonomía, y fundado en cualquier precepto constitucional, no sólo en el artículo 140 CE. Es cierto que esta posibilidad no juega respecto de las leyes autonómicas, pero resulta difícil imaginar que éstas pudieran ser lesivas de la autonomía provincial en comunidades uniprovinciales, en las que es la propia comunidad autónoma la que asume las competencias, medios y recursos que corresponderían a las diputaciones provinciales (artículo 40 LBRL). Y por otro lado, respecto de tales leyes autonómicas persiste siempre la legitimación contemplada en los apartados b) y c). Por todo ello, la comentada exclusión nos parece una solución materialmente satisfactoria.

En segundo lugar, aunque se hable de “ley”, hay que entender dicho término como referido, en una interpretación sistemática, a las normas con rango de ley, estatales o autonómicas. No encierra, en este sentido, el precepto ninguna especialidad o restricción específica del objeto regulado con carácter general en el artículo 75.

²⁹¹ El supuesto contempla la hipótesis de leyes singulares y en tales hipótesis, de plantearse con relación a las mismas una cuestión de inconstitucionalidad, parece que la doctrina del Tribunal Constitucional en su última jurisprudencia, tras la condena a España del TEDH a que nos hemos referido en un momento anterior, podría ser proclive a admitir la intervención como coadyuvante del municipio o provincia. Véanse los AATC 174/1995, de 6 de junio, FJ 3o y 349/1995, de 19 de diciembre, FJ 4o y el interesante voto particular a ambos de Gimeno Sendra (al que, en el primer caso, se adhiere Jiménez de Parga), defendiendo ex artículo 24 CE que se admita además la intervención no sólo en los casos de leyes singulares, sino también la de los órganos de representación de las Comunidades Autónomas con relación a leyes que pudieran afectar a su ámbito de autonomía.

²⁹² Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 59.

²⁹³ Las únicas Comunidades Autónomas que no tienen órganos ni competencias legislativas son Ceuta y Melilla.

b) Un número de municipios que suponga al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial.

c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes²⁹⁴ en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango del ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

Sobre estos dos últimos supuestos de legitimación, cabe hacer una serie de observaciones comunes:

En primer lugar, opera en ambos casos una restricción de la legitimación que se adapta a un doble criterio —porcentajes de municipios o provincias y de población oficial en el ámbito territorial de aplicación—, que resulta bastante razonable tanto a fin de garantizar una cierta objetividad en el recurso a esta vía procesal constitucional como también, y quizás sobre todo, a fin de evitar un eventual bombardeo de conflictos ante el TC, especialmente en determinados “momentos” políticos (a nivel de cada comunidad autónoma o a nivel estatal) o simplemente pre-electorales, lo que si podría tener muy serios inconvenientes para el correcto funcionamiento del TC, también los tendría de no menor calado para la vida política municipal, sin aportar grandes beneficios en contrapartida. Como señala Pulido, a través de esta regulación, muchas de las prevenciones de los detractores del sistema creado quedarán disipadas, y desde luego, lo que parece claro es que “plantear un conflicto local, sea cual fuere su ámbito territorial, más en el caso de leyes de ámbito estatal, presenta considerables dificultades, no invencibles, pero sí premiosas y laboriosas en su cumplimiento”,²⁹⁵ lo que aleja el peligro, por algunos no obstante advertido en los debates parlamentarios, de

²⁹⁴ No deja de llevar razón Pulido cuando señala lo desacertado de no haber contemplado aquí el supuesto específico de las Comunidades Autónomas con número impar de provincias, lo que conlleva la exigencia de un respaldo provincial mayor (tres de cinco provincias en Castilla-La Mancha, dos de tres en Aragón), Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 65.

²⁹⁵ Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 63. Según los datos de este autor, mencionamos a continuación una serie de ejemplos, con arreglo al siguiente esquema: Territorio del Estado o de las distintas Comunidades Autónomas (número de municipios mínimo requerido para plantear un conflicto en defensa de la autonomía local-número de municipios en total), (población que han de representar esos municipios-población oficial total de ese territorio). Estado (1.156/8.095) y (6.611.566/39.852.651); Galicia (45/714) y (457.104/2.724.544); Andalucía: (110/770) y (1.205.812/7.236.459); Cataluña (135/944) y (1.015.007/6.147.610); Murcia (6/45) y (182.875/

“desvertebración territorial” de algunas Comunidades Autónomas o de que algunos grandes municipios se constituyan en una suerte de ciudades-estado que traten de puentear a las Comunidades Autónomas. Más bien, se ha llegado a una solución equilibrada entre las exigencias de defensa de la autonomía local constitucionalmente garantizada y las exigencias derivadas de la propia naturaleza y de las limitaciones estructurales intrínsecas de la jurisdicción constitucional, ya suficientemente sobrecargada de trabajo.

Por otro lado, aunque según el dictamen del Consejo de Estado en estos dos supuestos de los apartados *b)* y *c)* la legitimación lo es respecto de leyes generales, lo cierto es que no se comprende bien por qué habrá de ser siempre así: puede tratarse también de leyes dirigidas sólo a dos o sólo a algunos municipios de su ámbito territorial de aplicación, como por ejemplo las leyes que creen, modifiquen o supriman áreas metropolitanas ex artículo 43 LBRL.

En tercer lugar, merece la pena observar que la legitimación de los apartados *b)* y *c)* es cumulativa; la del apartado *b)* es cumulativa respecto de la del apartado *a)* cuando el único destinatario de la ley controvertida sea la provincia, pero no, evidentemente, cuando lo sea un municipio; y en fin, la legitimación contemplada en el apartado *c)* no puede concurrir nunca con la del apartado *a)*, por razones obvias.

En cuarto lugar, y por lo que respecta a la referencia al “ámbito de aplicación” de la ley, ello no debe interpretarse como una referencia sin más al territorio estatal en el caso de leyes del Estado, o al respectivo territorio autonómico en el caso de las leyes autonómicas, sino que habrá de determinarse en cada caso cuál es el ámbito de aplicación efectivo de cada ley o precepto legal, especialmente en los casos en que las leyes, o algunos de sus preceptos, se dirigen sólo a los municipios que tengan un determinado nivel de población (por ejemplo, municipios con una población entre 100,000 y 300,000 habitantes).

5. Objeto

El objeto viene constituido por “normas del Estado con rango de ley” o “disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas”

1.115.068); País Vasco (36/250) y (349.676/2.098.628); Madrid (26/179) y (837.048/5.091.336). Nótese, no obstante, que no siempre el ámbito territorial de la ley ha de corresponderse con todo el territorio del Estado en el caso de las leyes estatales, ni con todo el de la respectiva Comunidad Autónoma cuando de leyes autonómicas se trata.

(artículo 75 bis LOTC). Aquí se incluyen todas las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas sin excepción posible; también, por tanto, los Estatutos de Autonomía, las leyes orgánicas,²⁹⁶ las leyes marco, las de armonización, los decretos-leyes y los decretos legislativos.²⁹⁷ No pueden ser objeto de este proceso, en cambio, los tratados internacionales,²⁹⁸ ni tampoco las normas forales de las juntas generales (por tener rango infralegal).²⁹⁹

6. *Procedimiento*

A. *Fase previa: acuerdo inicial y solicitud de dictamen del órgano consultivo*

Antes de plantear o formalizar el conflicto ante el TC, se exige, de un lado, “el acuerdo del órgano plenario de las corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas”³⁰⁰ y, de otro, que se formule (dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley en el diario oficial correspondiente) solicitud de Dictamen bien al Consejo de Estado,³⁰¹ para el

²⁹⁶ Pese a la dicción clara del artículo 75 bis LOTC (normas “con rango de ley”), Pulido considera excluidas a las leyes orgánicas de este proceso, pues para ello debería existir “mención expresa” dado su carácter excepcional. Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 46. Esta opinión no puede compartirse. De un lado, el “rango de ley” de las leyes orgánicas está fuera de duda y ello bastaría ya para considerar injustificada su exclusión. Y de otro *lado*, el carácter excepcional de las leyes orgánicas ha de tener sin duda su juego a fin de evitar, a través de una interpretación expansiva o no estricta de su alcance, la petrificación del ordenamiento, así como una transmutación del sistema democrático normal de decisión por mayoría simple, pero no, desde luego, en lo que al control de su constitucionalidad se refiere y menos todavía ante el tenor literal del artículo 75 bis LOTC. Más bien, el carácter “excepcional” de las leyes orgánicas justifica un mayor control de las mismas.

²⁹⁷ “La propia Constitución autoriza al gobierno para que dicte normas con rango de ley, bien por delegación de las Cortes (decretos legislativos) o bien bajo la forma de decretos-leyes” en determinados supuestos (STC 51/1982, de 19 de julio, FJ 1o).

²⁹⁸ Pues “ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 de la Constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno” (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5o).

²⁹⁹ Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 68.

³⁰⁰ Frente a la regla general, que exige mayoría absoluta de los miembros *presentes* (artículo 47.1 LBRL).

³⁰¹ Según el artículo 19 de la Ley del Consejo de Estado, “cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de 15 días”.

caso de que las corporaciones locales pertenezcan a dos o más Comunidades Autónomas³⁰² o de que una no disponga de órgano consultivo propio,³⁰³ bien, en todos los demás casos, al correspondiente órgano consultivo autonómico, conforme a la respectiva legislación autonómica. El dictamen, aun teniendo carácter preceptivo, no es obviamente vinculante; es, en segundo término, presupuesto para la admisión del conflicto; y deberá, en tercer lugar, venir referido a la lesión o no, en el concreto caso enjuiciado, de la autonomía local por la ley alegada,³⁰⁴ así como, con carácter previo, a los requisitos de legitimación, incluido en su caso, el referido al carácter “singular” de la ley.

B. *Formalización del conflicto*

Una vez evacuado el dictamen, las corporaciones dispondrán de un mes a contar desde su recepción³⁰⁵ para formalizar el conflicto ante el TC. Esta “formalización” habrá de tener lugar necesariamente a través de la adopción de nuevos acuerdos por los órganos plenarios de las corporaciones locales.³⁰⁶ Es cierto que el artículo 75 quater nada

³⁰² En esta hipótesis, de acuerdo con la previsión general del artículo 48 LBRL, párrafo 2o., “la solicitud se cursará por conducto del Ministerio de Administraciones Públicas a petición de la entidad de mayor población”.

³⁰³ En este caso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 48 LBRL, párrafo 1o., conforme al cual “la correspondiente solicitud se cursará por conducto del Presidente de la Comunidad Autónoma”. La coletilla final “y a través del Ministerio de Administración Territorial” fue declarada inconstitucional, y por consiguiente nula, por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 17o, por desconocer que el Presidente de la Comunidad Autónoma ostenta en su territorio la representación ordinaria del Estado.

³⁰⁴ Aunque nada se dice en la ley, parece que la solicitud de Dictamen debe venir referida a todos y cada uno de los preceptos legales que se pretendan luego alegar ante el Tribunal Constitucional como lesivos de la autonomía local, pues de no ser así, respecto de los preceptos sobre los que no se solicitó dictamen no procederá la admisión del conflicto, salvo supuestos de conexidad.

³⁰⁵ Es de suponer que habrá de tratarse de la recepción por todas y cada una de las corporaciones locales, mientras no se estipule otra cosa. Así, en el caso del dictamen solicitado al Consejo de Estado por entes locales pertenecientes a dos o más Comunidades Autónomas, dado que la petición la realiza la entidad de mayor población (artículo 48 LBRL), parece que habrá de bastar con la recepción del dictamen por dicha entidad.

³⁰⁶ Coincidimos con Manuel Pulido Quecedo, *op. cit.*, nota 289, p. 78. Es significativo que el artículo citado incluya una coma (,) antes del gerundio “acreditando”: “podrán plantear el conflicto ante el TC, acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo anterior, y alegándose los fundamentos jurídicos en que se apoya”: el conflicto no se formaliza con la simple acreditación de los requisitos del

prevé al respecto, pero parece claro que así habrá de ser pues los acuerdos iniciales lo eran, como dice el artículo 75 ter., 2, “para iniciar la tramitación” del conflicto, por lo que será necesario que, una vez conocido el dictamen del correspondiente órgano consultivo, los municipios que iniciaron el conflicto reiteren su voluntad de planteamiento del conflicto, pudiendo ocurrir que algunos municipios, por las razones que sean, desistan (con plena eficacia, a nuestro juicio) antes de la formalización y/o que otros municipios se sumen a los que plantearon inicialmente el conflicto. Pero, en caso de que los municipios que iniciaron el conflicto pertenecieran a una sola CA con órgano consultivo propio, no podrán sumarse, en el momento de la formalización, municipios de otras Comunidades Autónomas, pues no se dará entonces el requisito de dictamen del Consejo de Estado, indispensable para la admisión por el Tribunal Constitucional del conflicto, sino que sólo habrá un dictamen de un órgano consultivo autonómico.

Deberá en esta fase acreditarse la legitimación y los restantes requisitos procedimentales a que venimos refiriéndonos. Para todo ello, los entes locales podrán ser asistidos por asociaciones de entidades locales, a las que, sin embargo, y en contra de lo propuesto por algún grupo parlamentario,³⁰⁷ no se legitima para plantear directamente el conflicto.³⁰⁸

C. Trámite de admisión

Una vez formalizado el conflicto en defensa de la autonomía local ante el TC, se prevé un trámite de admisión, que no se contempla en cambio para los conflictos positivos de competencia ni inicialmente tampoco para los recursos de inconstitucionalidad y que, según Pulido, habrá de servir de filtro que “evite tener que pronunciarse sobre asuntos que no reúnan los requisitos de admisión o no afecten al contenido constitu-

artículo 75 ter y la fundamentación jurídica de dicho conflicto, sino que deberá formalizarse a través de los correspondientes acuerdos, aunque siempre, además, con la acreditación y fundamentación referidas.

³⁰⁷ Enmienda número 16 en el Congreso (grupo mixto).

³⁰⁸ Comenta Roura Gómez, Santiago A., *cit.*, nota 278, p. 246, que: “quizás no sea especular demasiado el aventurar que, probablemente, la práctica acabará por dar un sentido inverso al que parece presidir la redacción del precepto y que, finalmente, serán las asociaciones... las que pongan en marcha el proceso que, tras la oportuna recomendación en tal sentido a sus asociados, ha de concluir en la adopción de los acuerdos plenarios precisos para la presentación de una demanda” ante el TC, regulación legal que le parece, cuando menos, “un exceso”.

cionalmente garantizado de la autonomía local”.³⁰⁹ La inadmisión se producirá “mediante auto motivado”, lo que es del todo natural, dado que se trata de una inadmisión *a limine litis*.

En este trámite, deberá el TC, en primer término, examinar si los personados están o no legitimados, lo que requerirá normalmente ciertos cálculos matemáticos y disponer de datos censales actualizados, dada la particular configuración normativa de la legitimación en estos procesos. La falta de legitimación es causa de inadmisión de plano del conflicto, como también lo es la falta de “otros requisitos exigibles y no subsanables” (ante todo, la falta del acuerdo de la mayoría absoluta “de derecho” del órgano plenario de cada corporación, la falta del dictamen del órgano consultivo al que en cada caso correspondiera, o la extemporaneidad para la solicitud del dictamen o para el planteamiento del conflicto ante el TC)³¹⁰ o, en fin, la notoria falta de fundamentación de la controversia.³¹¹ En caso de revocación por parte de

³⁰⁹ Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 84.

³¹⁰ Respecto de los requisitos subsanables, Pulido enumera, a la luz de la *praxis* de nuestro TC, los relativos a la exigencia de representación, a la falta de traducción de acuerdos municipales en el ámbito de las comunidades bilingües, la falta de aportación de acuerdos, dictámenes e informes (a distinguir de su inexistencia), Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 86. Por su parte, Roura considera que el examen de la legalidad del acuerdo plenario (corrección de la convocatoria, del orden del día, como cuestiones de legalidad ordinaria) conducirá inevitablemente a la colisión con las funciones de la jurisdicción ordinaria, Roura Gómez, Santiago A., *op. cit.*, nota 278, p. 245.

³¹¹ Se prevé la inadmisión de la controversia “cuando estuviere notoriamente infundada” (artículo 75 quinquies), lo que, a nuestro entender, supone un juicio de valor inicial o *prima facie* sobre la fundamentación y viabilidad del conflicto, no bastando desde luego con que se aleguen “los fundamentos jurídicos en que se apoya”, como exige el artículo 75 quater *in fine*, pues este último precepto se refiere a un requisito formal exigible pero, en último término, subsanable (la alegación de fundamentos jurídicos, siquiera *pro forma*: bastará con citar el artículo 140 CE y ponerlo mínimamente en relación con los preceptos legales pretendidamente lesivos de la autonomía local) por virtud del principio de interdicción de formalismos enervantes, mientras que el motivo de inadmisión del artículo 75 quinquies se refiere al carácter notoriamente insensado de la fundamentación, lo que supone un enjuiciamiento material y no puramente formal de la misma, si bien siempre limitado, a su vez, por el principio *favor actionis*. Sobre la interpretación de la “notoria falta de fundamento” como causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, véase la STC 126/1987, FJ 3o y el ATC 158/1993, FJ único (no basta con citar los preceptos constitucionales que se estiman infringidos, sino que además ha de exteriorizarse el razonamiento que lleva a cuestionar la constitucionalidad de la ley); el ATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 10 (“Existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de

uno o varios entes locales del acuerdo impugnatorio, parece que la misma sólo debería surtir efectos si fuese previa a la formalización del conflicto, pero no si es posterior.

D. *Personación y desarrollo del proceso constitucional*

Admitido a trámite el conflicto, en el término de diez días, el Tribunal Constitucional dará traslado del mismo, en su caso, a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de quien hubiese emanado la ley, y en todo caso a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado, si bien debemos hacernos eco de la existencia de un *usus fori* de las Cámaras de personarse y ofrecer su colaboración, pero sin formular alegaciones ni siquiera en materia de procedimiento, con sólo contadas excepciones.³¹² La personación y formulación de alegaciones deberán realizarse en el plazo de veinte días (artículo 75 quinquies, 2). Se notificará a los interesados el planteamiento del conflicto y se publicará en el correspondiente diario oficial por el propio Tribunal. Por último, se faculta al Tribunal Constitucional para “solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión” (artículo 75 quinquies, 4). Nada se prevé con relación a la postulación y asistencia letrada, que deberá ser objeto de reglamentación por el propio TC.

7. *La sentencia y sus efectos*

En el plazo de los quince días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para recibir informaciones, aclaraciones o precisiones de las partes, el Tribunal Constitucional habrá de dictar sentencia. Ésta debera: *a)* declarar si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada; *b)* determinar, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia contro-

inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria. En tales casos puede resultar conveniente resolver la cuestión en la primera fase procesal”); y el ATC 352/1990, de 2 de octubre, FJ único (fundamentación basada en una interpretación de la ley, o del precepto constitucional con el que se le supone en conflicto, “absolutamente diversa de la que es común en nuestra comunidad jurídica o ha sido ya consagrada por este Tribunal”).

³¹² Pulido Quecedo, Manuel, *op. cit.*, nota 289, p. 90.

vertida;³¹³ c) resolver, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local. El contenido mínimo de la sentencia es el enumerado en primer lugar, y según se aprecie o no vulneración de la autonomía local estaremos ante una sentencia estimatoria o desestimatoria del conflicto planteado.

En la hipótesis de sentencia estimatoria, preceptúa el artículo 75 quinquies, 6, que “la declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto”, cuestión que se tramitará conforme al procedimiento establecido para la cuestión de inconstitucionalidad y tendrá los efectos “ordinarios” previstos con carácter general para los procesos de inconstitucionalidad de las leyes. En concreto, dice el artículo 38 LOTC: “1. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’”; 2. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional”. De esto último, se deduce, *a contrario sensu*, que la sentencia desestimatoria no excluye en todo caso el planteamiento de la misma cuestión “fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional” a través de la cuestión de inconstitucionalidad, lo que deja razonablemente abierta una vía a la evolución jurisprudencial.³¹⁴

³¹³ Este concreto contenido de las sentencias fue objeto de polémica durante los debates parlamentarios, sosteniendo el grupo parlamentario CIU que el mismo no resultaba oportuno, bastando con que el Tribunal Constitucional determinase si había habido o no vulneración de la autonomía local. En todo caso, no es un contenido obligatorio sino a incluir en la sentencia “según proceda”.

³¹⁴ Respecto de la posibilidad de conocer, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, sobre unos preceptos ya declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional tras su impugnación por la vía del recurso de inconstitucionalidad, véase la ya citada STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2o, que se basa en el considerable “lapso de tiempo” transcurrido desde la sentencia que había resuelto el recurso de inconstitucionalidad, tiempo que resulta relevante “a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social” (se refiere a la objeción de conciencia al servicio militar).

Al margen de otras cuestiones ya analizadas al abordar el problema de la naturaleza de este nuevo conflicto, se plantea aquí la duda acerca de la admisibilidad de las sentencias interpretativas, sentencias éstas que si por lo general se formulan entre nosotros como formalmente desestimatorias, es indudable, sin embargo, como Jiménez Campo ha puesto de relieve, que tienen en realidad un cierto alcance materialmente estimatorio, hasta el punto de que en alguna ocasión nuestro TC, al dictarlas, se ha valido de una formulación positiva o estimatoria.³¹⁵ En el caso de los conflictos que estudiamos, pensamos que solamente son posibles sentencias interpretativas a través de una formulación positiva (que estime vulneración de la autonomía local por una ley si se interpreta en el sentido de que...), pues sólo entonces parece admitirse por el artículo 75 quinquies, 6 el autoplanteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que dé lugar a una segunda sentencia interpretativa, ya no sobre lesión de la autonomía local por la ley, sino sobre la constitucionalidad misma de la ley y que vincule a todos los poderes públicos, produzca efectos generales (artículo 38 de la LOTC) y corrija, en su caso, la jurisprudencia establecida por los jueces y tribunales ordinarios (artículo 40.2 de la LOTC).³¹⁶ Caben también, en principio, sentencias prospectivas.³¹⁷

³¹⁵ STC 158/1993, de 6 de mayo, que declara “que el artículo 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana es inconstitucional en cuanto prohíbe el embargo y la retención de las pensiones de referencia de manera incondicionada y al margen de su cuantía”; STC 105/1988, de 8 de junio, que declara “inconstitucional el artículo 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”. Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en el colectivo *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 47-49, quien se decanta por esta formulación positiva.

³¹⁶ Aunque sería también posible que el Pleno del Tribunal Constitucional estimase el conflicto planteado mediante una primera sentencia interpretativa formulada positivamente (“se lesiona la autonomía local en la medida en que la ley se interprete en el siguiente sentido”), se plantease a renglón seguido una autocuestión de inconstitucionalidad y la resolviese negativamente mediante una sentencia interpretativa de rechazo (de la inconstitucionalidad) o de formulación negativa (“la ley es constitucional si se interpreta en el siguiente sentido, único que se estima conforme a la Constitución” o bien “la ley es constitucional si no se interpreta en el siguiente sentido [o en los siguientes sentidos], que sería[n] inconstitucional[es]”).

³¹⁷ Aunque la problemática es diversa, véase, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la interesante STC 195/1998, de 1o. de octubre.