

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	51
II. El sistema mexicano de control judicial de la constitucionalidad. Esbozo	55
III. Origen de la acción de inconstitucionalidad y análisis global de su expansión en el ámbito comparado.	59
1. Algunos antecedentes: Venezuela, Colombia. El caso checoslovaco	59
2. La Constitución austriaca de 1920 y la concepción kelseniana del tribunal constitucional. Expansión y evolución del modelo	62
IV. Una precisión terminológica: ¿acción o recurso de inconstitucionalidad?	73
V. El control a través de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto	79
1. Control abstracto y control concreto.	79
2. Control abstracto y legitimación restringida a ciertos órganos políticos	81
3. La elevada politicidad del control abstracto.	83
VI. La articulación de la acción de inconstitucionalidad y los restantes mecanismos procesales de control de la constitucionalidad	92
1. Acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.	92

2. Acción de inconstitucionalidad y amparo.	94
VII. El control de la constitucionalidad en los Estados federales. .	97

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,⁷⁵ pero, con todo, sigue plenamente vigente la diferenciación entre el sistema concentrado y el difuso⁷⁶ 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*.⁷⁷

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 en el ejercicio 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 cono-

⁷⁵ No entraremos aquí a analizar el control político de la constitucionalidad. Sucintamente, entre una abundantísima bibliografía, puede verse Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 94 y ss.

⁷⁶ 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, p. 18, nota 3.

⁷⁷ *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.

ciendo, 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),⁷⁸ realizado por cualquier juez o tribunal (es “en cierto modo el derecho natural del Magistrado”, nos dirá Tocqueville)⁷⁹ y con efectos *inter partes*,⁸⁰ e instado por cualquier *parte en un proceso en el que deba ser aplicada la ley en cuestión*.

Es conocido, sin embargo, el acercamiento que se ha producido en la práctica en el ámbito comparado entre ambos modelos teóricos,⁸¹ hoy teleológicamente convergentes,⁸² al menos en un séptuple aspecto:

78 “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.

79 “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, *La democracia en América*, *cit.*, pp. 107-108.

80 “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, *La democracia en América*, *cit.*, p. 107.

81 Como con todo acierto 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, 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.

82 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.

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, belga⁸³ 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 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.

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, El Salvador).

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

83 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.

on the books, se transforme en *a dead law*.⁸⁴ 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 parecidos (la obligatoriedad del precedente con respecto al amparo en México; o el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en Argentina y Brasil, por ejemplo).⁸⁵

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.

⁸⁴ 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*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 714.

⁸⁵ 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, *La jurisdicción constitucional...*, *cit.*, pp. 131-58.

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

Es el artículo 105.2 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 “posible 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*),⁸⁶ de tal modo que la Suprema Corte, y sólo ella, pueda declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

⁸⁶ 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, *Grundzüge...*, cit., p. 268.

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 constitucionalidad, pero sí para inaplicarlas al caso concreto⁸⁷ cuando estimen que son inconstitucionales.⁸⁸

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 discrepe (*Meinungsverschiedenheiten*) o que tenga “dudas” (*Zweifel*)⁸⁹ 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, planteara la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁹⁰

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”.⁹¹ Esta tercera vía puede decirse

87 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”.

88 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, “El control de constitucionalidad...”, *cit.*, p. 217.

89 Konrad Hesse, *Grundzüge...*, *cit.*, p. 267.

90 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, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 76.

91 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 Corte, sino que es una competencia

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), difuso⁹² (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,⁹³ Chile (aunque limitadamente),⁹⁴ 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 como sumamente útil para hacer respetar al legislador la *Magna Lex*, además de

de todos los tribunales federales; b) el control abstracto de la constitucionalidad: la Suprema Corte tiene el monopolio tanto de examen como de rechazo.

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ Gómez Bernales, Gastón, “La justicia constitucional en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 127 y ss.

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.⁹⁵

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 comparado⁹⁶ 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 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 inves-

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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, “El recurso de amparo”, *cit.*, p. 276.

tigación, 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 tercer y último lugar, al concepto de control abstracto de constitucionalidad, desarrollado fundamentalmente en la doctrina germana, así como a los riesgos que 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 de este siglo: Hans Kelsen, quien fue en último término el responsable intelectual de la creación, a partir de una cierta “racionalización”⁹⁷ del sistema 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

⁹⁷ 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, “El control de constitucionalidad...”, *cit.*, 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; Pedro de Vega, “Prólogo” a Carl Schmitt, *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 obiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977, p. 661; y Pedro Cruz Villalón, “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.

mediante las “acciones de inconstitucionalidad”,⁹⁸ 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.⁹⁹ Y como es sabido, fue ese texto constitucional, conocido como *Oktoberverfassung*, 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:

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

⁹⁸ 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, *id.*, “Justicia constitucional supranacional (El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional)”, en su libro recopilatorio *La justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 222 y ss.

⁹⁹ Walter, Robert y Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Viena, Manzschke, 1980, p. 20.

sobre el particular”.¹⁰⁰ 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,¹⁰¹ 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,¹⁰² 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.¹⁰³

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 ése 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 kel-

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

101 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).

102 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.

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

seniano 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”.¹⁰⁴ 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,¹⁰⁵ 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”.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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:

¹⁰⁴ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 286-287, nota 96.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ Cruz Villalón, Pedro, “El control de constitucionalidad...”, cit., p. 118.

¹⁰⁷ Enelhardt, Dieter, “Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat”, *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] 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 fundadamente ‘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 ordénances impériales de l’ancienne monarchie, soit à l’origine de la création para les constituants tchécoslovaques d’un Tribunal Constitutionnel”.

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”.¹⁰⁸

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 au-

108 Seguimos a Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, cit., pp. 249-250.

tónoma 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.¹⁰⁹ 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:

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.

¹⁰⁹ Giovannelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983, especialmente pp. 236-313 (“*Verfassungsgerichtbarkeit kelseniana e Corte Costituzionale*”).

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”.¹¹⁰ 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,¹¹¹ 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.

El Tribunal Constitucional es, para Kelsen, un legislador negativo¹¹² 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”.¹¹³

Esta concepción del tribunal constitucional como “legislador negativo” lleva a Kelsen a hablar, congruentemente, de una verdadera “división del poder legislativo en dos órganos”:¹¹⁴ 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:

110 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.

111 No obstante, véase Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor... cit.*, pp. 24 y ss.

112 Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en el libro recopilatorio Hans Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, traducción de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio La Pergola, Milano, Giuffrè, 1981, p. 174; *id.*, *¿Quién debe ser el defensor... cit.*, 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.

113 Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, p. 173.

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

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”;¹¹⁵

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,¹¹⁶ 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 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,¹¹⁷ 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”.¹¹⁸ 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

115 *Ibidem*.

116 *Idem*, p. 196.

117 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...*, cit., p. 132.

118 Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad...”, cit., p. 231.

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 por el Tribunal Constitucional, es absolutamente válida, motivo por el cual precisamente no puede ser inaplicada 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,¹¹⁹ 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*).¹²⁰

La instauración por la *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—,¹²¹ por lo que no puede extrañar que las

119 Cappelletti, Mauro, “Análisis estructural-comparativo...”, *cit.*, pp. 100-101.

120 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, *cit.*, pp. 612-613. 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.

121 Tal y como nos recuerda el propio Hans Kelsen en “La garantía jurisdiccional...”, *cit.*, 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 la actividad jurisprudencial

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 constitucionales¹²² del que en adelante, con su control de constitucionalidad de “marcado carácter abstracto y objetivo”¹²³ (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.¹²⁴

De la Constitución austriaca, el modelo —especialmente en su configuración tras la reforma de 1929— va a pasar a la Constitución española

de dicho Tribunal, 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, *¿Quién debe ser el defensor...*, cit., p. 74. A finales de 1929, el Tribunal Constitucional fue reformado, disponiéndose que la elección de sus miembros correspondería 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 Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor...*, cit., p. XVI.

122 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 de este 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, *¿Quién debe ser...*, cit., p. 32.

123 Cascajo Castro, José Luis y Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo*, cit., p. 25 (la cita que hago corresponde a la parte elaborada por el primer autor).

124 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.

de 1931,¹²⁵ 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: Austria, Italia, Alemania (y también prácticamente todos sus *Länder*, incluidos los surgidos de la reunificación), España, Andorra, Portugal, Grecia, Francia (si consideramos como tal al Consejo Constitucional), Rusia, Egipto, Polonia, Hungría, Turquía, Chipre, Malta, Corea del Sur, Colombia, Perú, Chile, Guatemala, Ecuador, Bolivia, Croacia, Estonia, Lituania, Namibia, Rumanía, Sudáfrica, Eslovaquia, Madagascar, Albania, Armenia, Bulgaria, Croacia, Hungría, Macedonia, República Checa, Serbia o Costa Rica.¹²⁶ En todos ellos, 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

¹²⁵ 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, *La defensa constitucional*, cit., pp. 161 y 191.

¹²⁶ En Costa Rica 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, “La jurisdicción constitucional en...”, cit., p. 366.

Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada”,¹²⁷ siendo la base para ello la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución¹²⁸ y no meramente la regla kelseniana de la regularidad formal¹²⁹ de las normas.

Esto es hoy tesis común en las doctrinas

- austriaca¹³⁰
- alemana,¹³¹
- italiana¹³²

¹²⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., 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.

¹²⁸ 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 ensamblaria de la democracia”. Cascajo Castro, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, cit., pp. 36-37. 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.

¹²⁹ Sobre la misma puede verse Kelsen, Hans, “*La garanzia giurisdizionale...*”, cit., pp. 145 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).

¹³⁰ Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en el colectivo *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 274-275, 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.

¹³¹ Como nos dice Schlaich, “el TCF es en sus funciones materialmente un Tribunal. Esto es incuestionable”. Véase Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidung*, 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 *ius dicere*, la jurisprudencia. Véase también Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 6 (Abstraktes Normenkontrollverfahren)”, en el colectivo Dieter C. Umbach y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichts-gesetz*, cit., p. 978: “Die Diskussion ist heute —jedenfalls formal— entschieden. Das BVerfG gehört zur Judikative”. Por último, *cf.* Christine Landpried, “The judicialization of politics...”, cit., p. 122; Helmut Steinberger, *200 Jahre amerikanische Bundesverfassung*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 35 y ss.

¹³² 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

— portuguesa,¹³³ y comienza a serlo en la española.¹³⁴

Resulta, así pues, innegable que la recepción en el moderno constitucionalismo europeo del concepto norteamericano de Constitución¹³⁵ ha

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.

¹³³ “Es indiscutible que se trata de una ‘tribunal’”. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, cit., p. 761.

¹³⁴ 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 Óscar Alzaga (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 postguerra), 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 buena medida 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 Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 23 [la cita entre paréntesis la tomo de la p. 22].

¹³⁵ 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 Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, 1994 (recientemente traducido al italiano, CEDAM, Padua, 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 Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre

influido también decisivamente en la concepción europea de la jurisdicción constitucional. Pero ello no debe 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—¹³⁶ 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”,¹³⁷ dicha estructura aún hoy se mantiene.

Nos referimos con ello, obviamente, a la concentración en un sólo 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 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.

legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, *in toto*.

¹³⁶ Puesto que ya se inicia en la propia Austria en 1929 y continúa en España en 1931.

¹³⁷ En el sentido de Manuel Aragón Reyes, “El sistema español ...”, *cit.*, 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”.

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*¹³⁸ a secas. En España, en cambio, la expresión “recurso de inconstitucionalidad” aparece utilizada ya en los años veinte,¹³⁹ si bien con un sentido distinto al actual, terminología hoy consagrada en España incluso a nivel constitucional,¹⁴⁰ y utilizada ya, por lo demás, por la Constitución republicana de 1931 y que han seguido también, recientemente, diversas Constituciones.¹⁴¹

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 siem-

¹³⁸ 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, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 30, nota 10.

¹³⁹ 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, Editorial 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”.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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.

pre 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,¹⁴² y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado.¹⁴³ Desde esta perspectiva sería más correcta la terminología mexicana y latinoamericana¹⁴⁴ 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 ple-

¹⁴² Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 43.

¹⁴³ Ése 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, Jorge Carpizo y José Ramón Cossío Díaz, “La jurisdicción constitucional en México”, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional...*, *cit.*, 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 ambigüedades, 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”.

¹⁴⁴ Es un término “utilizado en los ámbitos jurisdiccionales latinos y no siempre con los mismos alcances”. García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad...”, *cit.*, 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, intercambiándose 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.

itud, 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 privados, es estar dotados de presunción de validez y fuerza ejecutoria, lo que les asemeja [...] a las sentencias judiciales”.¹⁴⁵ 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,¹⁴⁶ por más que, desde una perspectiva procesal estricta, haya que reconocer que no nos encontramos ante un recurso¹⁴⁷ 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

¹⁴⁵ Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo*, t. I (Parte general), Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 94.

¹⁴⁶ En estos términos, Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo*, cit., p. 727.

¹⁴⁷ Así lo ponen de relieve, entre otros, Montero Aroca, Juan, Manuel Ortells Ramos, Juan-Luis Gómez Colomer y Alberto Montón Redondo, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, José María, 1996, t. I, Parte general, pp. 316-317. Respecto del recurso de inconstitucionalidad, señalan estos mismos autores (*op. ult. cit.*, p. 45) cómo es “técnicamente” más correcto hablar de “proceso principal de inconstitucionalidad”.

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 analogía¹⁴⁸ con los recursos contencioso-administrativos,¹⁴⁹ que 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.¹⁵⁰ 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

148 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, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 101.

149 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, *El valor de las sentencias...*, *cit.*, p. 122. Es una idea generalmente admitida en Europa y, así, puede Gomes Canotilho decir que “la justicia constitucional es, 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, *Direito constitucional*, *cit.*, p. 959. La conexión entre el “recurso” de inconstitucionalidad y el “recurso” contencioso-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, nota 76.

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, “La garantía giurisdizionale...”, *cit.*, p. 179.

150 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, *Los tribunales constitucionales*, *cit.*, p. 36.

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 inconstitucionalidad¹⁵¹ así como el hecho de que pueda 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.¹⁵² 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,¹⁵³ el mismo

151 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.

152 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 Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 175 y 299-300. 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.

153 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 131. 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”.

legislador¹⁵⁴ y el propio Tribunal Constitucional,¹⁵⁵ 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

Trujillo Fernández, Gumersindo, voz “Recurso de inconstitucionalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1994, p. 5586.

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

155 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 “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.

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 términos 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,¹⁵⁶ 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 derecho¹⁵⁷ 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 con-

¹⁵⁶ No creo que ello resulte negado por la opinión de Favoreu (*Los tribunales constitucionales...*, cit., 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”.

¹⁵⁷ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 82.

traposición entre control abstracto y control concreto, el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial—¹⁵⁸ 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 resolver directamente —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional— sobre 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.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰

158 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 Javier Jiménez Campo, “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.

159 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.

160 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 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

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,¹⁶¹ concentrado en la Suprema Corte.

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”,¹⁶² en cuanto que el control abstracto parece

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.

¹⁶¹ 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 Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional...”, *cit.*, p. 66.

¹⁶² 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.

estar ligado, en principio, a la legitimación restringida a ciertos órganos políticos¹⁶³ que, en su caso, ejercerán la acción, no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva*¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶

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

¹⁶³ 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, Eduardo Cifuentes Muñoz, “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 Verfassungsgerichtsbarkeit”, *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.

¹⁶⁴ 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, Voz “Recurso de inconstitucionalidad”, *cit.*, p. 5593.

¹⁶⁵ Sobre ello, puede verse Söhn, Hartmut, “Die abstrakte normenkontrolle”, en Christian Starck, *Bundesverfassungsgerichte und Grundgesetz...*, *cit.*, pp. 309 y ss.

¹⁶⁶ Más adelante, el tribunal precizaría 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”, en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas-Notícias, con prólogo de José Manuel M. Cardoso da Costa (Presidente del Tribunal Constitucional), Lisboa, 1993, pp. 400 y ss.

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.¹⁶⁷

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). 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”.¹⁶⁸

¹⁶⁷ STC 42/1985, de 15 de marzo, FJ 2.

¹⁶⁸ 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.

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.¹⁶⁹

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”,¹⁷⁰ lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley.¹⁷¹

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 Tri-

¹⁶⁹ 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”, en el colectivo *Los procesos constitucionales...*, cit., pp. 39-40; Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, cit., p. 57.

¹⁷⁰ 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, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. Esta acusación de ser una “tercera cámara” (“Dritte Kammer”) también se ha formulado en Alemania. Véase, negándola, Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., 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 “superparlamento”, como nos recuerda Mauro Cappelletti, “La actividad y los poderes del juez constitucional...”, cit., p. 134.

¹⁷¹ A ello alude Konrad Hesse, “Evolución histórica...”, cit., p. 52, y Peter Häberle (“Verfassungsgesichtbarkeit als politische Kraft”, en su libro recopilatorio *Verfassungsgesichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Zwei Studien*, Athenäum, Frankfurt, 1980, p. 61) 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”.

bunal Constitucional a convertirse en “árbitro sobre valoraciones y prognosis opuestas sin estar más dotado ni cualificado para ello que el parlamento”;¹⁷² 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?”.¹⁷³ Otros, desde hace ya años, defienden abiertamente la derogación o supresión (*Abschaffung*) del control normativo abstracto.¹⁷⁴

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 teutónica¹⁷⁵ 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,¹⁷⁶ 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.¹⁷⁷

172 Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 836.

173 Hesse, Konrad, “Evolución histórica y configuración...”, *cit.*, p. 51.

174 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.

175 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, “Discusión...”, *cit.*, p. 45.

176 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, “Discusión...”, p. 47.

177 Rubio Llorente, Francisco, “Discusión...”, p. 45. En el mismo debate, señala Cruz Villalón, “creo que el Sr. 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, “Discusión...”, p. 44.

Hay, sin embargo, algo que a mi juicio resulta indiscutible en la experiencia constitucional española: el recurso de inconstitucionalidad, con todos sus inconvenientes y lacras, no sólo ha llevado a una “notable depuración del ordenamiento jurídico”,¹⁷⁸ sino que ha jugado un papel destacado —así, pura y simplemente, 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.¹⁷⁹

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,¹⁸⁰ 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

178 En palabras de uno de los presidentes que ha tenido el Tribunal Constitucional español: Tomás y Valiente, Francisco, “El Tribunal Constitucional español...”, *cit.*, p. 55.

179 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 Sr. Rubio”. Pérez Royo, Javier, “Discusión...”, p. 46 (cursiva mía).

180 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 Pedro J. González Trevijano, *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 leyes¹⁸¹ que se han planteado en la vida política.

Se comprende así que, también en Alemania, la más autorizada doctrina abogó, 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.¹⁸² 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.I 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.¹⁸³

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

181 Como para Alemania concluye Stuth: “Die abstrakte Normenkontrolle dient weiter dem Rechtsfrieden durch Klärung von Geltungszweifeln”. Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, p. 976.

182 Es la postura de Peter Häberle, “El recurso de amparo...”, *cit.*, 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.

183 Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, 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, *Bundesverfassungsgericht und...*, *cit.*, *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 Lanfried, “The judicialization of politics...”, *cit.*, pp. 117-118.

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.¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵

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

184 Y en la doctrina alemana, Helmut Simon (“La jurisdicción constitucional”, *cit.*) 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”).

185 Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, en Fernández Segado y García Belaunde, *La jurisdicción constitucional...*, *cit.*, p. 634.

dida 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 tardaría 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.¹⁸⁶

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, anuar fuerzas opuestas y conciliar opiniones contrarias en el terreno constitucional. Visto así, da la impresión de que la Corte actúa a menudo como “conciiliador” o “arbitrador” en batallas de opinión política y llega a sentencias

¹⁸⁶ 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)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 460.

en las que incluso, en algunos puntos, la parte derrotada puede sentirse en parte como un ganador y la parte exitosa como un perdedor.¹⁸⁷

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 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...¹⁸⁸

187 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, “The judicialization of politics...”, *cit.* p. 116.

188 García Ramírez, Sergio, “Constitucionalidad de las leyes...”, *cit.*, pp. 994-995.

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 Wilhem Wangler, y nos recuerda Bachof,¹⁸⁹ 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, 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

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

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.

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.

La experiencia de casi dos años 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. Por lo demás, parece que más que de ejercicio abusivo o desmesurado de la acción de inconstitucionalidad por las minorías políticas, podría con fundamento hablarse de un ejercicio excesivamente moderado y prudente, por más que en ello puedan influir factores puramente estructurales que pueden variar en un tiempo no demasiado largo.

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*

Como hemos ya dicho, por medio de las controversias constitucionales puede plantearse ante la Suprema Corte la constitucionalidad de normas generales (no electorales) y obtenerse una declaración *general* de incons-

titudinalidad 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 (que se remite, a su vez, al artículo 69 LR) y 38 LR105. El primero de dichos preceptos faculta a la Suprema Corte para aplazar, mediante acuerdos generales, el juicio de la controversia constitucional 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. El artículo 38 LR105, por su parte, establece que, cuando exista conexidad entre la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, 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,¹⁹⁰

190 Véase la aguda interpretación, en este sentido, de Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José Ramón, "La jurisdicción constitucional en México", *cit.*, 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

lo que contrasta fuertemente con la exigencia de una mayoría 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 amparo¹⁹¹

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,¹⁹² sistema

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 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 llegar, 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”.

¹⁹¹ Véase, además, lo que señalamos sobre estas dos vías procesal-constitucionales al hablar de la sentencia en el capítulo V, apartado III, subapartado 1.

¹⁹² *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

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 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. Véamos, 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 acordar, 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

a la luz de la jurisprudencia absolutamente formalista que en torno a las mismas se ha desarrollado.

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,¹⁹³ 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

193 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., “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 770-771.

posibilidad de la declaración general de inconstitucionalidad, reclamada por parte de la doctrina desde hace tiempo.¹⁹⁴

Sin perjuicio de ello, parece también enteramente suscribible la propuesta de Tortolero Cervantes de incorporar, al sistema mexicano de control constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad, 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 calificadas o efectos restringidos de la declaratoria del máximo tribunal”;¹⁹⁵ 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 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 FEDERALES

En varios Estados con estructura territorial de carácter federal, cada uno de los Estados está 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

¹⁹⁴ Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad ...”, *cit.*, p. 56.

¹⁹⁵ Tortolero Cervantes, Francisco, “Jurisdicción constitucional y conflictos políticos. SCJN: ¿hacia un tribunal constitucional?”, tesis de licenciatura, inédita, p. 144.

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.¹⁹⁶

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.¹⁹⁷ 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 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.

¹⁹⁶ 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, “El recurso de amparo ...”, *cit.*, 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 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 art. 11.3 de la Constitución Española (1978) sigue actuando una conexión cultural específica con los ‘países iberoamericanos’ (véase también el art. 15.3 de la Const. 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. 249-250).

¹⁹⁷ 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, *Consejo de Estado y ...*, *cit.*, pp. 202 ss.

A todo ello, debe añadirse 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 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.