

EL CONTROL PREVENTIVO DE LA LEGISLACIÓN EN PERSPECTIVA COMPARADA: LA RELACIÓN ENTRE EL DISEÑO NORMATIVO Y LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL*

THE PREVENTIVE CONTROL OF LEGISLATION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE: THE RELATIONSHIP BETWEEN NORMATIVE DESIGN AND JURISPRUDENTIAL PRACTICE

Felipe MELÉNDEZ ÁVILA**

RESUMEN: El presente trabajo se centra en estudiar el control preventivo de constitucionalidad de la legislación, con el objeto de comprender su sentido y alcance, atendida su particularidad a nivel comparado. Se demostrará que si bien la modalidad preventiva se vincula con determinados diseños normativos que trascienden al control jurídico-político de la legislación, la práctica jurisdiccional es decisiva para legitimar su existencia en el marco de la justicia constitucional. Para probar tal cuestión se estudiará este mecanismo de control en las constituciones de Francia y España, desde el punto de vista de vista normativo como jurisprudencial.

Palabras clave: justicia constitucional, control preventivo, control *a priori*, recurso previo de inconstitucionalidad, déclarations de conformité à la Constitution, diseño normativo, práctica jurisdiccional.

ABSTRACT: *This work focuses on studying the preventive control of the constitutionality of legislation, with the aim of understanding its meaning and scope, given its specificity at a comparative level. It will be demonstrated that although the preventive modality is linked to certain normative designs that transcend the legal-political control of the legislation, jurisdictional practice is decisive to legitimize its existence within the framework of constitutional justice. To prove this question, this control mechanism will be studied in the constitutions of France and Spain, from the normative as well as jurisprudential point of view.*

Keywords: *constitutional justice, preventive control, a priori control, previous appeal of unconstitutionality, déclarations de conformité à la Constitution, normative design, jurisdictional practice.*

* Artículo recibido el 30 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 19 de enero de 2018.

** ORCID: 0000-0001-8710-9364. Abogado y doctor en derecho, Universidad de Chile. Director de escuela y profesor de Derecho constitucional, Universidad Mayor, Chile.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLX, núm. 152, mayo-agosto de 2018, pp. 627-654.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El control preventivo de constitucionalidad de las leyes en Francia*. III. *La discusión en torno al control previo en el derecho constitucional español*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales constitucionales, a través del control de constitucionalidad de las leyes, forman parte de la función legislativa, ya que, como señala Kelsen, éstos offician como legisladores pero en sentido negativo, al tener la capacidad de expulsar normas del ordenamiento jurídico con efectos generales y obligatorios. Sin embargo, esta caracterización fue pensada para el control *ex post* o *a posteriori* de la legislación, esto es, cuando las normas de rango legal se encuentran vigentes y plenamente incorporadas al ordenamiento jurídico, y no respecto del control *ex ante* o *a priori*, toda vez que éste se centra en proyectos de norma, todavía no vigentes dentro del sistema jurídico. Por tal motivo, no es de extrañar que inicialmente el control *a priori* haya sido interpretado como un control meramente político, ajeno al modelo europeo-continental de justicia constitucional.¹

De cierta forma, dicha caracterización no resulta del todo equivocada, toda vez que los países que han instaurado la modalidad preventiva en sus tribunales constitucionales han buscado ir más allá del mero control de constitucionalidad de la legislación, como forma de potenciar cierta forma de gobierno o determinada forma de Estado. Sin embargo, una mirada más atenta da cuenta que la práctica jurisdiccional juega un rol decisivo en el sentido de dichos diseños normativos, bien conformando o bien transformando su alcance inicial, para alejarlo o acercarlo al modelo europeo-continental de justicia constitucional.

Para probar tal cuestión se estudiarán los paradigmáticos casos de Francia y España, ya que ambas experiencias dan cuenta de una concepción antagónica del control preventivo de constitucionalidad. En efecto, el caso francés destaca no sólo por el ser el precursor de este mecanismo, y, por lo tanto, un referente para los demás sistemas jurídicos que posteriormente lo adoptaron, sino que también por ser producto de la mutación constitucional generada a través de la práctica jurisprudencial del *Conseil*

¹ Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1966, pp. 9-12.

Constitutionnel, del diseño normativo inicial promovido por los constituyentes de 1958. El caso español, en cambio, destaca porque fuertes divergencias entre el diseño normativo original y la práctica efectiva terminaron promoviendo su temprana derogación. Si bien, éste fue restablecido finales de 2015, su diseño actual busca evitar repetir la experiencia precedente.

II. EL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN FRANCIA

La Constitución francesa de 1958 contempla el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el cual es entregado a un órgano autónomo, independiente de los demás poderes públicos, denominado Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*). Su instauración representó toda una novedad, pues por primera vez se establecía en el derecho público francés el control jurisdiccional de la legislación, pero también por la modalidad preventiva que adoptó este mecanismo, alejándose de los demás modelos de justicia constitucional existentes a nivel de derecho comparado, eminentemente represivos o *a posteriori*.

Las particularidades de este diseño inicial fueron objeto de múltiples cuestionamientos por parte de la doctrina, en particular respecto a su carácter jurídico, atendida su vinculación con la nueva forma de gobierno promovida por la Constitución de la V República, la cual establecía una clara preeminencia del Ejecutivo por sobre el Parlamento. Sin embargo, con el transcurrir de los años, estos cuestionamientos iniciales fueron cambiando, al punto de que, hoy en día, la doctrina se inclina —mayoritariamente— por considerarlo como un mecanismo de control jurídico de constitucionalidad de las leyes, situado al mismo nivel que el existente en las demás jurisdicciones constitucionales europeas.

1. *La regulación constitucional del control preventivo*

La Constitución francesa entrega el control preventivo de constitucionalidad de las leyes a un órgano denominado *Conseil Constitutionnel*, el cual se conforma de nueve miembros cuyo mandato es de nueve años no renovables. Tres de ellos son nombrados por el presidente de la República; tres, por el presidente de la Asamblea Nacional, y tres, por el Senado. A

ellos, se adicionan los expresidentes de la República, que de pleno derecho pueden conformar el *Conseil*, con carácter de vitalicio. Cabe señalar que su presidente es nombrado por el titular del Ejecutivo federal de entre sus miembros, el cual tiene un importante rol, por cuanto la propia Constitución establece que tendrá voto dirimente en caso de empate.² Con la reforma constitucional de 2008, el mecanismo de conformación de los integrantes del *Conseil* cambió parcialmente, pues se modificó la forma de los nombramientos realizada por los poderes públicos, pero dejando inalterada su integración por parte de los expresidentes de la República.³

De esta manera, desde el punto de vista normativo, la Constitución de 1958 otorga un importante papel al Ejecutivo en el Consejo Constitucional, directamente por medio de la designación del titular del *Conseil*, y de manera más indirecta, por la integración de los ex presidentes. Sin embargo, éste no ha sido el aspecto más controvertido de este órgano, sino más bien la vinculación inicial entre la función de control y la defensa de la forma de gobierno, como veremos más adelante.

El control preventivo de constitucionalidad de las leyes entregado al *Conseil* se articula bajo la modalidad obligatoria y facultativa. Respecto de la primera, se efectúa sobre proyectos de leyes orgánicas, proposiciones de ley antes de ser sometidas a referéndum, y reglamentos de las Cámaras parlamentarias.⁴ Pese a su obligatoriedad, no se trata de un control automático,⁵ por cuanto corresponde al primer ministro remitir dichos proyectos de leyes orgánicas, una vez que hayan sido aprobados por el Parlamento, como las consultas sobre la organización de las operaciones de referéndum,⁶ y a los presidentes de las respectivas Cámaras los reglamentos y sus modificaciones.⁷

En cuanto al control preventivo facultativo, éste versa sobre los demás proyectos de ley no entregados a la modalidad obligatoria, y a los tratados internacionales antes de ser ratificados o aprobados.⁸ Se trata de un con-

² Constitución de la República de Francia, artículo 56.

³ *Ibidem*, artículo 13.

⁴ *Ibidem*, artículo 6o., inc. 1.

⁵ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978, p. 73.

⁶ Ley Orgánica del Consejo Constitucional, artículo 46.

⁷ *Ibidem*, artículo 17.

⁸ Constitución de la República de Francia, artículo 54.

trol de constitucionalidad de las leyes limitado, ya que sólo puede ejercerse una vez que el proyecto de ley ha sido votado por el Parlamento, por tanto, no puede ejercerse durante su tramitación legislativa.⁹ En un inicio, los legitimados para remitir dichos proyectos al Consejo eran solamente el presidente de la República, el primer ministro y los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado.¹⁰ Posteriormente, con la reforma constitucional de 1974, se amplió la legitimación activa a sesenta diputados y sesenta senadores.¹¹

Cabe destacar que el control preventivo facultativo no sólo se extiende a proyectos de leyes aprobados por las Cámaras, pero aún no promulgados, sino que también a la admisibilidad de proyectos de ley. En efecto, acontece respecto de proyectos sobre los cuales existe una controversia acerca de las condiciones para su presentación, o bien si es que éstos no pertenecen al ámbito de la ley o son contrarios a la delegación, acaecidas entre el primer ministro y el presidente de la Cámara respectiva, quienes además tienen la legitimidad para recurrir ante el Consejo, a fin de que éste resuelva la controversia, para lo cual se le otorga un plazo de ocho días para pronunciarse.¹²

Ahora bien, la presentación del proyecto de ley en control preventivo al Consejo, tanto obligatorio como facultativo, tiene como efecto suspender el procedimiento legislativo, esto es, la promulgación del proyecto de ley. Destaca, en este sentido, el hecho de que la Constitución establece el plazo de un mes para que éste emita su dictamen, el cual podrá reducirse a ocho días, en la medida que el gobierno lo solicite al calificarlo de urgencia.¹³ Según ha destacado la doctrina,¹⁴ estos plazos constitucionales son cumplidos respetuosamente por el *Conseil*, morigerando, de esta manera, el efecto suspensivo que provoca el control preventivo en la tramitación legislativa.

La decisión adoptada por el Consejo Constitucional tiene eficacia de cosa juzgada, ya que se establece que respecto de ella no precederá re-

⁹ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil...*, cit., p. 75.

¹⁰ Constitución de la República de Francia, artículo 61, inc. 2.

¹¹ Loi constitutionnelle núm. 74-904, 1974.

¹² Constitución de la República de Francia, artículo 39, inc. 4, y artículo 40.

¹³ *Ibidem*, artículo 61, inc. 3 y 4.

¹⁴ Al respecto véase: Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil...*, cit., p. 89.

curso alguno. Por su parte, la Constitución contempla expresamente su efecto *erga omnes*, al disponer que la sentencia se impondrá a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.¹⁵ Sin embargo, cabe destacar que en el caso de que un proyecto de ley sea declarado parcialmente no conforme con la Constitución, el presidente de la República tiene la facultad de reenvío, esto es, solicitar al Parlamento una nueva discusión sobre éste o alguno de sus artículos, el cual tiene la obligación de realizar esta nueva deliberación.¹⁶ En tal caso, se llevará a efecto un segundo control, por parte del *Conseil*, denominado *contrôle à double détente*, también conocido como “control a dos tiempos”¹⁷ o “control a doble vuelta”.¹⁸

Por tales razones, no es de extrañar que en sus inicios el *Conseil* fuera objeto de diversos cuestionamientos, atendida la estructuración de la forma de gobierno promovida por la Constitución de 1958, lo que llevó a múltiples autores a cuestionar su carácter jurisdiccional. Como veremos a continuación, estas críticas no estaban alejadas de la realidad, particularmente en lo que dice relación con el reforzamiento de las prerrogativas del Ejecutivo por sobre las del Parlamento, como también, y como consecuencia de ello, por la reestructuración del sistema de fuentes del derecho.

2. *El control preventivo y su vinculación con la forma de gobierno promovida por la Constitución de 1958*

El establecimiento del *Conseil Constitutionnel* y el control preventivo de constitucionalidad, se enmarca dentro de un cambio mucho mayor promovido por la Carta de 1958, que tiene que ver con el fortalecimiento de las prerrogativas presidenciales en la estructuración de la forma de gobierno, y el correlativo debilitamiento de la autoridad parlamentaria. Para Hauriou, este giro manifestado en la Constitución de la V República se presentó como una reacción contra “la versión francesa del parlamentarismo, tal como se vino practicando en Francia de 1875 a 1958”. Pre-

¹⁵ Constitución de la República de Francia, artículo 62, inc. 3.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 10, inc. 2.

¹⁷ Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional en la Quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

¹⁸ Bon, Pierre, “Francia”, en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 163.

tendió ser “una especie de antítesis de las reglas constitucionales y de las prácticas políticas de la III y de la IV República”. De hecho, para el autor, “el año 1958 significa una fecha en la historia institucional y política francesa tan importante como las de 1789 y 1875”.¹⁹

En efecto, se establece una fuerte reestructuración en la forma de gobierno predominante hasta ese entonces en Francia, el parlamentarismo, con miras a corregir los excesos que se habrían producido por el Parlamento durante la vigencia de la III y la IV República. Particularmente, por la constante inestabilidad ministerial —atendidas las dificultades de los gobiernos de reunir las mayorías parlamentarias necesarias— como por la excesiva intromisión del Parlamento en materias gubernamentales, ambos aspectos que provocaban que “el Gobierno, bajo la tutela de la Asamblea, sólo aparecía como agente de ejecución de sus decisiones, salvo en los periodos de crisis”.²⁰

En cuanto a la forma de gobierno, la Constitución de 1958 establece un reforzamiento de las prerrogativas del Ejecutivo en desmedro de las del Parlamento. Como destaca Duverger, el primer mandatario “deja de ser un personaje puramente honorífico, como es en el régimen parlamentario clásico”, por cuanto la Constitución le entrega “el derecho de disolver la Asamblea nacional y el de someter al pueblo por vía de referéndum los grandes problemas nacionales”. Pero, también, por el debilitamiento de los poderes del Parlamento, el cual, si bien, “sigue votando la ley, pero el dominio del Poder Legislativo se encuentra limitado de manera muy estricta”.²¹

Este giro implicó, consecuentemente, una reestructuración del sistema de fuentes del derecho, donde el cambio también fue de gran envergadura, por cuanto la Constitución francesa señala taxativamente las materias de ley, estableciendo “una cláusula residual que deja en manos del poder reglamentario la regulación de todas aquellas materias no pertenecientes al ámbito de la ley”. De esta manera, a la clásica potestad

¹⁹ Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 577.

²⁰ Burdeu, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editorial Nacional, 1981, p. 731. Véase también en Prelot, Marcel, *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, 2a. ed., París, Le Centurion, 1959, pp. 14-35.

²¹ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 304 y 305. Véase también Burdeu, Georges, *op. cit.*, p. 733.

reglamentaria de ejecución de las leyes, se adicionaba una potestad reglamentaria de carácter autónomo, limitándose el dominio legal.²²

En este contexto, existe gran consenso entre los autores en cuanto a las motivaciones que habría tenido el Constituyente de 1958 en el establecimiento del control preventivo, por cuanto la doctrina francesa de aquella época, como en la actualidad, “es prácticamente unánime a la hora de reconocer que la inmediata razón de ser del Consejo Constitucional no es otra que la salvaguarda de la situación de supremacía del Ejecutivo dentro del sistema político”.²³ En efecto, para Luchaire, el Consejo Constitucional se insertó dentro de la finalidad fundamental de la Constitución, la cual era limitar al Parlamento, para lo cual su misión sería obligarlo a permanecer dentro de la órbita de sus atribuciones.²⁴ Por su parte, Rousseau quien comparte esta posición, da un paso más allá, ya que argumenta que la creación del *Conseil* respondió a una finalidad clara, a saber, poner fin a la arbitrariedad y a la hegemonía del Parlamento. Pero, además, lo que se pretendía, a juicio del autor, era evitar la instauración de una verdadera jurisdicción constitucional, puesto que ésta era contraria a la tradición política francesa. De esta manera, el control debía circunscribirse sólo a reglas de competencia y de procedimiento establecidas por la Constitución,²⁵ vale decir, al control de la actividad política del Parlamento.²⁶

Así las cosas, la vinculación del *Conseil* con el resguardo de la nueva forma de gobierno instaurada por la Constitución de 1958 puso en tela de juicio su carácter jurisdiccional, ya que, más que defender la supremacía constitucional en su conjunto, se limitaba a operar como un órgano defensor de las nuevas prerrogativas entregadas al Ejecutivo, a manera de

²² Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. II, p. 188.

²³ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, p. 36.

²⁴ Luchaire, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980, pp. 19 y 20. Véase también Duverger, Maurice, *op. cit.*, p. 305; Rivero, Jean, “Fin d’un absolutisme”, *Pouvoirs*, núm. 13, 1991, p. 10.

²⁵ Rousseau, Dominique, *Droit du contentieux Constitutionnel*, 10a. ed., París, LGDJ, 2013, pp. 23-27.

²⁶ Una posición contraria, que considera al *Conseil* desde el inicio como jurisdiccional, véase Favoreu, Louis. “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, París, núm. 1, junio-febrero de 1967, p. 31.

controlar las limitaciones establecidas al Parlamento.²⁷ De esta manera, tanto los motivos perseguidos por los constituyentes de 1958 como la estructura y atribuciones del Consejo Constitucional pusieron inicialmente en cuestión su carácter jurisdiccional, posicionándolo, en cambio, como un órgano de carácter más bien de tipo político.

3. *La evolución del Conseil y del control preventivo a través de la práctica jurisprudencial*

Los primeros años de vigencia estuvieron marcados por las dudas acerca de la naturaleza jurisdiccional del *Conseil*, atendidas sus diferencias con otras experiencias comparadas, tales como la alemana o la italiana. En efecto, “la impresión general a inicios de los años sesenta era que el *Conseil* se hallaba al servicio del Ejecutivo”.²⁸ Sin embargo, al poco andar, esta situación comenzó a cambiar, lo que se vio reflejado en los fuertes cambios que en los años posteriores se introdujeron vía reforma constitucional, pero, sobre todo, por medio de la práctica jurisprudencial llevada a cabo por el propio Consejo Constitucional, como veremos a continuación.

A. *El control preventivo y la protección de las minorías parlamentarias*

Desde el punto de vista normativo, la reforma constitucional de 1974 generó un importante cambio en el sentido del *Conseil*, ya que permitió a las minorías parlamentarias poder recurrir ante él.²⁹ Como vimos precedentemente, la legitimación activa del control preventivo facultativo de constitucionalidad era bastante limitada, restringida a “órganos representativos de la mayoría política, con la excepción si cabe del presidente del Senado”.³⁰ La discusión del proyecto de reforma no estuvo exenta de controversias, principalmente, respecto al número o proporción de parlamentarios que podría recurrir ante el Consejo. Finalmente, se llegó a “una solución de compromiso”, permitiendo recurrir sobre proyectos de ley ante el *Conseil* en control preventivo facultativo de constitucionalidad

²⁷ Hauriou, André, *op. cit.*, p. 716; Duverger, Maurice, *op. cit.*, p. 233.

²⁸ Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, p. 205.

²⁹ Loi constitutionnelle núm. 74-904, 1974.

³⁰ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, p. 44.

a 60 diputados o a 60 senadores. Esta reforma tuvo particular relevancia en lo que respecta al trabajo del *Conseil*, ya que si “durante los quince años anteriores a la reforma de 1974 el Consejo se había ocupado únicamente de tres recursos de inconstitucionalidad, presentados por el presidente del Senado, en los próximos siete habrá de conocer de casi medio centenar, todos ellos, salvo muy contadas excepciones, interpuestos por los representantes parlamentarios de los partidos de izquierda”, en ese momento constituidos como oposición parlamentaria.³¹

Con todo, pese a la importancia de esta reforma, por cuanto permitió consagrar una de las funciones de la justicia constitucional, la cual es salvaguardar los derechos de las minorías, la verdadera mutación del *Conseil* se había producido tres años antes, por medio del giro en la interpretación que éste había dado al preámbulo de la Constitución de 1958.

B. *El giro jurisprudencial y la protección de los derechos fundamentales*

Uno de los rasgos característicos de la Constitución de 1958 es la regulación de aspectos preferentemente orgánicos. Si bien es cierto que ella contempla ciertos derechos, éstos se encuentran dispersos a lo largo del texto constitucional, sin poder identificar un catálogo de derechos sistemático. Sin embargo, en el preámbulo de la Constitución se expresan diversos principios y valores que han de informar su reglamentación normativa, los que, por lo demás, hacen alusión a textos desarrollados a lo largo de la historia constitucional francesa, conformados por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, y, en la actualidad, por la Carta del Medio Ambiente de 2003.

Durante los primeros años de vigencia del *Conseil*, éste se limitó a aplicar las normas de competencia y procedimiento establecidas dentro del cuerpo de la Constitución, lo que respondía a la tradición francesa de no otorgar valoración jurídica a los preámbulos previstos en los textos constitucionales.³² Ello, sin perjuicio de que, a diferencia de la Constitución de 1946, no se excluía la utilización del preámbulo para los efectos del control de constitucionalidad realizado por el Consejo.³³

³¹ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, pp. 46-48.

³² Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil...*, *cit.*, p. 89.

³³ Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 29.

Esta situación cambió radicalmente con la decisión del 16 de julio de 1971, pronunciada por el Consejo Constitucional con ocasión de un requerimiento del Senado en uso de sus prerrogativas de control preventivo, por dos razones. En primer término, porque fue la primera vez que el *Conseil* declaró inconstitucional un proyecto de ley en el marco de la vigencia del texto constitucional de 1958, a solicitud del presidente del Senado. Y en segundo lugar, y más relevante aún, por el hecho de que fundó su decisión invocando directamente el preámbulo y no el articulado de la Carta francesa.³⁴ En efecto, con ocasión del conocimiento, en control preventivo facultativo, de un proyecto de ley que regulaba el derecho de asociación, el Consejo Constitucional decidió declararlo inconstitucional, fundado en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y reafirmados en el preámbulo de la Constitución, particularmente, el principio de libertad de asociación,³⁵ derecho inexistente en el articulado de la Constitución.

Para Favoreu y Philip, esta decisión tuvo una gran importancia, debido a que, además de consagrar de manera definitiva el valor jurídico del preámbulo, afirmó el rol del Consejo Constitucional como protector de las libertades fundamentales, a través de la consideración de la libertad de asociación como una libertad constitucional.³⁶ En un sentido similar, Rousseau sostiene que la mayor consecuencia de este fallo fue haber provocado el desplazamiento del objeto del control, por cuanto hasta ese minuto el Consejo se había dedicado a verificar la regularidad externa de la ley sometida a su conocimiento, particularmente, el respeto del procedimiento legislativo como la repartición de competencias entre el Parlamento y el Ejecutivo. A partir de esta decisión, el Consejo se enfocará, además, en controlar internamente el contenido mismo de la ley. De esta manera, para el autor, lo que se pasa a controlar es la elección del cuerpo legislativo.³⁷

Este giro jurisprudencial se vio confirmado dos años más tarde, con la decisión del 27 de diciembre de 1973, en virtud de la cual, a requerimiento del Senado, el *Conseil* volvió a declarar no conforme con la Constitución una disposición de la ley de finanzas para 1974, invocando esta

³⁴ Pardo Falcón, Javier, *op. cit.*, p. 43.

³⁵ Conseil Constitutionnel. Decisión núm. 71-44, considerando núm. 2.

³⁶ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 6a. ed., París, Sirey, 1991, p. 242.

³⁷ Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 35.

vez el principio de igualdad ante la ley contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, mencionada en el preámbulo de la Constitución.³⁸ En esta decisión, al igual que en el paradigmático fallo sobre la libertad de asociación, el *Conseil* se alejó de las motivaciones iniciales de su establecimiento, adoptando, según señalan Favoreu y Philip, rasgos propios de las jurisdicciones constitucionales, por cuanto no solamente garantizaría la separación y el equilibrio de poderes, sino que, además, los derechos de los ciudadanos y de la colectividad toda.³⁹

Esta evolución se vio afianzada, según Rousseau, con dos decisiones más, pronunciadas en julio de 1982, en virtud de las cuales se dio cuenta de la autonomía lograda por el *Conseil* respecto del Ejecutivo. En la primera de ellas, reafirma el dominio legal del Parlamento por sobre la potestad reglamentaria autónoma del Ejecutivo, al disponer la existencia de materias de ley fuera de la enumeración establecida expresamente por la Constitución.⁴⁰ En la segunda, señala que una disposición de naturaleza reglamentaria contenida en una ley no la hace inconstitucional,⁴¹ con lo cual posibilita la intromisión del Parlamento en el dominio reglamentario autónomo del Ejecutivo. Con estas decisiones, agrega el autor, el *Conseil* modificó sensiblemente su imagen, apareciendo como un defensor de los derechos del legislador, por cuanto, en ellas, él ataca fuertemente las prerrogativas del Ejecutivo.⁴²

El giro jurisprudencial promovido con la incorporación de los derechos contenidos en el preámbulo de la Constitución, sumado a la reforma constitucional que amplió la legitimación del control preventivo facultativo de constitucionalidad de las leyes, promovió un cambio no sólo cuantitativo, sino que también en el sentido de los recursos interpuestos ante al *Conseil Constitutionnel*. Como señalan Favoreu y Philip, éstos comenzaron a tener por objeto asegurar el respeto de una libertad o de un derecho fundamental, antes que de sancionar la violación de una regla de procedimiento o de competencia.⁴³ Con ello, el *Conseil* además de ser un órgano

³⁸ Conseil Constitutionnel. Decisión núm. 73-51, considerando 2.

³⁹ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Les grandes décisions...*, cit., p. 272.

⁴⁰ Conseil Constitutionnel. Decisión núm. 82-142.

⁴¹ Conseil Constitutionnel. Decisión núm. 82-143.

⁴² Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 29.

⁴³ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil...*, cit., pp. 80 y 81.

regulador de las competencias normativas entre los órganos constitucionales, jugaría un rol de protector de las libertades públicas y de los derechos fundamentales.⁴⁴

De esta manera, se generó una importante transformación de los lineamientos previstos por los constituyentes de 1958 respecto a lo que se esperaba tanto de la forma de gobierno, como del sistema de fuentes del derecho. Comentando esta verdadera “vuelta de tuerca” provocada por la jurisprudencia del *Conseil*, Cappelletti señala que éste pasó de ser un “simple perro guardián” de las fuertes prerrogativas entregadas al Ejecutivo, a un “órgano independiente, casi judicial, cuyo papel es revisar la constitucionalidad de la legislación parlamentaria que viole los derechos fundamentales”. Dicho aspecto se vio reforzado, agrega el autor, con la reforma constitucional que amplió la legitimación activa del control preventivo, por cuanto posibilitó que las minorías parlamentarias tuviesen la “legitimidad para recurrir la legislación ante el *Conseil Constitutionnel*”.⁴⁵

Como destaca Luchaire, existe bastante acuerdo en la doctrina respecto al carácter jurídico y jurisdiccional del control preventivo de constitucionalidad de las leyes radicado en el *Conseil Constitutionnel*.⁴⁶ Ello pese a que, visto desde una postura positivista, sus emblemáticas decisiones de las décadas de los setenta y de los ochenta importaron una labor que puede interpretarse como propiamente constituyente, al estructurar por la vía jurisprudencial derechos no establecidos expresamente en la Constitución ni en el preámbulo de ésta, sino en los textos mencionados en el preámbulo, pero no vigentes. Sin embargo, el estado crítico en que se encontraba el Consejo como sus prerrogativas en el contexto de la Constitución de la V República permitieron, hasta cierta punto, obviar esta lectura, resaltando, en cambio la legitimidad lograda por el *Conseil* a través de sus decisiones, en cuanto órgano de justicia constitucional, encargado de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional.

Estos rasgos tornan aún más interesante el caso francés, por cuanto no sólo contó por casi 40 años con una modalidad de control excepcional

⁴⁴ Favoreu, Louis y Philip, Louis, *Le Conseil...*, *cit.*, pp. 5-9.

⁴⁵ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986, p. 28.

⁴⁶ Luchaire, François, *op. cit.*, p. 35.

a nivel de derecho comparado, sino por el hecho de que la casi totalidad de la doctrina ha terminado avalando este giro, recalificando el mecanismo preventivo como un control de carácter jurídico. En síntesis, la experiencia francesa es un claro ejemplo de la autonomía que pueden llegar a lograr las instituciones respecto de los fines que inicialmente motivaron su diseño normativo, a través de la combinación de normas (reformas constitucionales) y prácticas (interpretaciones sistemáticas de la jurisdicción constitucional).

III. LA DISCUSIÓN EN TORNO AL CONTROL PREVIO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La Constitución española de 1978 contempla dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional el control *a priori* o previo de constitucionalidad, aunque acotado a la revisión de los tratados internacionales. A nivel legal, esta modalidad de control es ampliada a los estatutos de autonomía,⁴⁷ cuyo antecedente se halla en recurso previo de inconstitucionalidad, regulado a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vigente desde 1979⁴⁸ hasta 1985, fecha en que fue derogado.⁴⁹ Por medio de éste era posible cuestionar la constitucionalidad no sólo de los proyectos de ley de estatutos de autonomía sino que también de leyes orgánicas.

Al igual que el caso francés, el objeto del primer recurso previo — como en el actual— iba más allá del mero control de constitucionalidad de proyectos de ley. En el caso español, el objeto era garantizar el mantenimiento de la distribución del poder dentro del territorio —la forma de Estado— en el marco de régimen autonómico. Sin embargo, como veremos a continuación, la práctica jurisprudencial no respondió al diseño original, al punto de que, luego de fuertes críticas provenientes tanto del mundo político como académico, terminó siendo tempranamente derogado.

⁴⁷ Ley 12/2015 orgánica de modificación de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.

⁴⁸ Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional, artículo 79.

⁴⁹ Ley núm. 4/1985 orgánica que deroga el capítulo II del título VI de la ley orgánica núm. 2/1979 reguladora del Tribunal Constitucional, artículo único.

1. *El control previo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su vínculo con la forma de Estado autonómica*

El control preventivo para leyes orgánicas y estatutos de autonomía tuvo su primera consagración normativa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, signado como “del control previo de inconstitucionalidad”.⁵⁰ Sin embargo, en el proyecto original, este mecanismo tenía un alcance más acotado y con efectos distintos a los que finalmente se terminó aprobando por las Cortes Generales. Como destaca Pérez Royo, el control previo estaba pensado exclusivamente respecto de los estatutos de autonomía, siguiendo de cerca el modelo previsto para el control previo de los tratados internacionales. Se trataba de una institución que se apartaba del modelo de control de constitucionalidad diseñado por el constituyente español, pero de una manera “controlada, justificada o susceptible, al menos, de serlo políticamente por las dificultades de la inicial puesta en marcha del Estado de las Autonomías”. En síntesis, considera que la inclusión de las leyes orgánicas estaba destinada a quedar como “testimonio normativo adicional de las dificultades que inicialmente planteó la construcción del Estado de las Autonomías y nada más”.⁵¹

Sin embargo, en el fragor de la discusión parlamentaria, el proyecto de Ley Orgánica que atribuía el control previo de constitucionalidad sólo de los estatutos de autonomía fue objeto de diversas modificaciones que terminaron transformando los fines para los cuales había sido diseñado inicialmente. En efecto, durante la tramitación legislativa se generó un interesante debate, posteriormente recogido por la doctrina, acerca de la constitucionalidad de este mecanismo, como también respecto a los problemas que podría traer aparejada su instauración en la función legislativa. De hecho, el recurso previo de inconstitucionalidad era el obstáculo más importante para la aprobación de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁵² Pese a aquello, finalmente ésta fue aprobada y,

⁵⁰ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.

⁵¹ Pérez Royo, Javier, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986, pp. 142-144. En un sentido similar véase también: Cruz Villalón, Pedro, “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981, p. 19.

⁵² Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 147.

con ella, el control preventivo, aunque de una manera distinta a la inicialmente planteada.

En cuanto al alcance del control, se estableció que éste no sólo abarcaría los proyectos de estatutos de autonomía, antes de ser sometidos a referéndum por la respectiva comunidad autónoma, sino también los proyectos de leyes orgánicas, una vez finalizada su tramitación legislativa.⁵³ Por su parte, en cuanto a los legitimados, se introdujo un importante cambio respecto al proyecto inicial, ya que quedaron facultados el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, así como los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas.⁵⁴ Estas dos modificaciones, a juicio de Pérez Royo, dieron un giro sustantivo respecto de la modalidad inicial, pasando de ser un mecanismo de consulta del presidente del gobierno y de las mayorías parlamentarias respecto de los estatutos de autonomía, a ser “un auténtico recurso, que se pone a disposición de las minorías parlamentarias y de las Comunidades Autónomas y para ser utilizado fundamentalmente contra las leyes orgánicas”.⁵⁵

En cuanto a los efectos de su interposición, implicaba la suspensión automática de la tramitación del proyecto de ley y del transcurso de los plazos, aunque sin indicar los límites temporales que tendría que observar el Tribunal Constitucional para resolver el asunto,⁵⁶ uno de los aspectos más criticados de este mecanismo durante su corta vigencia normativa, como veremos más adelante. Respecto de los efectos de la sentencia, se establecía que en el evento de la declaración de inexistencia de inconstitucionalidad alegada, el proyecto seguiría el curso de la tramitación del procedimiento. En cambio, si se declaraba inconstitucional el texto impugnado, se disponía que “la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente”.⁵⁷ Como se ha destacado, la redacción de esta norma quedaba abierta a la interpretación, ya que no se señalaba a quién debía enviarse. Asimismo, daba a entender que, producido el reenvío al

⁵³ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.1.

⁵⁴ *Ibidem*, artículo 32.

⁵⁵ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 148.

⁵⁶ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.2.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 79.4.

órgano competente, se debía abrir nuevamente el procedimiento legislativo.⁵⁸

Finalmente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispuso una vinculación con el control sucesivo, al establecer que “el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de Ley del texto impugnado en la vía previa”.⁵⁹ En tal sentido, como han destacado varios autores, la sentencia dictada a través de este mecanismo carecería de eficacia de cosa juzgada, por cuanto, al no contemplar la nulidad del precepto declarado inconstitucional,⁶⁰ posibilitaba volver a conocer la ley a través del control de constitucionalidad sucesivo.⁶¹

Desde el punto de vista normativo, fueron varios los aspectos objeto de críticas, partiendo por los cuestionamientos al alcance del control a las leyes orgánicas, la contravención de este mecanismo con la Constitución española, hasta los inconvenientes dogmáticos del control previo con el régimen de gobierno. A juicio de Rubio Llorente y de Aragón Reyes, no quedaban claras las razones jurídicas que justificaran la extensión del control a las leyes orgánicas. Para ellos, “posiblemente se haya hecho para «arropar» el control previo de los Estatutos de modo que no aparecieran «llamativamente» éstos como únicas normas (además de los tratados) susceptibles de ese control previo”.⁶²

Respecto a los inconvenientes del control previo de inconstitucionalidad se sostuvo que éste presentaba el peligro de “poner en entredicho el principio de gobierno de la mayoría en que se basa todo el parlamentarismo democrático”. Dicho aspecto se fundamenta a partir de la amplia legitimación del recurso previo previsto por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por cuanto “una minoría parlamentaria (50 diputados o 50 senadores) o extraparlamentaria (un gobierno o asamblea autonómico)

⁵⁸ Alva, Manuel, “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, p. 176.

⁵⁹ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.5.

⁶⁰ Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, “La Jurisdicción Constitucional”, en Pedrieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (coords.), *La Constitución Española de 1978*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1988, p. 874.

⁶¹ Alva, Manuel. *op. cit.*, p. 181.

⁶² Rubio Llorente, Francisco y Aragón, Manuel. *op. cit.*, p. 874. En igual sentido, véase Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 143.

pueden envarar seriamente las decisiones legislativas de la representación mayoritaria del pueblo español”. A este respecto, quedaría abierta la posibilidad para que un grupo minoritario termine utilizando el recurso previo como “veto suspensivo” que impida que un proyecto de ley entrase en vigencia, dejando abiertos flancos para “el más puro obstruccionismo”.⁶³

Para otros, el recurso previo otorga al Tribunal Constitucional el carácter de “auténtico legislador”, no sólo en cuanto legislador negativo, sino que “aún más, de emisor de sentencias-delegación que habrá que desarrollar el parlamento”, frente al reenvío de la norma declarada inconstitucional.⁶⁴ Al respecto, Gómez Montoro señalaba que este mecanismo otorgaría al Tribunal Constitucional el carácter de legislador positivo, alejándose del modelo kelseniano, ya que “para que una ley llegase a ser tal sería necesario, junto a la actuación del Parlamento y de la Corona, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en favor de su constitucionalidad cuando para ello hubiere sido requerido”. Es por ello que, para este autor, vendría a ejercer en estos casos funciones de “tercera Cámara”.⁶⁵

2. *La práctica del control previo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*

El control previo de inconstitucionalidad previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional entró en vigencia el día 3 de octubre de 1979, y siendo derogado —luego de casi seis años de existencia— el 8 de junio de 1985.⁶⁶ Paradojalmente, su supresión fue objeto de control previo por parte del propio Tribunal. Durante su vigencia se alcanzaron a dictar siete sentencias,⁶⁷ todas ellas correspondientes leyes orgánicas y ninguna a es-

⁶³ Santaolalla, Fernando, “Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, p. 181.

⁶⁴ Alva, Manuel, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁵ Gómez Montoro, Ángel, “El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1986, p. 135. Una posición distinta defensora de esta primera versión de control preventivo: De Vega, Agustín, “Acerca del recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 23, 1991, p. 59. En igual sentido, véase Alegre, Miguel Ángel, *Justicia constitucional y control preventivo*, León, Universidad de León, 1995, p. 333.

⁶⁶ Ley núm. 4/1985, artículo único.

⁶⁷ Alegre, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 351.

tatutos de autonomías.⁶⁸ Los principales aspectos críticos que se ocasionaron durante la vigencia del control previo de inconstitucionalidad, y que de cierta manera justificaron su posterior derogación, fueron básicamente dos, a saber, los problemas de técnica legislativa presentes en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la excesiva tardanza del Tribunal en resolver las causas sometidas a su conocimiento.

A. Problemas de técnica legislativa

En cuanto a los problemas de técnica legislativa, previstos tanto durante la discusión parlamentaria como por la doctrina, éstos se hicieron patentes en algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional. En primer lugar, el corto lapso de tiempo asignado para presentar el recurso previo (tres días),⁶⁹ posibilitando que se pudiera publicar y, por tanto, entrar en vigor, dentro del breve plazo para recurrir el proyecto. Esta situación se produjo con ocasión del control previo del proyecto de ley orgánica constitucional de elecciones locales.⁷⁰ Para Pérez Royo, este caso puso de manifiesto “las inconsecuencias de carácter jurídico a las que la falta de coherencia del RPI con los demás elementos del sistema”.⁷¹ A juicio de Santaolalla “debería haberse establecido la prohibición de publicar la ley aprobada antes del transcurso del plazo de tres días”.⁷²

Y en segundo lugar, en cuanto a los efectos de la sentencia, en el caso de que el Tribunal Constitucional hubiese decidido declarar inconstitucional el proyecto o alguno de sus preceptos, la ley orgánica del Tribunal Constitucional se limitaba a señalar que éstos serían remitidos al “órgano competente”, no especificando cuál órgano ni bajo qué procedimiento. En la práctica, esta situación se generó con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).⁷³ En este caso, el problema fue resuelto por las mesas del Congreso y del Senado, en las cuales se decidió “suprimir los artículos declarados inconstitucionales y el carác-

⁶⁸ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 149.

⁶⁹ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.

⁷⁰ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 38/1983.

⁷¹ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 153.

⁷² Santaolalla, Fernando, *op. cit.*, p. 186.

⁷³ Tribunal Constitucional, sentencia núm. 76/1983.

ter orgánico y organizador de dicha ley, como paso previo a su sanción y publicación oficial”. A juicio de Santaolalla “la decisión de las mesas es la que, dentro de las circunstancias que supone el recurso previo, parece más prudente”. Sin embargo, deja planteado el problema que se hubiera suscitado si el Tribunal Constitucional hubiese decidido, en vez de suprimir, modificar ciertos artículos, “entonces muy probablemente se habría hecho necesario un acto interpretativo, una decisión sobre las nuevas normas que viniesen a sustituir a las declaradas inconstitucionales, en cuyo caso lo más oportuno hubiera resultado la intervención de los Plenos”.⁷⁴

B. *La tardanza de respuesta del TC*

Uno de los aspectos no resueltos por la LOTC fue el tema del plazo que tenía el Tribunal Constitucional para emitir su dictamen con ocasión del recurso previo de inconstitucionalidad, tema no menor si se tiene en consideración que su interposición tenía como efecto la suspensión automática de la tramitación del proyecto de ley.⁷⁵ Este asunto no habría tenido mayor relevancia si es que los diversos casos sometidos a su conocimiento hubiesen sido resueltos dentro de un plazo razonable, tal como acontece en el Consejo Constitucional francés, como vimos anteriormente. Sin embargo, durante la vigencia del control previo de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional tardó en resolverlo 15 meses en promedio,⁷⁶ destacando en este sentido aquella que establecía la despenalización del aborto, una de las sentencias más polémicas dictadas en el marco de este mecanismo, la cual fue resuelta casi un año y medio después de su presentación⁷⁷.

A juicio de Pérez Royo, ésta es la causa más importante de la supresión del control previo. De no haberse producido ello, “la institución se habría posiblemente mantenido y continuaría formando parte de nuestro sistema de justicia constitucional”. Ello producto de “la distorsión tan extraordinaria que el tiempo que exigía la tramitación del RPI introducía en

⁷⁴ Santaolalla, Fernando, *op. cit.*, p. 189. En un sentido similar, Gómez Montoro, Ángel, *op. cit.*, p. 161.

⁷⁵ Ley Orgánica Tribunal Constitucional, artículo 79.2.

⁷⁶ Pérez Royo Javier, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁷ Gómez Montoro, Ángel, *op. cit.*, p. 169.

el proceso político en general”.⁷⁸ En efecto, la tardanza en la respuesta del Tribunal Constitucional para resolver los recursos previos de inconstitucionalidad tuvo importantes efectos en el plano político, por cuanto, atendido el carácter suspensivo de su interposición, permitió su utilización con fines obstruccionistas.⁷⁹

Si bien es cierto, el primer recurso presentado —el proyecto de LOAPA— fue fruto de un importante consenso entre los grupos políticos mayoritarios, los que posteriormente se fueron presentando, operaron “en beneficio de la oposición pero en perjuicio del juego político democrático”, a través del cual propiciaron “la suspensión de numeras propuestas de reforma legislativa”. Para De Vega, el recurso previo se transformó en una suerte de “veto suspensivo del procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas”, lo cual “trasladaba al Tribunal un papel que en medida alguna le correspondía”. La elección de este mecanismo por las minorías “delataba la intención de convertir al Tribunal en árbitro del desacuerdo político, por encima del interés de ejercer la defensa de las normas constitucionales”.⁸⁰

De esta manera, el efecto suspensivo de su interposición, la ausencia de un plazo para emitir sentencia, así como la amplia legitimidad activa para interponer el recurso, factores normativos que sumados a la tardanza del Tribunal para emitir su dictamen, generaron que este mecanismo se terminara convirtiendo en una herramienta de las minorías parlamentarias y extraparlamentarias, que permitió que se terminara cayendo en la práctica del obstruccionismo político-parlamentario, dando otro factor más para aquellas posiciones que abogaban por su derogación.

3. *La derogación del control preventivo y la discusión en torno a su restablecimiento*

Luego de casi seis años de vigencia, la mayoría parlamentaria promovió la supresión del recurso previo de constitucionalidad, lo que culminó en la proposición de ley orgánica de derogación del capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979 reguladora del Tribunal Constitucional. El preámbulo de la proposición expresaba una visión bastante crítica res-

⁷⁸ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁹ Gómez Montoro, Ángel, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁰ De Vega, Augusto, *op. cit.*, pp. 61-64.

pecto al rol que éste había desempeñado en la justicia constitucional, por cuanto se sostenía que durante su vigencia se había terminado convirtiéndose en “un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y meta constitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley”. Asimismo pone de manifiesto la intervención que habría tenido el Tribunal Constitucional en la función legislativa, alejándose del “sistema de relación de poderes que la Constitución establece”, por cuanto intervenía “en el procedimiento de formación legislativa aún antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente”.⁸¹

Paradojalmente, este proyecto de ley fue objeto del último recurso previo de inconstitucionalidad, promovido por la oposición parlamentaria, la cual estaba a favor de su mantención. Como destaca De Vega, “la sentencia fue acogida con satisfacción y críticas favorables por parte de la generalidad de la doctrina”.⁸² En su sentencia, el Tribunal Constitucional no entró en el fondo de la cuestión limitándose a señalar un argumento más bien formal, ya que “puesto que el recurso previo fue introducido mediante una ley orgánica, podía ser suprimido por otra”. De esta manera, terminó rechazando el recurso, lo que vino a consagrar la desaparición de esta “polémica institución”. A juicio de Pérez Royo sostiene que en la sentencia se afirmarían dos cuestiones relevantes: en primer término, la “relativa a la libertad del legislador para reformar la propia estructura del TC, reforma que si es «concorde con la Constitución, no podría este mismo Tribunal Constitucional oponerse a ella»”, y en segundo término “la disponibilidad permanente por parte del legislador orgánico de la LOTC”.⁸³

Durante la primera década del siglo XXI se promovieron diversos proyectos de reforma a los estatutos de las comunidades autónomas,⁸⁴ los cuales comenzaron a ser cuestionados tanto desde el mundo político como desde el académico, por cuanto pretenderían sobrepasar los límites diseñados para el Estado Autonomático en la Constitución española. De hecho, en el 2006 el Consejo de Estado, a solicitud del gobierno, emitió un infor-

⁸¹ Ley núm. 4/1985, artículo único.

⁸² De Vega, Augusto, *op. cit.*, p. 75.

⁸³ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 170.

⁸⁴ Aragón Reyes, Manuel, “La construcción del Estado autonómico”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2006, núm. 54-55, p. 84.

me acerca de la modificación de la Constitución dentro del cual estimó que para librar a este tipo de normas de “la sospecha de inconstitucionalidad y, a fortiori, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad”. En tal caso, sugiere que el control debería realizarse sólo “frente al texto aprobado por las Cortes Generales”.⁸⁵

El punto más crítico de este proceso ha resultado ser la dictación de la reforma del estatuto de autonomía de Cataluña, la cual promovió importantes cambios que conformaban prácticamente un nuevo estatuto, muchos de los cuales habrían sobrepasado los límites fijados por la Constitución, tal como lo terminó declarando el Tribunal Constitucional.⁸⁶ Sin embargo, el proceso de la reforma, como su posterior impugnación, reavivó fuertemente el debate acerca de la conveniencia de restablecer el control previo, por cuanto generó una suerte de choque de legitimidades, ya que el control de este proyecto se llevó a cabo una vez que ya había sido aprobado tanto por el parlamento catalán como por las Cortes Generales, y refrendado por la ciudadanía al interior de esta comunidad autónoma.

Es posible constatar que existe bastante consenso, inclusive en aquellos autores críticos de este mecanismo,⁸⁷ acerca de la necesidad de someter a control previo a los proyectos de estatutos de autonomía, aunque teniendo presente la experiencia vivida durante la década de los ochenta. El fundamento jurídico del control, según Cruz Villalón, sería semejante al de los tratados internacionales. Se trata de una norma que involucra a varias partes, dos parlamentos, además del electorado, siendo “la más compleja de las normas del ordenamiento español”,⁸⁸ opinión que también es

⁸⁵ Consejo de Estado, Informe sobre modificación de la Constitución española, 2006, p. 218.

⁸⁶ Castellà Andreu, Josep, “La función constitucional del Estatuto en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extra 1, 2010, pp. 86-90. También: Fossas, Enric, “El control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, 2011, p. 8.

⁸⁷ Salazar, Octavio, “Sobre la inconveniencia de introducir el recurso previo de inconstitucionalidad en los procedimientos de reforma estatutaria”, en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del tribunal constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 482 y 483.

⁸⁸ Cruz Villalón, Pedro, “El control previo, a los veinte años de su supresión”, *Fundamentos*, núm. 4, 2006, p. 283.

compartida por otros autores, principalmente, atendida “la pluralidad de sujetos que intervienen en su elaboración”.⁸⁹

En un sentido similar, Aragón Reyes sostiene la necesidad de controlar constitucionalmente los estatutos de autonomía atendida “la especial posición y el relevante significado que tienen los Estatutos en nuestro modelo constitucional”, característica que compartirían con las leyes de reforma a la Constitución y con la ley orgánica del Tribunal Constitucional. Esta particularidad de los tratados internacionales, compartida por las leyes estatutarias, hace poco conveniente su control sucesivo o *a posteriori*.⁹⁰ En términos semejantes, Cruz Villalón sostiene que respecto de los estatutos de autonomía “el control previo parece el único posible, al menos con arreglo a la realidad de los hechos”. Esto debido a que en la práctica del control sucesivo en España “se ha acudido a la técnica de la «interpretación conforme» de los preceptos estatutarios” siendo que en múltiples casos, a su juicio, “lo más espontáneo hubiera sido la declaración de inconstitucionalidad”.⁹¹ Villaverde, por su parte, argumenta que “la función del control previo, además de garantizar la adecuación a la Constitución de las normas con vocación de ser leyes vigentes, sea la de blindar el consenso constitucional sobre el contenido y la articulación del Estado de las Autonomías”.⁹²

En síntesis, luego de casi dos décadas de su derogación y, a diferencia de la década de los 80, durante los últimos años, la doctrina mayoritariamente se ha inclinado a favor del control previo, calificándolo como un control jurídico, aunque con los debidos resguardos para no caer en los vicios que terminaron gatillando su derogación. Como señalábamos anteriormente, ello permitió que en septiembre de 2015, a través de una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se restableciera el control previo, aunque esta vez sólo para los proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de sus modificaciones. Dando cuenta del debate ocasionado respecto de su práctica inicial, la referida reforma esta-

⁸⁹ Tajadura, Javier, “Reformas estatutarias y control previo de constitucionalidad”, en Pérez Tremps, Pablo. (coord.), *op. cit.*, p. 491.

⁹⁰ Aragón Reyes, Manuel, “La construcción del Estado autonómico”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*, 2006, núm. 54-55, p. 84.

⁹¹ Cruz Villalón, Pedro, “El control previo, a los veinte...”, *cit.*, p. 283.

⁹² Villaverde, Ignacio, “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49, 2014, p. 40.

blece que éste debe llevarse a cabo una vez que haya sido aprobado por las Cortes Generales, no pudiendo celebrarse un referéndum en la respectiva comunidad autónoma, mientras no hubiese sido resuelto por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, se establece el plazo improrrogable de 6 meses para que el TC resuelva el asunto. De esta manera, con esta reforma, el control previo retoma su sentido original, pensado exclusivamente para resguardar la forma de Estado autonómica prevista por la Constitución española, aunque, con los debidos resguardos normativos, atendida su problemática práctica jurisprudencial durante la década de los ochenta.

IV. CONCLUSIONES

Los dos casos analizados, pese a expresar experiencias tan disímiles —una alagada, la otra fuertemente cuestionada al punto de su eliminación—, comparten rasgos comunes, ya que muestran cómo el control preventivo no sólo tiene por objeto operar como una modalidad más de la justicia constitucional, sino que se inserta dentro de un diseño normativo, como la promoción de determinada forma de gobierno o forma de Estado, tal como ocurrió en Francia y España, respectivamente. Sin embargo, la práctica jurisdiccional efectiva, al poco andar, provocó en ambos casos analizados, una verdadera mutación en el sentido inicial de su establecimiento, aunque con efectos disímiles debidos a las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

De esta manera, en el caso francés se pudo apreciar que si bien éste había sido inicialmente concebido como un control de carácter político, situando al *Conseil Constitutionnel* en una suerte de “perro guardián” de las prerrogativas legislativas del presidente, la práctica jurisdiccional posterior terminó provocando una verdadera mutación en el sentido de su diseño normativo inicial. En efecto, luego del caso de la libertad de asociación —verdadero *Marbury vs. Madison* francés— el control preventivo practicado por el *Conseil* terminó siendo considerado como un mecanismo eminentemente jurisdiccional, despejando cualquier duda respecto a su carácter político, ya que permitió que éste dejara de operar como un instrumento destinado a proteger las prerrogativa legislativas del presidente frente al parlamento.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 152, pp. 627-654.

Por su parte, el caso español da cuenta de cómo el diseño normativo inicial destinado a preservar el Estado autonómico español, terminó siendo modificado en la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional. En efecto, esta modalidad operó contra las leyes orgánicas, y no respecto de las normas destinadas a ser controladas: los estatutos autonómicos. En efecto, durante su corta existencia, el recurso previo de inconstitucionalidad, producto de diversas falencias de técnica legislativa, se fue transformando en una herramienta de obstrucción política, que otorgaba un verdadero poder de veto a las minorías, no aplicándose nunca respecto de las normas para las cuales había sido inicialmente concebido, los estatutos de autonomía. No es de extrañar, por tanto, la temprana derogación de este mecanismo de la ley orgánica del Tribunal Constitucional.

De esta manera, a partir de la experiencia comparada hemos podido apreciar cómo la práctica jurisdiccional del control *a priori* ha sido decisiva en la configuración de la función legislativa en ambos casos, aunque con sentidos totalmente distintos. Esto por cuanto en el caso francés el rol desempeñado por el *Conseil Constitutionnel* permitió equilibrar los pesos y contrapesos entre los poderes públicos en el marco del proceso legislativo, por medio de la reestructuración del sistema de fuentes del derecho, promovida a través de su decisiva jurisprudencia, que terminó consolidando su papel de defensor de la supremacía constitucional. En el caso español, también es posible identificar un importante impacto en la función legislativa de los poderes públicos, pero que, a diferencia del caso francés, acarreó un fuerte desprestigio del control preventivo practicado por el Tribunal Constitucional, motivando su temprana derogación. Sin embargo, recientemente éste ha sido restablecido, retomando su sentido original, y con los debidos resguardos normativos, como una suerte de lección aprendida tras su práctica efectiva durante la década de los ochenta.

Por tanto, la experiencia comparada muestra que la comprensión del sentido y alcance del control preventivo debe tener presente, en primer término, su inserción en un diseño normativo mayor, tales como la configuración de determinadas formas de Estado o de gobierno. Y en segundo lugar, su práctica jurisdiccional efectiva, ya que permite apreciar no sólo su correlación con el diseño inicial, sino que también su impacto en la función legislativa dentro de una Constitución determinada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- ALEGRE, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional y control preventivo*, León, Universidad de León, 1995.
- ALVA, Manuel, “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “La construcción del Estado autonómico”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 54-55, 2006.
- BURDEU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editorial Nacional, 1981.
- CAPPELLETTI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado*, México, UNAM, 1966.
- CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y la legitimidad de la «justicia constitucional»”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep, “La función constitucional del Estatuto en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extra 1, 2010.
- CONSEJO DE ESTADO, *Informe sobre modificación de la Constitución Española*, febrero de 2006, disponible en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/modificaciones%20constitucion%20esp.pdf>.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El control previo, a los veinte años de su supresión”, *Fundamentos*, núm. 4, 2006.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962.
- FAVOREU, Louis, “Le Conseil Constitutionnel régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’étranger*, París, núm. 1, junio-febrero de 1967.
- FAVOREU, Louis y PHILIP, Louis, *Le Conseil constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978.
- FAVOREU, Louis y PHILIP, Louis, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 6a. ed., París, Sirey, 1991.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. II.
- FOSSAS, Enric, “El control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel, “El control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos de autonomía y demás leyes orgánicas” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1986.
- HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980.
- LUCHAIRE, François, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980.
- PARDO FALCÓN, Javier, *El Consejo Constitucional Francés. La Jurisdicción constitucional en la Quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- Pedrieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (coord.), *La Constitución española de 1978*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1988.
- PÉREZ ROYO, Javier, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, 1986.
- PÉREZ TREMPES, Pablo (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- PRELOT, Marcel, *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, 2a. ed., París, Le Centurion, 1959.
- RIVERO, Jean, “Fin d’un absolutisme”, *Pouvoirs*, París, núm. 13, 1991.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux Constitutionnel*, 10a. ed., París, LGDJ, 2013.
- SANTAOLALLA, Fernando, “Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA”, *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983.
- VEGA, Agustín de, “Acercas del recurso previo de inconstitucionalidad”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 23, 1991.
- VILLAVARDE, Ignacio, “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49, 2014.