

POLÍTICA DE LA CONSTITUCIONALIDAD

(Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley) (*)

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

1

Puede que no siempre el llamado *bloqueo* de la constitucionalidad logre estar a la altura de lo que evoca (cierta estabilidad y no sólo «fundamento») esa poco feliz metáfora. No es leve cosa, en efecto, que en la VI.^a Legislatura, recién acabada, la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), parte principalísima de aquel *bloqueo*, haya sido objeto de dos reformas sucesivas, con menos de un año entre una y otra. La primera, como se sabe, ha introducido en la LOTC un «nuevo procedimiento» (así dice la *Exposición de motivos* de la Ley Orgánica 7/1999) denominado *conflicto en defensa de la autonomía local*; la segunda ha ampliado de tres a nueve meses el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad que pudieran llegar a promover el Presidente del Gobierno o los ejecutivos autonómicos una vez que en el seno de la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación «se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias» a propósito —cabe suponer— de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinada disposición de ley [letra *b*) del nuevo apartado 2 del art. 33 de la LOTC, introducido por la Ley Orgánica 1/2000]. Con éstas, pues, son ya cinco las reformas de la LOTC en sus poco más de dos décadas de vi-

(*) Este texto está escrito para el libro en memoria de Joaquín García Morillo, que se publicará próximamente por la editorial Tirant lo Blanch. En su actual versión, o en otras previas, ha sido leído y comentado por algunos de los juristas cuya opinión (la siga o no) siempre me enseña. Como tantas otras veces, por Francisco Rubio Llorente, Manuel Aragón y Juan L. Requejo. Pero también, en esta ocasión, por Francisco Caamaño, Angel Marrero, Luis Pomed y Francisco Velasco. Conste mi gratitud por ello.

gencia, y aunque semejante ritmo de cambio pudiera parecer por sí solo excesivo (la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania se ha modificado seis veces en casi medio siglo; la de la Corte Constitucional italiana en tres ocasiones desde 1953), me guardaré mucho de valorarlo como tal, en abstracto. La jurisdicción constitucional se inauguró entre nosotros rodeada de zozobras y sin memoria institucional relevante, de modo que ha necesitado, y aún necesitará seguramente, de ciertos reacomodos periódicos en atención a una experiencia que no ha podido valerse de tradición propia alguna. Sin olvidar, por lo demás, que dos de las tres modificaciones de la LOTC en los ochenta no han de verse sino como la simple retirada de parte del andamiaje jurídico que, también en este ámbito, se erigió o mantuvo en el proceso de instauración y asentamiento de la democracia constitucional (Leyes Orgánicas 8/1984 y 4/1985, que derogaron, respectivamente, los muy coyunturales arts. 45 y 79 de la LOTC). Las reformas de los cuerpos legales, incluso las de aquellos que son vertebradores del ordenamiento, no resultan nunca, en definitiva, «pocas» o «muchas», sino reflexivas y maduradas o lo contrario. Reflexión que quiere decir aquí, desde luego, estas tres cosas: atención a la Constitución y a sus límites, ante todo; definición deliberada, en segundo lugar, de la finalidad perseguida y ponderación hasta lo posible, por último, de la eficacia y consecuencias de la innovación proyectada. En suma, cierta juiciosa vacilación previa. Todo esto es también preciso si se quieren poner las manos sobre la jurisdicción constitucional, entendida ahora como proceso a la ley. Ésta ocupa un lugar central, ya que no primero, en nuestro ordenamiento y regular su modo de supresión, de invalidación, no es menos trascendente, para todos, que ordenar el procedimiento legislativo mismo.

Es seguro que a cada una de estas recientes leyes orgánicas le aguardan comentaristas ávidos. Pero mientras la glosa llega cabe ensayar una aproximación a ambos textos que, sin entrar en muchos pormenores, busque el sentido objetivo, por así decir, que, más allá de su diversidad patente, e incluso al margen de la intención explícita del legislador, acaso aliente en uno y otro. Desde luego son leyes heterogéneas y, en sus hipotéticos efectos sobre la litigiosidad constitucional, hasta divergentes, pues mientras una amplía el ámbito objetivo de la jurisdicción de la ley, la otra muestra la intención, de nuevo según la propia *Exposición de motivos*, de «evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad». La divergencia, con todo, sólo autorizaría a calificar de errática o de contradictoria la sucesiva acción legislativa de reforma si se tomaran muy al pie de la letra —lo que no parece indispensable— las reiteradas referencias que los defensores del proyecto de la que terminaría siendo Ley Orgánica 1/2000 hicieron en los debates parlamentarios a la necesidad de reducir la interposición de recursos de inconstitucionalidad como objetivo, al parecer, de

política legislativa (la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal Constitucional es en verdad creciente hasta lo alarmante, pero en ella han ido teniendo parte menguante, hasta el momento, los recursos de inconstitucionalidad: en los años ochenta, por no afinar más, se interpusieron 311; 242 en los noventa). Sea como fuere, contrastar críticamente las regulaciones y las intenciones manifiestas de las Leyes Orgánicas 7/1999 y 1/2000 sólo sería relevante para quien tuviera interés, lo que no es mi caso, en estudiar la racionalidad instrumental del comportamiento de los legisladores. Me preocupa ahora, como apunté hace un instante, algo diferente: examinar y poner de relieve, si así es posible, la concepción del proceso constitucional que subyace a ambas regulaciones o, por decirlo de otro modo, considerar el significado y valor que la constitucionalidad de la ley, o su contrario, adquieren en una y otra norma. Lo que me pregunto es, en suma, si estas leyes orgánicas son expresivas de una determinada *política de la constitucionalidad* que dijera algo, a su vez, sobre un aspecto significativo de la actual situación de nuestra cultura constitucional.

Con la expresión «política de la constitucionalidad» me refiero a fenómenos notorios, y en sí mismos positivos, de la democracia pluralista de nuestro tiempo, en la que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, como cualquiera sabe, no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo presente en los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal. Quienes hacen las leyes deben, no sólo pueden, preguntarse por la conformidad a la Constitución del texto que elaboran, interpretación político-constitucional ésta que también reflejará, en cada caso, el entendimiento por el órgano legislativo de su propio margen o libertad de determinación dentro del marco de la norma fundamental y que no necesariamente quedará cancelada, como tal debate, una vez que la ley entre en vigor. Entre los legitimados para recurrir, pero también en cualesquiera espacios abiertos de la comunidad política, proseguirán entonces, muchas veces, las discusiones acerca la validez de la norma legal y sobre la procedencia de que se acuda o no, para determinarla, a un proceso jurisdiccional en el que también cabe con ciertas condiciones, según se sabe, la opción del desistimiento. Todo esto es tan conocido y cotidiano que no vale la pena insistir en ello y si lo cito ahora es sólo para subrayar que su fundamento está en la inevitable impregnación constitucional de todo diálogo público, de todo espacio político, en la democracia pluralista. De modo casi aforístico lo destacó bien, hace un cuarto de siglo, Peter Häberle: «El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional»; un reconocimiento,

por cierto, al que ya se había adelantado, con mucho, la doctrina norteamericana de la *coordinate construction* de la Constitución.

Lo que acabo de simplificar es expresivo de una política de la constitucionalidad que cabría llamar «concreta», por manifestarse en torno a la elaboración y eventual impugnación de una determinada disposición de ley. Pero me interesan ahora más, al hilo de las novedades legislativas que considero, otro tipo de políticas («generales», por contraste) que se manifiestan, precisamente, en la legislación sobre la jurisdicción constitucional y sobre los procesos de los que conoce, es decir, en ordenaciones de ley que interpretan, al menos de modo tácito, la disciplina constitucional en la materia (el Título IX de la Constitución, en nuestro caso) y que, junto a ello, pueden dar entrada a instituciones u órganos de integración u orientación partidaria en procedimientos de discusión sobre la constitucionalidad de la ley que sean no sólo, como es típico, contenciosos, sino previos, o incluso alternativos, a la impugnación jurisdiccional. Aunque de muy diverso modo, ambas cosas están, como recordaré de inmediato, en las Leyes Orgánicas 7/1999 y 1/2000. Una y otra muestran cierta política legislativa sobre la constitucionalidad de la ley y sobre el significado mismo de la controversia acerca de su validez que merece consideración. Aunque conviene hacerla en el marco de un somero examen de las modificaciones que así se han introducido en la ordenación de la jurisdicción constitucional.

2

«Ampliación» o «apertura» serían, en apariencia, palabras que pondrían sobre la pista de la dirección que siguen las principales modificaciones introducidas en la LOTC por los nuevos textos legales: ambos, en efecto, amplían el plazo para impugnar la ley y uno de ellos (la Ley Orgánica 7/1999) el elenco de legitimados para hacerlo. También una y otra norma crean lo que de principio cabría llamar procedimientos, previos al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, para la discusión política sobre la conformidad a la Constitución de una disposición de ley ya publicada y vigente. Pero una presentación de este estilo sería parcialmente inexacta y, desde luego, incompleta. Lo primero porque, como indicaré enseguida, la legitimación también puede haber quedado, en algún caso, constreñida o condicionada, siquiera sea *de facto*. Y sería también incompleta, porque la simple referencia a la apertura de espacios o procedimientos para la discusión política de la constitucionalidad de la ley dejaría sin mención la cuestión capital de la opuesta finalidad a la que sirve, en cada texto legal, la habilitación de un tal tipo de procedimiento: la preparación (Ley Orgánica 7/1999) o la evitación (Ley Orgánica 1/2000) de una impugnación de

la norma legal ante el Tribunal Constitucional. Es claro, con todo, que en las cuestiones del plazo, de los legitimados y de los nuevos procedimientos prejurisdiccionales se cifran las innovaciones de relieve:

a) La Constitución nada dijo sobre la sujeción o no a plazo de la acción de inconstitucionalidad y así el legislador de 1979 pudo tomar la decisión trascendente de establecerlo y de fijarlo en tres meses tras la publicación de la ley. Ya se sabe que no fue ésta la opción que en su día adoptaron otros ordenamientos: ni en Alemania ni en Austria, por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad queda sujeto a limitación temporal de tipo alguno.

La libertad en este punto del legislador al que remite el art. 165 CE ha vuelto a ejercerse, por dos veces, durante la VI.^a Legislatura.

El nuevo art. 33.2 LOTC (Ley Orgánica 1/2000) fija, de una parte, en nueve meses el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno o por los ejecutivos autonómicos si la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación se ha reunido y acordado iniciar negociaciones para «resolver las discrepancias» [letra b)] sobre la disposición legal controvertida, siempre que dicho acuerdo [letra c)] «sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional (...) dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley». Obvio es que para los demás casos y legitimados rige el plazo general de tres meses, según el art. 33.1 LOTC (así parece haberlo querido aclarar, aunque haya conseguido lo contrario, el nuevo art. 33.3: «Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32»; como si esa «facultad» no la retuvieran también íntegra, en todo momento, quienes pueden negociar o, incluso, han comenzado a hacerlo).

El conflicto en defensa de la autonomía local, de otra parte, pretende, ante todo, *no ser*; no ser, quiero decir, una modalidad del recurso de inconstitucionalidad. Pero tal pretensión, sobre la que volveré de inmediato, no impide ahora reseñar que también aquí, en el nuevo Capítulo IV del Título IV de la LOTC, se ha procedido a una ampliación y transformación del plazo para plantear la impugnación: tres meses, en primer lugar, para que las corporaciones locales afectadas y quizá interesadas en impugnar adopten el acuerdo de iniciar la tramitación del conflicto y recaben dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma; un cierto plazo después, indeterminado por la LOTC, en el que habrá de ser evacuado tal dictamen; y un mes tras su recepción, por último, para la presentación del conflicto ante el Tribunal Constitucional (arts. 75 *ter*, ap. 2 y 3, y 75 *quáter*, ap. 1 y 2, de la LOTC, según redacción de la Ley Orgánica 7/1999). La indefinición por la LOTC del plazo para evacuar el dictamen preceptivo y la diversidad de pre-

visiones al respecto en la propia regulación aplicable al Consejo de Estado, y entre ésta y la establecida para los órganos consultivos autonómicos, impide aquí, por lo tanto, conocer el tiempo cierto (más de cuatro meses, en cualquier caso) durante el cual una ley será atacable en esta vía. En lo que al *tiempo* se refiere, es la primera vez que «las condiciones para el ejercicio de las acciones» de inconstitucionalidad ante el Tribunal (art. 165 CE) se ordenan no sólo al margen de la LOTC, sino, por remisión, en una pluralidad de textos legales (estatales y autonómicos).

b) Por lo que a la legitimación importa, la innovación explícita viene sólo de la creación del conflicto en defensa de la autonomía local, aunque no sobraría advertir, antes de considerarlo, que también las modificaciones introducidas en el artículo 33 LOTC por la Ley Orgánica 1/2000 pueden llegar a condicionar de hecho, en un sentido restrictivo, la legitimación que la Constitución [art. 162.1 a)] y la propia LOTC (art. 32.2) confieren a las Asambleas de las Comunidades Autónomas para interponer recurso de inconstitucionalidad. No será lo más frecuente, aventuro, que la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación se reúna y acuerde negociar ante la aparente inconstitucionalidad de una ley del Estado, pero si lo hace, ni la ampliación del plazo para recurrir afectará entonces a una Asamblea que no participa en tal negociación, ni será fácil que, abiertas estas conversaciones, el Parlamento de la Comunidad Autónoma decida interponer recurso en tanto el gobierno al que apoya trata, pacta o dialoga sobre hacerlo o no. La improbable eficacia respecto de la legislación del Estado de la conciliación previa *ex art. 33.2* podría así suponer, en la hipótesis más común, el relegamiento *práctico* de las Asambleas autonómicas como órganos legitimados para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

En defensa de la propia autonomía, municipios y provincias son, en todo caso, los nuevos legitimados para impugnar la ley (estatal o autonómica), ya por decisión del que sea «destinatario único» de la misma, ya, si tal afectación singular no se da, mediante un litisconsorcio activo necesario (art. 75 *ter* LOTC) cuya formación y perfeccionamiento vendrá sólo, si llega, tras un debate político, en todas las corporaciones afectadas, sobre la constitucionalidad de la ley. Esta legitimación abre la vía, por vez primera en nuestro Derecho, a impugnaciones de la ley «intracomunitarias» y rompe, de otra parte, con la correspondencia hasta ahora existente entre sujetos políticos legitimados para instar la declaración de inconstitucionalidad de la ley y sujetos habilitados por el ordenamiento para proponerla, debatirla o aprobarla (incluso en el caso de la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad podría verse una cierta simetría con lo que es, en el plano de la creación de normas, la iniciativa legislativa popular). No son pocos cambios, desde luego, para una sola reforma legal.

Se amplía la legitimación para la impugnación directa de leyes (*impugnación* es palabra que puede leerse en el párrafo primero de la *Exposición de motivos* de la Ley Orgánica 7/1999), pero no, en apariencia, la que la Constitución y la LOTC confieren para interponer recurso de inconstitucionalidad, recurso que, hasta lo que se sabía, no era otra cosa, precisamente, que aquella impugnación directa o frontal de una ley, por causa de su inconstitucionalidad, ante el órgano de la jurisdicción constitucional. Haber llevado a cabo un cambio a la vez tan radical y tan discreto en el régimen del recurso abstracto sólo ha sido posible, como se sabe, merced a la proeza nominalista de llamar al nuevo procedimiento «conflicto», y no recurso, en defensa de la autonomía local. No será un recurso, de acuerdo, pero se le parece mucho: al margen de cualquier supuesto de aplicación concreta (es decir, en abstracto), ciertos sujetos quedan legitimados para instar la declaración de inconstitucionalidad de una ley, inconstitucionalidad que el Tribunal puede llegar a dictar, bien es cierto que a través de un alambicado pronunciamiento en dos fases. Este extraordinario hallazgo de la sentencia desdoblada en fallos sucesivos justificaría al parecer, según los antecedentes de la Ley Orgánica, que el conflicto en defensa de la autonomía local pudiera presentarse como nuevo proceso constitucional [art. 161.1.d) CE], no como una innovación, en punto a la legitimación, del recurso de inconstitucionalidad [art. 162.1.a) de la misma norma fundamental]. Doble pronunciamiento que, por lo demás, queda ordenado a mi juicio con lastimosa técnica. Lo lógico, puestas así las cosas, hubiera sido que la primera sentencia, de ser estimatoria, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la ley y que sólo la segunda procediera a su anulación, disociándose así —esto parece que se quería— los dos pronunciamientos típicos del artículo 39.1 LOTC. Asombra comprobar, sin embargo, que el nuevo artículo 75 *quinqüies* no mencione siquiera ese posible pronunciamiento de nulidad y que reserve el de inconstitucionalidad a la «segunda sentencia» (pese a que ya la primera podría constatar que ha existido «vulneración de la autonomía local», lo que supondría realizar, como es obvio, una rotunda declaración de inconstitucionalidad). Contenido del primero de los fallos podría ser, para mayor perplejidad, resolver «lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local», aunque no se acierta a ver cómo pueda proveerse a ello si la ley no ha sido, todavía, expulsada del ordenamiento. Todo quizá un poco desmañado (véase, por no mencionar sino otro detalle, la doble mención a los efectos de la sentencia, o sentencias, en los arts. 75 *bis* ap.2 y 75 *quinqüies* ap. 6 *in fine*).

Nombrar cada cosa con libertad plena, según arbitrio, es sólo, como en el *Génesis*, prerrogativa del creador —del poder constituyente— que tiene todas ellas a la vista y que, al nombrar, distingue a cada una. Por eso sobre el lengua-

je del legislador no soberano pesan límites, constitucionales y culturales, que hacen dudar ahora de que aquel esforzado afán de singularización haya sido útil a sus propios fines. «Conflicto» y «recurso de inconstitucionalidad» son, por lo pronto, conceptos constitucionales, interpretados y deslindados ya por la jurisprudencia cuando la ley está en tela de juicio (STC 49/1984, por todas) y, en consecuencia, no disponibles sin límite. Y aunque todo pleito sea, por lo demás, siempre *un conflicto*, si esta palabra se quiere utilizar con algún rigor habría de emplearse sólo para designar, en nuestro sistema de jurisdicción constitucional, el tipo de proceso que pueden activar determinados sujetos para dirimir sus diferencias recíprocas sobre el respectivo ámbito de atribuciones o competencias. Pero al margen de que la autonomía local no sea sólo un concepto competencial (sino también organizativo: SSTC 32/1982 y 331/1993, entre otras), el nuevo conflicto es unidireccional (sólo puede iniciarse por las corporaciones locales), de modo que el enunciado «conflicto en defensa» (*sólo*) «de la autonomía local» parece un contrasentido; lo que la vieja retórica llamaba un oxímoron. Y ni siquiera el ente autor de la ley impugnada será siempre, en fin, el que haya «usurpado» para sí, en hipótesis, la competencia reivindicada (piénsese en la ley estatal que expanda, a costa de las corporaciones locales, la competencia autonómica; en el Fundamento jurídico 3.º de la STC 214/1989 se aludió ya a este tipo de controversias «triangulares»).

«Sea cual sea el lugar que la Ley Orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador (...) dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal», se dijo en el Fundamento jurídico 4.º de la STC 66/1985. Opino que esta última advertencia designaba de manera implícita, pero inequívoca, un *modelo* o *sistema*, vinculante para el legislador, de nuestra jurisdicción constitucional. Sistema del que formaría parte, pensábamos algunos, la definición sólo por la Constitución de los sujetos legitimados para la impugnación directa de la ley [art. 162.1.a) CE]. No lo ha entendido así, como es patente, el autor de la Ley Orgánica 7/1999. El artículo 161.1.d) CE pasa a ser de este modo no sólo norma *de apertura*, sino de *relativización* o negación también, del propio sistema, si así cabe llamarlo, en el que se inscribe.

c) Antes de las recientes reformas de la LOTC, la aprobación y publicación de la ley podía ya dar paso, sin ulterior trámite contradictorio, a su impugnación ante el Tribunal Constitucional. Ya no es así. Aunque con finalidades muy diversas, las últimas leyes orgánicas han articulado sendos procedimientos que mediarán entre publicación e impugnación de la ley y que darán ocasión a que su constitucionalidad sea objeto de debate entre sujetos y fuerzas políticas (aunque no siempre, como precisaré, de un debate en sí mismo político, es decir, *público*). La habilitación de tal secuencia intermedia es el objeto

mismo de la Ley Orgánica 1/2000, que ha incorporado a la LOTC una especie de fase de conciliación constitucional voluntaria en la que los ejecutivos nacional y autonómicos podrán «resolver las discrepancias» que mantengan sobre la constitucionalidad de una disposición de ley e incluso «instar, en su caso, la modificación del texto normativo» [apartado *b*) del nuevo art. 33.2]; esta «conciliación», en todo caso, no podría considerarse como requisito de procedibilidad del recurso de inconstitucionalidad, por trasladar aquí lo que dijo la STC 86/1988 sobre la intervención de la Junta de Cooperación entre la Administración del Estado y la foral de Navarra. Las «negociaciones», así las llama el precepto, se realizarán en el marco de la correspondiente Comisión Bilateral de Cooperación (art. 5.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reformada en este extremo por la Ley 4/1999), lo que no me parece que deje en un lugar precisamente muy airoso a la ley; la propia *Exposición de Motivos* de la Ley Orgánica 1/2000 se refiere a la «normativa propia de cada Administración» y no queda claro si no es ésta una cruda e insólita manera de aludir (también) a las leyes. En todo caso, sobre este *control administrativo* (!) de la constitucionalidad de la ley diré algo más tarde; ahora conviene destacar que la opción por un modelo bilateral de negociación es muy verosímil que prive de utilidad a este trámite de conciliación cuando las «discrepancias» surjan ante una ley del Estado de carácter general, esto es, por lo que ahora importa, que sea aplicable en todo el territorio nacional y ello por la muy obvia razón de que no hay negociación posible en torno a diecisiete mesas. La conciliación constitucional resulta entonces ser, ante todo, un expediente para evitar la impugnación ante el Tribunal Constitucional de leyes autonómicas. Presumo, por lo que después apunto, que ese resultado coincide, precisamente, con la intención que ha llevado a la reforma.

En el caso de la Ley Orgánica 7/1999, el procedimiento prejurisdiccional no es ya resultado querido por la propia norma, sino consecuencia necesaria, más bien, del régimen de legitimación impuesto para la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local en todos aquellos casos —la mayoría— en los que la ley no tenga a un municipio o provincia como «destinatario único». Se requiere entonces un litisconsorcio activo necesario entre las corporaciones locales afectadas y esto no conducirá a otra cosa sino a la apertura de una fase de debate público, a escala autonómica o nacional, sobre la constitucionalidad de la ley; debate que prolongará, cabe suponer, el que las fuerzas políticas mantuvieron durante su procedimiento parlamentario de discusión y aprobación.

No se me ocurre ninguna objeción de principio a que el legislador abra espacios o cauces de discusión política sobre la constitucionalidad de la ley ya

vigente antes de su eventual impugnación procesal, apertura que, como en el caso del conflicto en defensa de la autonomía local, resulta indispensable para la integración del presupuesto de la legitimación. El Derecho constitucional no es monopolio de los jueces (Louis Fisher), quienes, por lo demás, siempre están implicados en un coloquio continuo con las instituciones políticas y con la sociedad en su conjunto; un proceso en el cual los principios constitucionales son interpretados discursiva, no unilateralmente (Alexander Bickel). Todo esto se puede suscribir. Pero cualquier discusión política sobre la constitucionalidad de la ley ha de atenerse, en democracia constitucional, a estas dos condiciones: ante todo publicidad y además «respeto (...) a la independencia y función del Tribunal» (STC 66/1985) llamado quizá a pronunciarse, más tarde, sobre la validez de la norma legal. En cuanto a la primera de estas exigencias diré algo después; ahora quiero hacer un apunte sobre la segunda y acerca de la tensión que mantienen con ella, me parece, algunas previsiones de las nuevas leyes.

La controversia política sobre la constitucionalidad de la ley puede enriquecer, pero también perturbar o enrarecer, el ulterior proceso jurisdiccional. En lo que tenga de discusión públicamente argumentada ocurrirá seguramente lo primero; pero el riesgo de lo segundo se perfilará siempre que se pida de la jurisdicción la confirmación o no de decisiones adoptadas *sobre el proceso mismo* por los sujetos políticos que han participado en el debate previo. El Tribunal, llegado el caso, decidirá, como es su cometido, sobre la constitucionalidad de la ley, pero no sería un acierto imponerle un pronunciamiento preliminar sobre la misma corrección material o sustantiva de la decisión de recurrir o sobre acuerdos de pretendida relevancia procesal alcanzados en cualesquiera negociaciones políticas. En este error, me temo, han incurrido las más recientes reformas de la LOTC. De una parte, al establecer un previo juicio de admisibilidad, por razones sustantivas, del conflicto en defensa de la autonomía local, trámite que, con muy buenas razones, era desconocido entre nosotros para los procesos constitucionales de origen político; ahora, sin embargo, el Tribunal podrá rechazar la impugnación de la ley «cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada» (art. 75 *quinquies*, ap. 1), como si se tratara de una cuestión (judicial) de inconstitucionalidad. De la otra, al dejar sentado que el acuerdo de negociar alcanzado en la Comisión Bilateral de Cooperación «podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso» [art. 33.2.b)]. La formulación parece enigmática, pero en ella aflora, a poco que se medite, la razón política misma que se diría ha movido, precisamente, a la reforma. Lo que me importa ahora, en cualquier caso, es el valor jurídico de tan elocuente previsión. Es seguro que el Gobierno puede *renunciar* a la solicitud de suspensión cautelar de la ley autonómica impugnada (como puede renunciar a recurrir, sin más). Pero mucho

más dudoso es que quepa un *pacto de renuncia*, con efectos jurídicos, al ejercicio de una facultad que cuenta en mi criterio, y en el propio enunciado del art. 30 LOTC, con un fundamento constitucional expreso (art. 161.2). En todo caso, pronunciarse sobre si es así o no puede llegar a suponer, y no hay que celebrarlo, un nuevo compromiso para el Tribunal Constitucional.

3

Las recientes reformas de la LOTC se insertan, pese a todo, en un sistema procesal preexistente y podrían también ser valoradas, por tanto, con arreglo a su grado de ajuste y coherencia con los elementos arquitecturales de aquél. Arquitectura del sistema que, por seguir con los tropos, limitará siempre la libre iniciativa de una «ingeniería constitucional» muy invocada, aunque no sé si bien conocida, entre nosotros. La «ingeniería constitucional» puede entenderse, desde luego, como un permanente concurso de ideas para mejorar el Estado, con lo que daríamos un brillante nombre a nuestro castizo arbitrista histórico; pero puede también concebirse como algo más sutil y, a la vez, más modesto, esto es, como una legislación propuesta y discutida en atención a sus consecuencias previsibles (Sartori). Cuáles sean los efectos de las últimas leyes de reforma sólo lo dirá la experiencia, naturalmente, pero lo que sí cabe es preguntarnos, desde ahora, si algunas de tales modificaciones parecen compatibles con la lógica institucional del sistema en el que se inscriben. Dos rasgos básicos de nuestro sistema de jurisdicción constitucional de la ley son, hoy por hoy, su carácter abierto a múltiples iniciativas de control, de una parte, y su limitación temporal, de la otra, para aquellas que pretendan un enjuiciamiento directo o abstracto de constitucionalidad. Sugiero contrastar con cada uno de ellos algunas de las recientes modificaciones legales:

a) La muy notable apertura del control de constitucionalidad de la ley entre nosotros viene dada, como es obvio, por la concurrencia en el mismo de una pluralidad de legitimados para promover el recurso abstracto y, junto a ello, de un instrumento, como la cuestión de inconstitucionalidad, que está en las manos de todos y cada uno de los órganos judiciales (casi tres mil, de todas las categorías, en nuestro país). Esta máxima difusión institucional del poder de activar el enjuiciamiento de la ley impone cuando menos dudar de la pertinencia y eficacia de todo intento de limitar o condicionar, para legitimados o en casos determinados, el acceso al Tribunal Constitucional o el modo mismo de enjuiciamiento de la ley. La limitación o el condicionamiento quedarán relativizados, quedarán en poco o en nada, tan pronto como se dé inicio a otro proceso

constitucional, sobre la misma norma, a impulso de cualquiera de los restantes sujetos capacitados para instarlo.

En efecto. Se espera del Tribunal, como he recordado, que inadmita a trámite el conflicto en defensa de la autonomía local si la controversia suscitada «estuviere notoriamente infundada» (art. 75 *quinquies*, ap 1) y ello aunque haya admitido ya o admita con posterioridad (art. 33.1 y 2) recursos de inconstitucionalidad, de origen tan *político* como el conflicto, con objeto y fundamento idéntico; recursos ante los que no procede, precisamente para favorecer la más amplia discusión procesal de la ley y para preservar la posición del Tribunal ante la opinión, examen sustantivo alguno en fase de admisión. Se propicia, en otro orden de cosas, una negociación entre «administraciones» con la finalidad de evitar, en lo posible, la interposición del recurso de inconstitucionalidad; pero con independencia de que aquí se ha venido a confundir, lo que es de lamentar, la diferencia constitucional y estatutaria de posición y de funciones entre «Administraciones» y «Gobiernos», es lo cierto que la negociación misma perderá buena parte de su sentido tan pronto como se plantee y tramite un recurso abstracto por cualquier otro legitimado o, lo que sería en extremo probable, una cuestión de inconstitucionalidad (tramitación de otro proceso constitucional que, si se pone en relación con la instancia de la Comisión Bilateral para «la modificación del texto normativo», podría dar lugar, por cierto, a alguna situación, desde luego no buscada de propósito, próxima a la del extinto control previo de inconstitucionalidad o a la que se planteó en el caso resuelto por la STC 150/1990: suspensión política de la ley impugnada hasta que recayera sentencia constitucional). Se articula, en fin, un curiosísimo régimen de resolución en dos fases del conflicto en defensa de la autonomía local, pero esta notable fábrica se desvanecerá, sin más, si se admite y acumula al conflicto un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad con objeto en parte coincidente (la acumulación no necesariamente exige, como se sabe, identidad procesal; véase, por no citar más ejemplos, el caso resuelto por la STC 16/1984). En su singular articulación procesal, el nuevo conflicto es, en otras palabras, irremediabilmente subsidiario de los demás procedimientos de control de constitucionalidad. Sólo si no hay otros recursos o cuestiones sobre el mismo objeto habrá lugar, alguna vez, al doble pronunciamiento.

b) La sujeción a plazo de la acción de inconstitucionalidad es, ya en otro orden de cosas, muy digna de ser tomada en consideración para entender el porqué y el sentido objetivo de la conciliación previa al recurso que se ha incorporado al artículo 33.2 LOTC. En un sistema, como por ejemplo el alemán, en el que el recurso de inconstitucionalidad no está sujeto a plazo resultaría de todo punto irracional la previsión legal de un trámite de este género, pues para la negociación política, siempre posible, en torno a la oportunidad de recurrir o

de no hacerlo no existe apremio temporal alguno. Negociación informal que en tal sistema versaría *sólo*, por tanto, sobre aquella eventualidad de la impugnación, sin adquirir nunca la inquietante apariencia de convención privada entre funcionarios sobre la interpretación constitucional de la ley: el recurso estará siempre abierto y disponible, de tal modo que si no se acude aún a él será porque quienes pueden activarlo se limitan, con o sin tratos políticos de por medio, a no ejercer un derecho de acción. Recurrir es expresión de libertad política y no hacerlo también.

La negociación política en torno a un posible recurso adquiere una fisonomía muy distinta, claro está, cuando la ley limita mediante un plazo la oportunidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad. En tal situación, que es la nuestra, la inacción del legitimado para impugnar, unida al transcurso del tiempo, conduce al resultado irreversible de que la ley ya no podrá ser atacada por este cauce. Y no valdría argüir que, en cuanto a los recursos «competenciales», el sistema español podría funcionar, o funcionaría de hecho, como el alemán o el austríaco (sin límite temporal, por tanto, para provocar el enjuiciamiento constitucional de la ley) en virtud de la transformación procesal prevista en el artículo 67 LOTC. Este precepto puede dar lugar a un control de la ley, desde luego, con ocasión del planteamiento de conflicto de competencia frente a sus actos de aplicación, pero lo singular de nuestro recurso abstracto, y lo que no permite aquel artículo 67, es la posibilidad de provocar la suspensión cautelar de la ley autonómica objeto de impugnación. Y el tiempo sí apremia para todos, para el Gobierno y para la Comunidad Autónoma, cuando está en juego la posibilidad, o el riesgo, de que se ejerza esa facultad de instar la suspensión de la ley: apremia, supongo, al Gobierno interesado en no dejar pasar, sin más, la oportunidad de valerse de este enérgico instrumento procesal; y apremia a la Comunidad Autónoma autora de la ley que queda, durante unos meses, sujeta a la eventualidad de que se llegue a dictar su suspensión. Si se quiere, en este contexto, hacer posible una negociación política sobre la decisión de impugnar o de no hacerlo es claro que la misma adquiere un carácter casi perentorio. Aunque también es evidente que, supuesta tal voluntad de hacer posible la negociación, la conciencia y la experiencia de estas circunstancias no imponían, por sí solas, la creación de un trámite de conciliación como el que considero; hubiera bastado con la simple ampliación del plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad cuando sus promotores fueran el Presidente del Gobierno frente a las leyes de las Comunidades Autónomas o los órganos de éstas frente a las del Estado. Pero el autor de la Ley Orgánica 1/2000 no ha querido, tan sólo, *hacer posible* una negociación. Ha querido *favorecerla* o *propiciarla* y al servicio de su propósito está el nuevo trámite.

Apenas me importa ahora, sin embargo, identificar la aparente causa política de esta reforma legal. Es mucho más interesante destacar su sentido, su proyección objetiva sobre el entendimiento y «trato» de la *constitucionalidad* de la ley cuya eventual impugnación sería objeto de la conciliación previa. Y aquí hay que hacer una observación de algún relieve. Cuando existe un límite temporal para el recurso, los contactos y conversaciones entre sujetos políticos *no pueden* versar ya sólo sobre la cuestión de si la acción se ejerce o no; o, mejor dicho, versarán sobre ello, pero como algo que no puede dejar de estar condicionado por el acuerdo que se persiga, y quizá alcance, en orden a la interpretación, en el caso, de la ley y de la Constitución o, más precisamente, acerca de la compatibilidad entre una y otra. El recurso de inconstitucionalidad no está, como sabemos, indefinidamente disponible, de modo que si se duda, en un principio, de la validez de la ley y se decide, tras negociar, no impugnarla esta decisión irreversible sólo puede *verse* como expresiva de la consecución por los negociadores de lo que no cabe sino llamar un *acuerdo interpretativo* (o incluso «varios», si hubiera sido la ley estatal la que motivó una diversidad de negociaciones; la hipótesis se comenta por sí sola). Un acuerdo, sin embargo, carente de publicidad.

Ésta es, pues, la paradoja: si hay sujeción a plazo del recurso, el favorecimiento de la negociación requiere formalización legal y su posible «éxito» (esto es, la evitación de la impugnación) no podrá entenderse sino como señal de un acuerdo interpretativo. Pero un pacto de este género plantearía, en democracia constitucional, exigencias de publicidad que, sin embargo, parecen inconciliables con la idea y con la práctica de cualquier negociación imaginable. El círculo se cierra, creo, sobre la Ley Orgánica 1/2000, que parece haber perseguido, a la vez, dos fines antinómicos: mantener, aun prorrogado, el plazo para recurrir y dar forma a una negociación política sobre la impugnación de la ley. En rigor, repito, sobre su constitucionalidad.

4

En democracia constitucional, la norma fundamental (los preceptos y principios que la integran) *constituye* a la propia comunidad a través de un proceso ininterrumpidamente abierto de diálogo del que son parte importante —pero parte sólo— los tribunales de justicia. Condiciones de ese diálogo son su apertura indefinida, su publicidad y el reconocimiento recíproco —igualitario— de los interlocutores; tantos cuantos quieran incorporarse a un intercambio razonable de criterios sobre «lo constitucional» que no tiene más que estos dos límites: aceptación de la inescindible unidad de la Constitución y aproximación

consecuente (no instrumentalista) a su lenguaje. Este diálogo constitucional ha de alcanzar su apertura máxima, en términos de publicidad y de participación, cuando se proyecte sobre la ley, esto es, cuando se haga cuestión de su constitucionalidad. La conformidad a la Constitución de las determinaciones del legislador afecta a todos y es, por tanto, responsabilidad de todos: del propio autor de la ley, en primer lugar, que debe tener presente la Constitución en el curso del procedimiento legislativo y practicar, por tanto, lo que no es sino autocontrol preventivo de constitucionalidad; también de todos los sujetos activos en el debate político, a quienes corresponde mantener viva y vigilante la opinión pública constitucional; y, en fin, de quienes pueden recurrir o no la ley ante la jurisdicción competente, sólo ella, para decidir con firmeza, y también para todos, sobre su posible contradicción con la norma fundamental. Diálogo constitucional y «negociación» constitucional no son, sin embargo, la misma cosa. Difieren por su objeto y ámbito, así como por sus métodos: el primero aspira a la captación del sentido de la norma mediante el intercambio público de argumentos que tienen en la razonabilidad su canon y su arquetipo, si así cabe hablar, en el razonamiento judicial; por eso John Rawls ha afirmado el carácter «ejemplar» para la razón pública de la argumentación judicial. La segunda —legítima en su espacio propio— significa tratar sobre la realización o no de una acción posible mediante argumentos de oportunidad cuya eficacia dependerá, a menudo, de la penumbra transaccional (la transacción, bien definida por el artículo 1809 de nuestro Código Civil, «es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»). En punto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, no veo otro espacio legítimo para la «negociación», así acotada, que el que pudiera abrirse para tratar sobre la oportunidad de recurrir ya, o no todavía, contra la misma. No es consistente con lo que resulta de esencia a la democracia constitucional una hipotética negociación sobre la conformidad o disconformidad de la ley a la norma fundamental. Cuando de ello dependen cuestiones prácticas y relevantes para la comunidad, la Constitución no se interpreta a puerta cerrada.

Resulta inevitable, si lo anterior se acepta, abrigar alguna seria preocupación ante lo que depare el trámite de conciliación articulado por la Ley Orgánica 1/2000 (apartados 2 y 3 del art. 33 LOTC), un expediente que quizá se haya querido inspirar —y, si es así, sin fundamento alguno— en lo establecido por el artículo 69 del Estatuto de la Comunidad Foral de Navarra: los representantes de las administraciones estatal y foral que intentan solventar sus discrepancias en la Junta de Cooperación negocian, en efecto, no sobre leyes ni, en especial, sobre cuál sea el espacio de autodeterminación de la ley bajo la Constitución, sino sobre actos o disposiciones de la respectiva Administración;

no se sitúan pues, ante la Constitución, en el lugar del legislador. Aquí la cuestión es muy distinta. Por la sujeción a plazo de nuestro recurso abstracto, la «negociación» que ahora propicia la nueva norma no puede ser entendida, según apunté, sino como encaminada a alcanzar un acuerdo interpretativo sobre la constitucionalidad de la ley (es decir, sobre la interpretación de la ley, de la Constitución o de ambas) y así lo deja del todo claro el precepto al apoderar a la Comisión Bilateral de Cooperación para «instar, en su caso, la modificación del texto normativo» [art. 33.2.b)]; y es por demás obvio que si no se da tal «caso», pero tampoco se recurre, habrá de ser porque se haya alcanzado un entendimiento entre «administraciones» sobre el modo de interpretar y de aplicar una disposición de ley cuya dudosa constitucionalidad dio lugar no sólo a la convocatoria de la Comisión Bilateral, sino quizá también, con trascendencia muy superior, a discusiones y tomas de posición en una opinión pública que acaso llegará a conocer un día el desenlace, pero no los argumentos, de la negociación. Cualquiera puede advertir la gravedad de que la suerte de la ley (su interpretación constitucional, sus criterios de aplicación, incluso el impulso para su reforma) se haya querido dejar en manos de una cooperación entre administraciones que es muchas veces necesaria y siempre legítima para el ejercicio de las respectivas competencias, pero que nada tiene que ver con la definición o redefinición en común del propio marco normativo, constitucional y legal, de tales competencias (así, por ejemplo, veo que lo ha argumentado Rodríguez de Santiago, con buenas razones, para el caso, distinto, de los Convenios entre Administraciones Públicas que tengan por objeto una pretendida, y desde luego imposible, «delimitación» paccionada de las respectivas competencias). Lo que señalo no quedaría desde luego paliado porque se relativice, como es obligado, la «eficacia jurídica» del acuerdo alcanzado para interpretar la ley o, incluso, para sugerir su reforma. Sería penoso tener que argumentar que los acuerdos de los funcionarios no vinculan ni a parlamentos ni a jueces. Pero la cuestión no es de eficacia o ineficacia jurídicas, sino de cultura constitucional y en este plano no tengo la menor duda del valor de lo que se perdería con el «éxito» de la negociación. Perderíamos publicidad en la interpretación de la Constitución y de la ley (una deliberación no es pública tan sólo porque lo sean sus agentes) y, muy probablemente, también responsabilidad constitucional de los parlamentos en su elaboración (la responsabilidad nace de la conciencia del riesgo y aquí el del eventual recurso disminuye en la medida misma en que se aliente la confianza en el buen fin de la negociación). Todo ello con independencia de la valoración jurídico-constitucional estricta que pueda merecer un acuerdo administrativo, no importa si negociado o no, que tenga por *objeto* la interpretación de la constitucionalidad de la ley; gobernar y administrar es siempre, aunque no sólo, interpretar la legalidad; pero ello nada tiene que ver,

como es evidente, con que la ley misma, y su conformidad a la Constitución, se conviertan en objeto de la decisión gubernativa. Aunque no es de este momento esa valoración.

En fin. Convocada una Comisión Bilateral de Cooperación ante la duda de constitucionalidad sobre determinada ley, puede ser, según acabo de recordar, que la negociación lleve al acuerdo de «instar (...) la modificación del texto normativo». A esto se le llamará un «éxito». Pero será legítimo entonces preguntarse por la situación y aplicabilidad de la ley que queda así, menesterosamente, a la espera de su eventual reforma y acaso en una atípica suspensión. No sé si está implícita aquí la restauración del viejo veto del príncipe, cooperativamente opuesto por los ejecutivos, a la ley parlamentaria. Permítaseme acabar con esta duda.

* * *

(La cita de PETER HÄBERLE procede de «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales», publicado originariamente en 1975 y recogido hoy en la versión castellana de su obra *Retos actuales del Estado constitucional*, ed. de I. Lasagabaster y traducción de X. Arzoz, Oñate, 1996; el pasaje que cito en el texto aparece en la pág. 37 de esta edición. El debate norteamericano en el que se sitúa la doctrina de la *Coordinate construction* ha generado una literatura ingente; de interés especial las consideraciones de MICHAEL J. PERRY en *What is «The Constitution»? (and other Fundamental Questions)*, págs. 118 y sigs., recogido en *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, ed. de Larry Alexander; Cambridge, 1998. Con la máxima «el Derecho constitucional no es un monopolio de la judicatura» se abre la obra de LOUIS FISHER: *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, New Jersey, 1988, pág. 3. En esa obra y lugar cita y comenta Fisher, además, la opinión de Bickel a la que también me refiero, según tal glosa, opinión que procede de *The Least Dangerous Branch*, 1962. La alusión a GIOVANNI SARTORI remite, sobre todo, a *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, 1994; de especial interés las consideraciones de las páginas 211-218. La referencia a José M.º RODRÍGUEZ DE SANTIAGO es a su obra *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, págs. 264 y sigs. La mención a J. RAWLS, por último, es a su *Political liberalism*, págs. 231 y sigs. y, en especial, pág. 236, Nueva York, 1993; son de interés las consideraciones al respecto de NORBERT BIIBENY en *El protocolo socrático del liberalismo político*, Madrid, 1999, en general y, en especial, pág. 64, donde el autor se refiere a este mismo aspecto de la reflexión de Rawls.)

