

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

La acción de inconstitucionalidad

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES, Núm. 191

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

LA ACCIÓN
DE
INCONSTITUCIONALIDAD



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2000

Primera edición: 1998
Primera reimpresión: 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, México, D. F., C. P. 04510

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-6784-8

*A mi tío Mariano, cuyo recuerdo
y ejemplo permanecen*

ÍNDICE

Prólogo	9
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO	
Abreviaturas	13

Capítulo primero

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO NUEVA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE: HACIA LA CONVERSIÓN DE LA SUPREMA CORTE EN UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. La reforma “judicial” de 1994 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.....	15
II. La naturaleza de la Suprema Corte de Justicia y su pretendida conversión en un auténtico tribunal constitucional	22
1. La proximidad funcional de la Suprema Corte a los tribunales constitucionales	22
2. Su pretendida naturaleza de tribunal constitucional	24
A. Un contexto institucional y jurídico peculiar	25
B. Estatuto constitucional	26
C. Monopolio de lo contencioso-constitucional.....	30
D. Una designación de jueces no magistrados por autoridades políticas	31
E. Una verdadera jurisdicción.....	35
F. Una jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional ordinario	35

Capítulo segundo

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

I. El control judicial de la constitucionalidad en general	51
II. El sistema mexicano de control judicial de la constitucionalidad. Esbozo	55
III. Origen de la acción de inconstitucionalidad y análisis global de su expansión en el ámbito comparado.	59
1. Algunos antecedentes: Venezuela, Colombia. El caso checoslovaco.	59
2. La Constitución austriaca de 1920 y la concepción kelseniana del tribunal constitucional. Expansión y evolución del modelo.	62
IV. Una precisión terminológica: ¿acción o recurso de inconstitucionalidad?	73
V. El control a través de la acción de inconstitucionalidad como control abstracto	79
1. Control abstracto y control concreto.	79
2. Control abstracto y legitimación restringida a ciertos órganos políticos	81
3. La elevada politicidad del control abstracto.	83
VI. La articulación de la acción de inconstitucionalidad y los restantes mecanismos procesales de control de la constitucionalidad	92
1. Acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.	92
2. Acción de inconstitucionalidad y amparo.	94

VII. El control de la constitucionalidad en los Estados federales. .	97
--	----

Capítulo tercero

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. Legitimación activa.	101
1. La legitimación activa en el derecho comparado	101
A. La legitimación territorial: el caso italiano.	102
B. La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán	103
C. La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español	104
D. La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hun- gría	106
2. La legitimación activa en el ordenamiento constitucional mexicano	110
A. Fracciones de órganos legislativos	111
B. Procurador general de la República.	119
C. Los partidos políticos	130
II. Objeto de la acción de inconstitucionalidad.	135
1. Generalidades	135
2. Las leyes, con especial referencia a las electorales.	139
3. Tratados internacionales.	147
4. Las reformas constitucionales	157
A. La posibilidad de su control (formal) de constitucio- nalidad.	157
B. La posibilidad de su control material de constituciona- lidad	162

Capítulo cuarto

LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

I. Algunas observaciones	167
1. El riesgo de sustitución de la Constitución como parámetro objetivo de control por los libres criterios del órgano de la constitucionalidad como parámetro subjetivo.	171
2. La función legitimadora de la argumentación en la justicia constitucional	184
3. La plena compatibilidad del método jurídico con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos.	190
4. La posición preferencial (<i>preferred position</i>) de los derechos fundamentales en la función de control constitucional.	197

Capítulo quinto

EL PROCESO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. Etapas procedimentales.	203
1. Demanda. Especial referencia al plazo de interposición.	203
2. Incoación del proceso, alegatos y pruebas.	209
3. Acumulación y conexidad	211
4. Incidentes.	212
5. Recurso frente a las resoluciones de improcedencia o sobreseimiento	213
II. Efectos de la admisión de la acción	213
III. La sentencia sobre el fondo.	217
1. Quórum y mayoría exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley.	217

2. Contenido formal de la sentencia. Publicación	224
3. Efectos de la sentencia: sentencias estimatorias y desestimatorias. El valor de la cosa juzgada.	225
4. El desarrollo por las jurisdicciones constitucionales de una rica variedad tipológica de sentencias. Especial referencia a las sentencias interpretativas y a las sentencias de inconstitucionalidad parcial.	233
A. El principio de interpretación conforme a la Constitución y las denominadas sentencias (desestimatorias) interpretativas: su derivación lógica de la presunción de constitucionalidad de las leyes	234
B. Las sentencias de inconstitucionalidad parcial	238
5. La ejecución de la sentencia	239
IV. La terminación anormal del proceso	241
Conclusiones	245
Bibliografía específica sobre la acción de inconstitucionalidad. .	255
Otra bibliografía utilizada en este trabajo de investigación	260

La acción de inconstitucionalidad, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 29 de junio de 2000 en los talleres de J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel cultural 70 x 95 de 50 kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

NOTA A LA REIMPRESIÓN

Como es de bien nacidos ser agradecidos, esta reimpresión me brinda una ocasión propicia para mostrar mi gratitud a los lectores por la acogida que el libro, no sin cierta sorpresa por mi parte, ha tenido en su primera edición. Quiero también aprovechar esta oportunidad para hacer constar mi agradecimiento al doctor José Luis Soberanes, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas cuando yo realicé en dicho Instituto una estancia de investigación por varios meses y durante la cual senté las bases del trabajo de investigación que, a la postre, se plasmaría en este libro. Recordaré siempre no sólo los excepcionales fondos bibliográficos y hemerográficos del Instituto, sino también las condiciones inigualables para el trabajo académico y la investigación de dicho centro, así como la hospitalidad de que hicieron gala sus integrantes y que me permitió hacer, también, algunos buenos amigos, que mantengo. Asimismo, quiero expresar mi gratitud al actual director del Instituto, doctor Diego Valadés, y al Consejo Editorial por su disposición al hacer esta reimpresión del libro.

También resulta obligado expresar mi agradecimiento al profesor Fix-Zamudio, presidente por aquel entonces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y una de las eminencias mundiales en materia de jurisdicción constitucional. También a él, como al doctor Soberanes, lo conocía con anterioridad a mi estancia en México, por haber sido invitado a la Universidad de Santiago de Compostela por el profesor Fernández Segado en más de una ocasión. Considero un gran privilegio haber trabajado bajo su dirección durante mi estancia en el Instituto y ello tanto por su inteligencia fuera de lo común y enciclopédico saber, como también por su sencillez y trato afable.

Se mantiene, naturalmente, en esta reimpresión, la dedicatoria a mi tío Mariano Camazano Vérez. Él fue para mí un ejemplo, entre otras muchas cosas de que no procede aquí hacerme eco, de entrega al trabajo y de esfuerzo por dar siempre lo mejor de uno mismo en ese trabajo, y

también en este sentido tengo, y tendré siempre, presente su recuerdo, como un modelo a imitar, pues esa faceta de los seres humanos no puede arrebatárnosla ni siquiera la muerte.

También un modelo en cuanto a laboriosidad y rigor científico y ejemplo de perseverancia, pero ya en el concreto ámbito del derecho constitucional, ha sido para mí el profesor Fernández Segado. A él, como director de la tesina que recoge este libro, se deben fundamentalmente los méritos que en éste puedan encontrarse, mientras que, y no es en absoluto una frase hecha, las lacras y desatinos sólo al autor son imputables, para comentar los cuales, o cualesquiera otras cuestiones, por cierto; quedo totalmente abierto al lector por medio del correo electrónico: jbrage@usc.es y joaquinbrage@hotmail.com.

Por último, pero no por ello menos sino más bien todo lo contrario, quiero mostrar aquí mi agradecimiento, por lo demás totalmente innecesario, a mis padres, a quienes debo todo, sin más, pero en particular su aliento, sus esfuerzos y sacrificios para que yo pueda desarrollar mi vocación por la docencia e investigación universitarias. Y a Cristina, no le digo nada. Ella ya lo sabe.

El Ferrol, a 7 de mayo de 2000

PRÓLOGO

Se encuentra el lector ante una obra de iniciación a la investigación, esto es, ante un trabajo iniciático del autor, pero con ello no queremos en modo alguno desmerecer la investigación que la obra refleja, sino, bien al contrario, poner de relieve el mérito de que una primera labor de investigación, antecediendo incluso a la que ahora ocupa a Joaquín Brage, la realización de la tesis doctoral, haya cuajado en un tan excelente y riguroso trabajo como el que acogen las páginas que siguen.

El autor es, sin ningún género de dudas, una de las personas con una más decidida vocación universitaria que en mi ya dilatada experiencia académica he encontrado. Valga con recordar al respecto que ya al término del primer año de la licenciatura me manifestó su firme decisión de dedicarse, una vez finalizara su carrera, a las tareas docentes e investigadoras en el ámbito de la disciplina del derecho constitucional. Y pasados los años la realidad muestra el carácter inquebrantable de esa decisión, que en ningún momento se ha alterado, pese a las dificultades que la carrera universitaria presenta hoy en España de modo general, y a los muy diversos obstáculos más puntuales que, en ocasiones, la burocracia universitaria sitúa delante de quienes tienen verdadera vocación docente e investigadora, como es el caso de Joaquín Brage.

Y me parece justo significar que el autor comparte con quien esto suscribe una profunda inquietud científica por Latinoamérica. Y en este contexto anímico e intelectual se comprende la realización de este notable trabajo de investigación.

Es obligado, asimismo, significar que este libro no habría sido posible sin la ayuda generosa y desinteresada prestada, como en tantas otras ocasiones, por el doctor José Luis Soberanes Fernández, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que propició la concesión de una beca completa al autor para que durante cuatro meses pudiera trabajar en los valiosos fondos bibliográficos de la sede del Instituto, de manejo inexcusable para quien desee estudiar en profundidad el derecho constitucional de América Latina. Es de estricta justicia, de igual forma,

poner de relieve la valiosísima ayuda prestada en todo momento al autor por el maestro Héctor Fix-Zamudio, conocedor como pocos de los institutos procesales constitucionales.

La estancia de Joaquín Brage en México posibilitó el acopio de material necesario para la pertinente reflexión previa a la redacción de estas páginas, llevada a cabo en la Universidad compostelana. El trabajo que ahora se publica constituiría el tema defendido por el autor como tesina de licenciatura, que obtuvo la máxima calificación.

Sirvan estas reflexiones para ubicar y valorar en su justo término la investigación que sigue. Aborda el autor, con una perspectiva muy ambiciosa, el análisis de un instituto procesal constitucionalizado en México en 1994: la acción de inconstitucionalidad, instituto cuyo estudio revela los profundísimos cambios en la concepción del control de la constitucionalidad de las normas que han arraigado en México, y que han supuesto, como bien destaca el autor, que hoy la Suprema Corte de Justicia de México se halle más cerca de ser un Tribunal Constitucional que de ser lo que su *nomen iuris* parece continuar indicando: un tribunal de naturaleza casacional.

El radical cambio de perspectiva que late, en lo que al control de la constitucionalidad atañe, en la reforma de 1994, se ha de ubicar en la búsqueda, común a buena parte de Latinoamérica, de nuevos mecanismos dinamizadores del sistema de control de la constitucionalidad, sistema que, como significara Cappelletti, se halla lastrado, entre otras causas, por el hecho de que decisiones que declaran la inconstitucionalidad sólo tienen, en muchos países, efectos *in casu* e *inter partes*. Y como a su vez ha puesto de relieve Fix-Zamudio, si bien el sistema de la desaplicación fue importante en un momento histórico de la evolución político-constitucional de los países latinoamericanos, debe implantarse, así sea paulatinamente, la declaración general de inconstitucionalidad que, desde luego, ya existe en algunos ordenamientos.

Junto a la declaración general de inconstitucionalidad se ha de situar, a modo de peldaño inmediato con vistas a alcanzar un más pleno desarrollo de la justicia constitucional en estos países, la creación de verdaderos tribunales constitucionales, que además de concentrar el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad, puedan aplicar en la forma adecuada los delicados y complejos instrumentos de interpretación constitucional, la cual, si bien participa de los elementos propios de toda

hermenéutica jurídica, posee caracteres peculiares, derivados de los contenidos específicos de las disposiciones fundamentales que, como precisa con excelente criterio Fix-Zamudio, requieren para su comprensión de una particular sensibilidad sobre los valores supremos consagrados en la *lex superior*.

Es en este marco de inquietudes donde ha de ubicarse, como bien hace el autor, la acción de inconstitucionalidad mexicana que supone un positivo, aunque no exento de algunas disfuncionalidades, intento de aproximación a esas nuevas fórmulas de que se reviste el control de la constitucionalidad.

Sigue el autor en su estudio una sistemática muy clásica. Toma como punto de partida el significado de la reforma constitucional, para, a renglón seguido, centrarse en la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia tras la reforma, desglosando los rasgos más significativos de esta peculiar jurisdicción. Tras ello, se aborda el núcleo central del trabajo: el instituto de la acción de inconstitucionalidad.

No se ha circunscrito el autor a un estudio particularizado del modelo mexicano, sino que, por el contrario, ha tratado de ubicar el mismo en el amplio marco del derecho comparado, europeo y latinoamericano, y todo ello con el respaldo de un amplísimo y bien seleccionado aparato bibliográfico que revela la soltura con que el autor, pese a su gran juventud, se mueve en esta temática, bien compleja ciertamente, de la jurisdicción constitucional.

Pero es que, por otra parte, la obra no es un catálogo más o menos erudito de opiniones doctrinales, sino que Joaquín Brage, con notable claridad de ideas, se pronuncia críticamente frente a todos aquellos aspectos de la ordenación del instituto (y son bastantes) que él, normalmente con ponderada razón (a mi juicio al menos), considera disfuncionales respecto a la finalidad última que parece perseguir la reforma, bien que, en ocasiones, no deje de dar la impresión de que la reforma chocó con obstáculos casi insalvables con vistas a convertirla en realmente operativa y coherente con el fin perseguido por ella.

Cuanto se ha expuesto no hace sino corroborar la reflexión con la que abríamos este prólogo: si la calidad del trabajo que se ofrece al lector nos parece objetivamente incontestable, el mérito de esta investigación se refuerza si se atiende a la circunstancia subjetiva que comenzábamos poniendo de relieve.

No quiero finalizar sin agradecer al autor su petición de que prologara la obra, lo que hago con sumo placer, y sin mostrar de igual forma mi reconocimiento al doctor José Luis Soberanes Fernández, que desde el primer momento de la terminación del trabajo auspició decididamente su publicación en el prestigiosísimo Fondo Editorial de la UNAM.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

Santiago de Compostela, 15 de diciembre de 1997

ABREVIATURAS

BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.
COFIPE	Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
FJ	Fundamento jurídico.
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
LOPJ	Ley (española) Orgánica del Poder Judicial.
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
LOTSC	Ley (española) Orgánica del Tribunal Constitucional.
LR105	Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.
PAN	Partido de Acción Nacional.
PRD	Partido de la Revolución Democrática.
PRI	Partido Revolucionario Institucional.
PT	Partido del Trabajo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español.

Capítulo primero

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO NUEVA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE: HACIA LA CONVERSIÓN DE LA SUPREMA CORTE EN UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. La reforma “judicial” de 1994 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.	15
II. La naturaleza de la Suprema Corte de Justicia y su pretendida conversión en un auténtico tribunal constitucional	22
1. La proximidad funcional de la Suprema Corte a los tribunales constitucionales	22
2. Su pretendida naturaleza de tribunal constitucional	24
A. Un contexto institucional y jurídico peculiar	25
B. Estatuto constitucional	26
C. Monopolio de lo contencioso-constitucional.	30
D. Una designación de jueces no magistrados por autoridades políticas	31
E. Una verdadera jurisdicción	35
F. Una jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional ordinario	35

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO NUEVA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE: HACIA LA CONVERSIÓN DE LA SUPREMA CORTE EN UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. LA REFORMA “JUDICIAL” DE 1994 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994, iniciada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, tuvo, como es sabido, un marcado y confesado carácter “judicial”.¹ Tal reforma constituyó una de las más importantes “promesas electorales” del candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI) a la Presidencia de la República en las elecciones de 1994 y se presenta, pues, como un cumplimiento de aquélla, sin perjuicio de su carácter consensuado.

El proceso de reforma se caracterizó por su esmerada discreción, por la “suma reserva”,

a tal punto que en el foro mexicano —y en el espacio mismo de la opinión pública— fueron muy escasamente conocidos, o de plano desconocidos, los aspectos más interesantes de ese proceso. No se dio noticia bastante acerca de los temas de la reforma, con el detalle necesario para la emisión de opiniones útiles.² Tampoco se plantearon abiertamente las alternativas

¹ Sobre la historia del Poder Judicial en México, entre una literatura relativamente abundante, puede consultarse con provecho el valioso ensayo de Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (Notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992 y, ya para este siglo, el capítulo III (“Reflexiones con motivo del sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia”) de la conocida obra de Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, especialmente pp. 121 y ss. Y, por último, más recientemente, Flores Medina, Rubén Jaime, “Estado democrático de derecho y reforma del Poder Judicial”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Universidad de Guadalajara, año 5, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 77 y ss.

² Aunque en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de las Cámaras de Diputados y de Senadores se decía que se habían recibido propuestas de juristas,

consideradas, examinadas y adoptadas, con señalamiento sobre las ventajas y desventajas, los fundamentos y las perspectivas de cada una. Quedaron en reserva los sucesivos pasos —antecedentes, modificaciones, precisiones— que naturalmente aparecen en un proceso de este género. No se conoció a los autores del anteproyecto, aunque existió, a la postre, la posibilidad de reconocerlos al advertir quiénes se hallaban mejor enterados de la reforma judicial propuesta y la defendían con más vehemencia y mayor conocimiento de ella.³

Es por ello enteramente justificada la opinión sostenida por el diputado perredista señor González Luna Mendoza, durante los debates, en el sentido de que

la iniciativa que nos ocupa corresponde a una materia vasta y compleja de una excepcional trascendencia para México por la hondura de sus implicaciones en la vida cotidiana de sus pobladores; por ello, una reforma sobre estos temas debió contar con los tiempos parlamentarios que permitieran un proceso legislativo verdaderamente responsable, en permanente contacto con la opinión pública y los especialistas sobre la materia.⁴

Es digno de reseñar, asimismo, que durante la campaña política que precedió a las elecciones presidenciales de 1994 hubo un fuerte movimiento político y social en favor de la introducción del referéndum para la ratificación popular de cualquier reforma constitucional. Cuestión ésta, entre otras, sobre la que hubo acuerdo de todos los partidos políticos, que se plasmó en el documento *Veinte puntos por la democracia*. Por

litigantes, académicos, etcétera, el diputado perredista señor Jesús Zambrano juzgó tal afirmación como un conjunto de “falacias”, además de señalar que la mayor parte de las personas realmente consultadas estimaban que la reforma era insuficiente, concluyendo: “esta reforma que modifica casi el 25% de los artículos que componen nuestra Carta Magna, es decir, 26 de 136, y que significan 127 adiciones y cambios al texto vigente de la Constitución, ameritaban, a nuestro juicio, junto con otras que quizá había que discutir, ampliar el debate más allá de esta Cámara de Diputados, pero ampliarlo en verdad, ampliarlo en serio”. *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, sesión del 21 de diciembre de 1994, p. 2303. Las citas que hago de los debates las tomo del artículo de José Barragán Barragán dedicado precisamente a su análisis: “La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana”, (parte final) *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Universidad de Guadalajara, año 5, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995.

³ García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)”, artículo perteneciente a un libro en prensa (*Poder Judicial y Ministerio Público*, México, UNAM, 1997). Una opinión no exactamente coincidente puede verse en Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1996, p. 411.

⁴ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, sesión del 21 de diciembre de 1994, p. 2281.

contraste, y aunque no resulte del todo sorprendente, la inmediata reforma constitucional de diciembre de 1994, al igual que las reformas que la siguieron, no se sometió a consulta popular de ningún tipo. Desde una perspectiva política o *de lege ferenda*, ello podrá suscitar ciertas críticas, en modo alguno carentes de fundamento. Lo que es de todo punto indiscutible es que, desde la estricta perspectiva jurídico-constitucional, la ausencia de un referéndum sobre las últimas reformas constitucionales no plantea problema alguno.⁵

Por otra parte, es justo reconocer que, pese a que el partido mayoritario —y en el gobierno desde hace siete décadas—, el PRI, podía haber aprobado una reforma constitucional sin el apoyo de ningún otro partido, no fue éste el camino seguido, sino que la reforma se va a aprobar con el consenso de la segunda fuerza política por su representación: el PAN⁶ (de tendencia derechista), aunque con la oposición frontal del PRD y el PT, de tendencia izquierdista, oposición que se plasmó claramente en los debates parlamentarios.

Entrando ya en el contenido de la reforma, puede ésta reconducirse a siete puntos fundamentales, de los que sólo uno —tendente a la profesionalización policial y a atajar la corrupción, por un lado, y a la coordinación policial entre la Federación, los Estados y los municipios, por otro— no viene referido, de una u otra forma, al Poder Judicial. A esos otros seis puntos, o si se prefiere, al “contenido judicial” de la reforma, su núcleo central, nos referimos a continuación de una manera esquemática.

1) *El Poder Judicial de la Federación*. Se dota a la Suprema Corte de Justicia de una nueva estructura y composición en congruencia con las nuevas competencias que se le asignan, de forma tal que pasa a quedar integrada por once ministros, frente a los veintiséis que la conformaban con anterioridad, lo que supone una vuelta al número que preveía originalmente la Constitución de 1917.

Se modifica, asimismo, el procedimiento para el nombramiento de los ministros, que son propuestos al Senado por el presidente de la República,

⁵ También se ha planteado en la doctrina la constitucionalidad de la iniciativa presidencial de reforma constitucional y la consiguiente validez de las reformas así iniciadas. En esa línea, Flores Medina, Rubén Jaime, “Estado democrático de derecho...”, *cit.*, pp. 70 y ss.

⁶ En palabras de uno de sus portavoces: “Acción Nacional no puede votar en contra de una iniciativa que abriga la esperanza de la recuperación de la justicia en México [...], si queréis, hacemos votos porque esa esperanza no sea tan solo intención, ya que de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno, sino que esa intención se traduzca en hechos reales y verdaderos”, *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 21 de diciembre de 1994, p. 2292.

en una terna para cada vacante a cubrir. El Senado elige un candidato de cada terna, requiriéndose el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de dicha Cámara para que sea efectiva la designación.

Y, por otra parte, se establecen una serie de incompatibilidades con cargos políticos, si bien sólo por un periodo de seis meses inmediatamente anteriores a la designación, y se exige que los candidatos cumplan una serie de requisitos, el más riguroso de los cuales viene referido a la necesidad de poseer el día de la designación título profesional de licenciado en derecho con antigüedad mínima de diez años. La duración del periodo de ejercicio del cargo de ministro queda fijada en quince años, siendo su renovación escalonada.

Se libera, en fin, a la Suprema Corte de las competencias administrativas que anteriormente tenía, que se atribuyen ahora al Consejo de la Judicatura Federal, organismo propugnado en México por el profesor Fix-Zamudio desde hace tres décadas.⁷ Tal y como queda estructurado, se integra por siete miembros, irreelegibles y con un mandato de cinco años. De ellos, uno será el presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo y los restantes serán: dos, elegidos por el Senado; uno, por el presidente de la República; y los tres restantes serán magistrados de diferentes categorías elegidos por insaculación. Tendrá como función genérica la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte, quedando facultado para emitir acuerdos de carácter general, y correspondiéndole también formular el Proyecto de egresos del Poder Judicial.⁸

Y, por último, se reconoce expresamente la carrera judicial, que habrá de regirse por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalidad e independencia. Se trata con ello de mejorar la administración de justicia, mediante su profesionalización, así como de lograr una mayor garantía de independencia de los jueces y tribunales, tanto interna, frente a los órganos judiciales superiores, como externa, frente a los demás poderes del Estado. Se explica, así, que entre las atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal se encuentre la relativa al nombramiento, adscripción, promoción y remoción de jueces y magistrados, debiendo velar para que los principios rectores en esta materia no sean

⁷ Fix-Zamudio, Héctor, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 65, t. XVII, 1967, pp. 119 y ss.

⁸ Sobre sus atribuciones, puede verse el artículo 81 LOPJF, que, en desarrollo de la Constitución, enumera hasta cuarenta y seis.

otros que los ya mencionados de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalidad e independencia.

2) *Las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales*. Nada diremos ahora respecto de las primeras, que constituyen el objeto central de este trabajo. Y en cuanto a las segundas, debe decirse que son un instrumento procesal por medio del cual se tratan de resolver conflictos entre órganos constitucionales o entre distintos niveles de gobierno. Lo cierto es que este tipo de conflictos no se producían con frecuencia digna de mención en México hasta bien recientemente, por tratarse de “un sistema político autoritario y cerrado, dominado por un partido casi único, incluyente y organizado de manera corporativa”, en el que bastaban “los mecanismos políticos ‘internos’ de negociación o autoridad”.⁹ La situación, sin embargo, va cambiando progresivamente a medida que se extiende y fortalece el pluralismo político, que genera conflictos entre órganos y niveles de gobierno dominados por distintos partidos políticos. Ello, junto a otros factores, propició la reforma de la regulación que la Constitución ya hacía con anterioridad de las controversias constitucionales, que queda ahora en los siguientes términos:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la Ley Reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a materia electoral, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

⁹ Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, en el colectivo *La reforma constitucional en México y Argentina*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 19, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/ Corte de Constitucionalidad de Guatemala/ Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1996, p. 49.

- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

3) *El Juicio de amparo* se reforma con la finalidad de facilitar el *cumplimiento o ejecución de las sentencias*, si bien se prevé también la posibilidad de su cumplimiento sustitutivo, para aquellos casos en que la naturaleza del acto reclamado lo permita y su ejecución afecte grave y negativamente a la sociedad, o a terceros, en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Se introduce, por último, la figura de la caducidad en aquellos procedimientos tendentes a lograr el cumplimiento de las sentencias de amparo, por entender que la falta de interés del quejoso puede generar, de otro modo, inseguridad jurídica.

4) *La solución de conflictos laborales en el Poder Judicial de la Federación*. Corresponde su conocimiento y resolución a la Suprema Corte, cuando se hayan suscitado entre ella y sus funcionarios y empleados; y al Consejo de la Judicatura Federal, cuando tales conflictos laborales se hayan promovido por funcionarios o empleados de los demás tribunales federales. Se pretende, así, fortalecer la independencia de la Suprema Corte, liberándola al mismo tiempo de la pesada carga del grueso de los conflictos laborales, que ahora corresponderá al Consejo.

5) *El Ministerio Público* se ve afectado por la reforma en una doble dimensión:

a) Por una parte, se tratan de arbitrar mecanismos para evitar que la negligencia, el error o la corrupción, a través del “no ejercicio” por el Ministerio Público de la acción penal, derive en la impunidad de los delitos, en aquellos supuestos en que puedan darse elementos suficientes

para determinar la existencia de un delito y la responsabilidad de una persona. Se establece así que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

b) Por otra parte, el procurador general de la República queda conformado como representante de los intereses de la Federación en las materias de juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. Su nombramiento corresponde al presidente de la República con la ratificación del Senado, si bien su remoción es “libre” para el presidente, en unos términos a los que más adelante nos referiremos.

6) *Poderes Judiciales de los estados y del Distrito Federal.* Conforme a la simetría que éstos guardan respecto del Poder Judicial de la Federación, se ofrece la posibilidad de que las entidades federativas adopten la figura de los consejos de la judicatura, sentándose así las bases institucionales para el establecimiento y desarrollo de la carrera judicial y promoviendo la separación funcional y orgánica de las atribuciones jurisdiccionales y administrativas. Se deroga el anterior esquema rígido de nombramiento para los jueces de los estados, posibilitándose así que cada estado adopte el esquema de organización judicial que estime más conveniente para ampliar los principios de la carrera judicial a que ya se ha hecho referencia.

Una vez aprobada esta reforma constitucional cuyas líneas maestras acaban de exponerse, se hacía necesario el desarrollo por ley de estas nuevas pautas constitucionales en materia judicial y en particular, por lo que aquí interesa, de las reformas introducidas en el artículo 105 constitucional. Hubo, en esa línea, dos iniciativas para el desarrollo legislativo de las nuevas prescripciones constitucionales del artículo 105: la que surgió de los senadores del PAN y que se presentó el 29 de marzo de 1995; y la del presidente de la República, de 6 de abril del mismo año. Ambas iniciativas legislativas fueron enviadas, para dictamen, a las Comisiones Unidas de Gobernación, Primera Sección, Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, Tercera Sección, que emitió dicho dictamen, planteando un proyecto integrado, con fecha de 10 de abril de 1995, es decir, cuatro días después de la iniciativa presidencial.

Había, entre ambos proyectos, ciertas diferencias, una de las cuales se refería al objeto mismo de la Ley Reglamentaria, pues mientras el

proyecto panista pretendía que ésta reglamentase no sólo las fracciones I (controversias constitucionales) y II (acciones de inconstitucionalidad) del artículo 105 constitucional, sino también su sección III (atracción de conocimiento), la iniciativa presidencial se limitaba, en cambio, al desarrollo de las dos primeras fracciones. El dictamen, finalmente, optó, a mi juicio con absoluto acierto,¹⁰ por el criterio seguido en la iniciativa presidencial.

Daba comienzo así la tramitación parlamentaria de la que habría de ser, a la postre, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995. Conforme a su primera disposición transitoria, su entrada en vigor se produciría “a los 30 días de su publicación”, sin perjuicio de que las controversias constitucionales y ordinarias pendientes de resolución en ese momento se siguiesen tramitando y resolviendo “en los términos establecidos en las disposiciones aplicables al momento en que se iniciaron” (artículo transitorio segundo).

II. LA NATURALEZA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y SU PRETENDIDA CONVERSIÓN EN UN AUTÉNTICO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *La proximidad funcional de la Suprema Corte a los tribunales constitucionales*

Ya con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la reforma de 1988 había tenido la virtud de suprimir buena parte de las competen-

¹⁰ García Ramírez (“Constitucionalidad de leyes y actos de autoridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva Serie, año XXVIII, núm. 84, septiembre-diciembre, 1995, p. 4) discrepa de tal criterio de técnica legislativa y, aunque considera que se trata de una “cuestión secundaria”, señala que “para el buen manejo de la legislación, en su conjunto, hubiera sido aconsejable que se reunieran en una sola ley —en vez de dispersarse en varias— todos los procedimientos previstos en el artículo 105”. No creo, sin embargo, que haya sido una mala solución; por el contrario, pienso que hay razones de peso para la regulación separada, en cuanto que en las dos primeras fracciones del citado precepto constitucional se regulan procesos constitucionales, mientras que en la tercera se reglamenta una competencia de carácter no constitucional en sí misma. Entre las dos primeras competencias y la tercera media una diferencia “material” de suficiente importancia como para justificar tal regulación separada. Se facilita así el deslinde entre procesos constitucionales y procesos “ordinarios”, entendiendo por tales aquellos en los que no se plantea una cuestión de relevancia constitucional, por más que la delimitación entre “lo constitucional” y “lo legal” no sea, ni pueda ser, siempre exacta, ni tampoco —en ocasiones— funcional.

cias de la Suprema Corte sobre cuestiones “no constitucionales”, lo que llevó ya entonces a un autorizado sector de la doctrina mexicana a sostener que la Suprema Corte —en cuanto que centrada fundamentalmente en la interpretación y aplicación de la Constitución— se había transformado en un tribunal constitucional.¹¹ Esta opinión sólo podía reafirmarse y generalizarse a la vista de la reforma constitucional de 1994, que atribuye a la Suprema Corte el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, competencias ambas, especialmente la segunda —pero no en mucho menor grado la primera en un Estado de tipo federal—, que son características de los tribunales constitucionales.

Y efectivamente así ha ocurrido: la doctrina más autorizada ha entendido, con carácter general, que la Suprema Corte es, pese al nombre, un auténtico tribunal constitucional en cuanto tiene las competencias propias de uno de éstos.¹² Sucede, sin embargo, que, si bien es cierto que la Suprema Corte tiene ahora atribuidas las competencias más características de cualquier tribunal constitucional, no lo es menos que con ello sólo no basta para considerarla un verdadero tribunal constitucional.

Pero antes de analizar si la Suprema Corte mexicana puede ser considerada, en sentido estricto, un tribunal constitucional —lo que puede ser más o menos opinable—, creo que hay que poner de relieve un dato que no se presta a discusión: la existencia en México de un *único* tribunal —cualquiera que sea su denominación— dotado de las más características competencias de un tribunal constitucional (acción de inconstitu-

¹¹ Así, destacadamente, Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte como Tribunal Constitucional”, en el colectivo *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 445 y ss. No obstante, este mismo autor, incluso tras la reforma constitucional de 1994, señala que la misma, aunque se dirige “de manera más clara a la propia Suprema Corte hacia la configuración de un verdadero tribunal constitucional especializado”, lo hace “sin otorgarle su categoría formal”. Me refiero al trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José Ramón, “La jurisdicción constitucional en México”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo (coord.) *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson/Ediciones Jurídicas de Lima/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 261.

¹² Por ejemplo, Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva Serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, p. 808; Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano...*, cit., pp. 416 y ss.; Castro y Castro, Juvenino V., “Ideas generales sobre la Suprema Corte como Tribunal Constitucional”, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM/Senado de la República (LVI Legislatura), 1997, p. 71; Rodríguez Lozano, Amador, “La reforma judicial de 1994: una visión integral”, *La justicia mexicana...*, cit., pp. 50-51; Lozano Gracia, Fernando Antonio, “Hacia la nueva procuración federal de justicia en México”, *La justicia mexicana...*, cit., p. 261.

cionalidad, controversias constitucionales —territoriales e interorgánicas— y amparo de los derechos humanos). Ello supone, por lo pronto, que nos encontramos ante un tribunal que *puede llegar* a desempeñar una función *análoga* a la de un verdadero tribunal constitucional.

Quiere decirse que, incluso si se llegase a la conclusión de que hay elementos que impiden considerar a la Suprema Corte un tribunal constitucional en sentido estricto, ello no servirá para desvirtuar la tesis de que la Suprema Corte resultante de la reforma constitucional de 1994 se aproxima *materialmente* a un tribunal constitucional por cuanto que hay elementos clave de la misma —me refiero no sólo a sus más relevantes competencias, sino también a su organización, a la configuración por norma de rango constitucional, a los mecanismos de designación de los magistrados, o a sus poderes de legislador negativo— que le permiten que *llegue a* desempeñar *funcionalmente* un papel análogo a cualquiera de estos tribunales.

Pienso que nada de esto es hoy cuestionable; y la Suprema Corte de Justicia, contra lo que su nombre parece continuar indicando, se halla hoy más cerca, indiscutiblemente, de ser un tribunal constitucional que una verdadera corte suprema o tribunal de casación. Que lo sea, o no, en sentido estricto, es ya una cuestión más polémica, que trataremos de dilucidar a renglón seguido.

2. *Su pretendida naturaleza de tribunal constitucional*

Aceptada su proximidad funcional con respecto a los tribunales constitucionales, al menos en potencia,¹³ queda por dilucidar si la Suprema Corte de Justicia mexicana es un verdadero, un auténtico tribunal constitucional. Para ello, partiremos del análisis de Favoreu¹⁴ de los elementos caracterizadores de un tribunal constitucional,¹⁵ y veremos en cada caso si ese elemento concurre, o no, en el caso mexicano:

¹³ Que esa proximidad funcional se produzca, y el grado en que lo haga, dependerá de un conjunto de factores socio-económico-políticos, por una parte, y del elemento humano, por otra. Pero ello será así tanto si la Suprema Corte puede considerarse un tribunal constitucional en sentido estricto, como si no lo es.

¹⁴ Favoreu, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1986. Hay edición castellana del libro, con traducción de Vicente Villacampa y prólogo de Marc Carrillo: *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, que seguiremos.

¹⁵ Aunque hoy resulta más bien difícil construir una teoría de la constitución (*Verfassungstheorie*) y lo más que puede aspirarse es a una teoría del derecho constitucional (*Verfassungsrechtslehre*)

A. Un contexto institucional y jurídico peculiar

Subraya Favoreu, en primer lugar, que los tribunales constitucionales en su actual estado están implantados en países dotados de régimen parlamentario o semiparlamentario.¹⁶ Pero ello no puede hoy ser considerado seriamente un requisito para admitir la existencia de un tribunal constitucional, pues ni hay razones teóricas que así lo exijan, ni sobre todo responde a la realidad actual, pues hoy en día existen países con un régimen presidencialista en los que hay verdaderos tribunales constitucionales. Así ocurre, en efecto, justamente en la tierra donde “se encuentran la mayoría de los sistemas presidenciales”,¹⁷ Latinoamérica, donde varios de los países con régimen presidencialista que la forman tienen también un tribunal constitucional (Colombia, Chile, Guatemala o Perú) o, al menos, una Sala de lo constitucional (Costa Rica).

Por otra parte, señala el profesor francés que estos tribunales funcionan en países con pluralidad o, al menos, dualidad de jurisdicciones, lo que se explica porque el sistema de tipo americano no funciona bien más que allí donde hay unidad de jurisdicción, es decir, en los Estados Unidos y en todos los países de *common law*, porque en ellos no hay separación de los contenciosos, y la dimensión constitucional puede estar presente en todos los procesos sin necesitar un tratamiento aparte, y sin riesgo de conducir a divergencias de opinión sobre la constitucionalidad de los textos fundamentales.¹⁸

Este último requisito se cumple también en México, donde no hay unidad de jurisdicción en el sentido indicado, sino que hay una espe-

—entendida como la teoría surgida en torno a una Constitución concreta (“*individuell-konkreten Verfassung*”): Konrad Hesse, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p. 3—, no cabe duda, sin embargo, de que desde un amplio criterio de derecho comparado sí cabe el estudio de los elementos característicos de ciertas instituciones, como sería el caso de los tribunales constitucionales, por más que estén éstos sometidos a una evolución constante y presenten una cada vez más rica variedad tipológica.

¹⁶ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 27.

¹⁷ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, México, FCE, 1996, p. 107.

¹⁸ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 20. Sobre este tema puede verse Spiliotopoulos, E., “Controle diffus et dualité de jurisdiction sont-ils conciliables? Le cas de la Grèce”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, I, 1985, Economica-PUAM, pp. 98 y ss.

cialización de los órganos jurisdiccionales¹⁹ (fiscal, administrativa, laboral, agraria ...), al menos en ciertos niveles de la jurisdicción. Y ello no sólo porque la Suprema Corte siga funcionando en salas —por más que su número se haya reducido incomprensiblemente a dos²⁰ (civil-penal y laboral-administrativo)—, sino sobre todo porque esa separación por materias se contempla también respecto de los jueces de distrito (artículos 50 a 55 LOPJF), así como respecto de los tribunales colegiados de circuito (artículo 38 LOPJF), y los tribunales unitarios de circuito (artículo 31 LOPJF).

Hay que entender también que es preciso que el texto constitucional sea, total o parcialmente, rígido pues ello constituye un presupuesto ineludible para cualquier control de la constitucionalidad de las leyes.²¹ Y así ocurre en México, por más que el texto constitucional haya experimentado ya más de quinientas reformas desde 1917.

B. *Estatuto constitucional*

Habrà de regularse en el propio texto constitucional²²

su organización, funcionamiento y atribuciones, colocándose fuera del alcance de los poderes públicos que el Tribunal está encargado de controlar. Ello supone, pues, la inclusión de las disposiciones necesarias en la misma Constitución, así como la autonomía estatutaria, administrativa y financiera de la institución, y garantías de independencia para los miembros.²³

¹⁹ Sobre la progresiva especialización en materia administrativa, a partir de 1936, por influjo francés, y rompiendo con la influencia norteamericana hasta entonces predominante, puede verse Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, separata de la *Memoria de El Colegio Nacional de México*, t. VIII, núm. 3, 1976, pp. 161 y ss.; García Ramírez, Sergio, “El Ministerio Público y la Reforma constitucional de 1994: Antecedentes, contexto y novedades”, *Ars Iuris*, núm. 13, número monográfico sobre la reforma constitucional del Poder Judicial, 1995, p. 136.

²⁰ Artículos 2 y 15 LOPJF.

²¹ Sagués, Néstor Pedro, “Tribunal Constitucional e interpretación constitucional”, *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas/Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995, p. 17.

²² “Toda institución cuya existencia, funcionamiento o atribuciones corren el riesgo de ser puestos en tela de juicio por el legislador o el gobierno, no puede considerarse como Tribunal constitucional, ni por lo demás y de manera general, como una jurisdicción constitucional”. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 28.

²³ *Ibidem*.

En este punto, hay que decir que la Constitución mexicana también contiene esa regulación mínima:

1) Los artículos 95 y 96 regulan el procedimiento de designación de los ministros de la Suprema Corte, así como las causas de inelegibilidad, como enseguida veremos. Se establece una reducción del número de ministros a once, frente a los 26 que existían con anterioridad, lo que resulta acorde con las nuevas competencias del tribunal, así como con el número habitual de magistrados de todo tribunal constitucional. El artículo 98 prevé, por su parte, la renuncia (que ha de ser debida a una causa grave y requiere además aprobación del Ejecutivo y del Senado), las licencias y la sustitución interina y la definitiva. Se establece, en fin, la interdicción de disminución de la remuneración de los ministros por los servicios prestados mientras duren en su encargo, así como un derecho a pensión por jubilación, que tiene una cuantía que la convierte en “la mejor del sector público después de la del presidente de la República”.²⁴

2) Se regula la autonomía administrativa del tribunal, pues si bien la administración del Poder Judicial ya no es competencia de la Suprema Corte sino del Consejo de la Judicatura Federal, se hace una reserva en favor de la Suprema Corte en todo lo referido a su propia organización interna. En términos del artículo 100 constitucional, “la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, *con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal” y, más adelante, el mismo artículo señala que “la administración de la Suprema Corte de Justicia corresponderá a su Presidente”.²⁵ El artículo 97 establece, por su parte, que corresponde a la Suprema Corte de Justicia nombrar y remover a su secretario y demás funcionarios y empleados.²⁶ La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en fin, desarrolla plenamente esa autonomía administrativa en sus artículos 9, 10.IX, y 11 a 14. Se consagra la plena autonomía reglamentaria de la Suprema Corte (artículo 14, fracciones XIV y XIX y artículo 11, fracciones XIX y XXI).

²⁴ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales ...”, *cit.*, p. 812.

²⁵ Véase el artículo 14 LOPJF, donde se enumeran todas las funciones propias del presidente.

²⁶ En otro orden de cosas, el propio artículo 100 de la Constitución, luego de establecer el principio general de que las decisiones del Consejo de la Judicatura “son definitivas e inatacables”, fija una excepción con respecto de la que quizás sea la competencia más importante del Consejo: la relativa a la designación, adscripción y remoción de magistrados y jueces, pues en este caso las decisiones del Consejo “podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia”.

3) Se consagra también la autonomía financiera de la Suprema Corte en el último párrafo del artículo 100: “La Suprema Corte de Justicia elaborará su propio presupuesto [...] [que] se integrará [en] el presupuesto del Poder Judicial de la Federación que será remitido por el presidente de la Suprema Corte para su inclusión en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación”.

4) La Constitución regula el funcionamiento en pleno y en salas de la Suprema Corte, así como también sus competencias básicas, que le permitirán centrarse en adelante en la interpretación del texto constitucional y en la defensa jurisdiccional de su supremacía.

5) Su separación respecto de los poderes públicos, que está encargada de controlar, aparece también constitucionalmente garantizada. Así, por lo pronto, y de conformidad al artículo 95, los nombramientos de los ministros deberán recaer en juristas, y “preferentemente” en aquellos “que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica”. Además, los ministros deberán ser mexicanos por nacimiento y estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, tener una edad mínima de treinta y cinco años y título de licenciado en derecho con antigüedad mínima de diez años. Asimismo, habrán de gozar de buena reputación y no haber sido condenados por la comisión de un delito que amerite pena corporal superior a un año, ni por otros que —cualquiera que sea la pena— lastimen seriamente la buena fama en el concepto público. Por último, además de la exigencia de haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación, se establece en el mismo artículo 95 constitucional que los ministros no podrán haber ocupado durante el año previo a su nombramiento los cargos de secretario de Estado, jefe de departamento administrativo, procurador general de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal o gobernador de algún Estado o jefe del Distrito Federal.²⁷

²⁷ Con todo, y sin perjuicio de reconocer la perfeccionabilidad del sistema vigente, el acierto en la elección depende de factores que muy difícilmente pueden contemplarse en ninguna fórmula sacramental. Lo que desde luego es claro es que en el acierto, mayor o menor, en el nombramiento, la Suprema Corte se juega, literalmente, su suerte. Lleva, por ello, razón Carpizo al señalar que “el éxito de la presente reforma al Poder Judicial Federal está en manos de los nuevos once ministros [...] que realmente cumplan con su papel de jueces constitucionales, que estén siempre impregnados de una ciencia, una técnica y una mística: el derecho constitucional”. Y no en otro sentido ha de entenderse la observación de Fix-Fierro de que “el éxito o fracaso último de la reforma depende en buena medida de

La inamovilidad de los ministros queda asimismo garantizada, pues su remoción sólo es posible conforme a un juicio de responsabilidad política en los términos del título IV constitucional,²⁸ quedando así vedada la remoción tanto al Ejecutivo como al Senado. Esta inamovilidad tiene un límite temporal: el artículo 94 c) de la Constitución establece, en efecto, que los ministros durarán en su encargo quince años. Dicha limitación temporal, que es característica de todos los tribunales constitucionales, y por su carácter dilatado garantizará la necesaria estabilidad de la jurisprudencia pero también, al mismo tiempo, a través de la renovación escalonada de los ministros, la no menos necesaria evolución continua de la jurisprudencia constitucional. La duración en el cargo de ministro de la Suprema Corte supera, en cualquier caso, notablemente a la duración del mandato tanto del propio presidente de la República como de los senadores, que son los órganos políticos que intervienen en la designación de los ministros, lo que permitirá a estos mantenerse sin problemas al margen de las contingencias político-partidistas.

Más allá de estas garantías formales, es especialmente necesario que se cumpla en México algo que ninguna disposición legal puede asegurar plenamente, pero que se ha constatado en todos los países con tribunales constitucionales consagrados:

Las especulaciones de los políticos en el sentido de que jueces elegidos en función de criterios políticos tenderían a sentenciar siguiendo puntos de vista políticos, particularmente unilaterales en favor de los partidos políticos que los propusieran, se han revelado hasta ahora siempre como

las instituciones encargadas de llevarla adelante, de su credibilidad ante una sociedad que debe ser capaz de comprender y acompañar los cambios que demanda su funcionamiento". Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales...", *cit.*, p. 810; Fix-Fierro, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad...", *cit.*, p. 57.

28 Con excepción de los primeros ministros designados tras la reforma pues para ellos se prevé un régimen especial de renovación escalonada: seis de ellos serán renovados, de dos en dos, en los años 2003, 2006, 2009 y 2012 y los tres últimos se renovarán en el año 2015, en todos los casos el día primero de noviembre. Ello persigue la finalidad de que "la Suprema Corte se actualice y su función se legitime periódicamente, al substituirse de manera escalonada y así tampoco coincidir con los cambios del Poder Ejecutivo y del Legislativo". Díaz de León de López, Elvia, "Breves reflexiones respecto al decreto que reforma diversos artículos de la Constitución y transforma al Poder Judicial Federal", *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995, monográfico sobre la reforma constitucional al Poder Judicial, p. 60.

especulaciones equivocadas. Al respecto existen algunos ejemplos ruidosos²⁹ en todos esos países.

C. *Monopolio de lo contencioso-constitucional*

Este monopolio “como mínimo comporta lo contencioso sobre la constitucionalidad de las leyes”,³⁰ lo que no puede entenderse hoy, sin embargo, como excluyente de que los tribunales ordinarios no apliquen, en los litigios de que conozcan, las leyes que juzguen inconstitucionales, pues así ocurre en una modalidad de los cada vez más extendidos sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en que junto a un tribunal constitucional existe la posibilidad de que todos o determinados tribunales dejen de aplicar también directamente, las leyes inconstitucionales. Y esto es justamente lo que ocurre en México, donde los jueces federales pueden dejar de aplicar, por inconstitucionales, las leyes en los casos concretos de que conocen.

Pero la Suprema Corte no sólo se reserva la competencia de sentar una doctrina unitaria sobre la constitucionalidad de cualquier precepto legal que se haya planteado ante los jueces y tribunales federales inferiores —por la vía de revisión de sentencias de tribunales inferiores³¹ o incluso de la atracción de procesos de amparo que por su interés y transcendencia así lo ameriten (artículo 107, VIII Constitución y 10 LOPJF)— sino que además, y sobre todo, tiene una competencia exclusiva, y por consiguiente en régimen de monopolio, para conocer de las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto de normas), de forma que sólo la

29 Bachof, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política” (trad. de León Cortiñas-Peláez), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986, p. 851; en la misma línea, Lanpried, Christine, “The judicialization of politics in Germany”, *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2, 1994, pp. 118-119.

30 Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 28.

31 El artículo 10 LOPJF establece la competencia del Pleno de la Suprema Corte para conocer, en lo que ahora más interesa: “II. Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito, en los siguientes casos: a) cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales [(leyes federales, locales del Distrito Federal o tratados internacionales) ...]; III. Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un Tratado internacional, o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dichas sentencias decidan u omitan decidir sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos la materia del recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales”.

Suprema Corte puede declarar una ley inconstitucional e inválida *en abstracto y con efectos generales o erga omnes*. Esta competencia, por consiguiente, la ejerce la Suprema Corte en régimen de monopolio y también ejerce de manera exclusiva otra competencia de carácter contencioso-constitucional: la que se refiere al conocimiento de las controversias constitucionales, tanto competenciales como interorgánicas.

D. Una designación de jueces no magistrados por autoridades políticas

Los tribunales constitucionales “no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos”,³² en función de los criterios tradicionales,³³ sino que son juristas procedentes del mundo tanto de la magistratura ordinaria, como de la enseñanza universitaria o de la administración pública,³⁴ a los que designan diversas autoridades políticas en atención a su elevado prestigio, a su particular sensibilidad político-constitucional y a su prolongado y brillante ejercicio de la profesión jurídica.

Esta elección por autoridades políticas tiende a reforzar su legitimidad democrática y se explica por el hecho de que la labor de un juez constitucional es, ha de ser necesariamente, muy distinta a la de un juez civil o penal, pongamos por caso. Ello es así porque, a quienes durante años, décadas en ocasiones, se han dedicado a conocer de amparos “inter partes”, habrá de resultarles inevitablemente difícil deshacerse de criterios, pautas y técnicas de interpretación jurídica que, si no cambian por completo, sí al menos presentan numerosas peculiaridades cuando lo que se interpreta, y nada menos que como “intérprete supremo”, es una norma constitucional, al igual incluso que la estructuración completa del proceso

³² Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 29.

³³ Sobre los criterios para el ascenso, puede verse un interesante estudio panorámico iuscomparatista en Royer, Jean Pierre, “La justice en Europe”, *Pouvoirs. Revue Française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 74, septiembre de 1995, pp. 144 y ss.

³⁴ Se echa de menos, en la composición de la actual Suprema Corte de Justicia, un mayor pluralismo en el sentido indicado en el texto, lo que habría sido aconsejable y podría haber influido decisivamente en el funcionamiento de la Suprema Corte, especialmente por lo que se refiere a una mayor presencia de determinadas personas procedentes del mundo puramente académico, en cuanto que más familiarizadas con los tribunales constitucionales y su *modus operandi*. Si mis indagaciones no son incorrectas, de los actuales once ministros de la Suprema Corte sólo dos no proceden del mundo de la judicatura: Juventino Víctor Castro y Castro (quien, no obstante, fue secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte y ocupó diversos cargos en la Procuraduría General de la República) y Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

(que ha llevado a Häberle a hablar de la “idiosincrasia” del derecho procesal constitucional).³⁵

Y es que si bien no le falta razón a Heinrich von Treitschke cuando señala que *alle Rechtsprechung eine politische Funktion sei* (todo acto de decir justicia es una función política),³⁶ no puede desconocerse que la politicidad ínsita a toda cuestión constitucional no sólo es cuantitativamente mayor a la de cualquier otra controversia ordinaria, sino que también lo es cualitativamente, lo que condiciona por completo este tipo de procesos y la propia labor interpretativa. Por ello, es preciso garantizar a toda costa que el juez constitucional posea “una particular sensibilidad para poder percatarse del significado de la norma constitucional, que tiene características diferentes de la ordinaria, porque posee una jerarquía superior, tiene una protección especial y por su contenido”.³⁷

Es, así pues, netamente acertada la reflexión de Cappelletti cuando señala que los jueces de carrera son

en cuanto tales poco idóneos para una tarea que va más allá de la mera técnica de interpretación-aplicación de la ley, involucrando en cambio una valoración de la ley misma a la luz de normas que con frecuencia e inevitablemente son vagas y se basan sobre principios y valores cuya aplicación requiere un fuerte empeño creativo; por esto se ha considerado oportuno confiar esta nueva tarea a jueces diversos de los ordinarios “de carrera”.³⁸

Y en la misma línea, Fernández Segado ha puesto de relieve que si en el sistema kelseniano de control de constitucionalidad se confía esta función justamente a un órgano *ad hoc* y no a un Supremo Tribunal de Justicia no es sólo por la particular concepción kelseniana de ese órgano

³⁵ Peter Häberle, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional” (trad. de Carlos Ruiz Miguel), en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 255 y ss.; el mismo autor se había ya referido a la cualidad especial (*Eigenständigkeit*) del derecho procesal constitucional: “Grundprobleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit”, en el colectivo Peter Häberle (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976.

³⁶ Cit. por Cappelletti, Mauro, “La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (Naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en su libro recopilatorio *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 132.

³⁷ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, cit., p. 809.

³⁸ Cappelletti, Mauro, “La justicia constitucional y supranacional”, en su libro recopilatorio *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1993, trad. de Héctor Fix-Fierro, p. 67. Estas consideraciones, con todo, se refieren —claro está— a países de *civil law*.

ad hoc como legislador negativo, sino también por otras razones no menos obvias, como “la insuficiente cualificación técnica, y hasta política, de los jueces de carrera para ejercer con eficacia esta función”,³⁹ por cuanto que

la interpretación constitucional es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el juez Holmes afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.⁴⁰

Es todo ello lo que lleva a Bachof a sostener, en su celeberrimo discurso rectoral, que “la labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia —en definitiva— que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla”,⁴¹ al menos no en principio y como pauta general.⁴² Se entiende así por qué “en ningún país de derecho escrito

39 Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, núm. 16, diciembre 1990, p. 76. El mismo autor insiste más adelante en la misma idea, reiteradamente (pp. 79 y 81), y subraya de manera contundente cómo “los magistrados europeo-continetales son, por lo general, magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de la constitucionalidad de las leyes; pues ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de “simples intérpretes” y de fieles servidores de la ley” (*op. ult. cit.*, p. 79).

40 Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 112.

41 Bachof, Otto, *Jueces y Constitución* (trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y prólogo de Tomás Ramón Fernández), Madrid, Civitas, 1987, p. 55. Esto es algo más que una teoría o una hipótesis, pues la experiencia histórica alemana (en la época de Weimar) e italiana (1948-1956) de un control difuso constituyen “una pésima prueba de su idoneidad [de la Corte de Casación] como juez en materia de control de legitimidad constitucional”, a pesar de que en ambos casos la Corte de Casación contaba en su respectivo país con una gloriosa tradición secular en la solución de las más arduas cuestiones de derecho, lo que se explica por las peculiaridades de la hermenéutica constitucional, para la que efectivamente no parecen en principio dotados los jueces ordinarios. Esta parece ser, por lo demás, la experiencia de los países escandinavos, Japón y Suiza (el caso americano es completamente distinto, por diversas razones). Cappelletti, Mauro, “La actividad y los poderes...”, *cit.*, pp. 77 y ss.

42 Conviene destacar una experiencia, de especial relevancia para México, a la que también alude Cappelletti (“La justicia constitucional...”, *cit.*, p. 68): “si al principio los jueces de carrera podían parecer bastante poco idóneos para la tarea de control de las leyes, después de cuatro decenios, en Italia por ejemplo, la situación se ha modificado gradualmente, al formarse y expandirse una “conciencia constitucional”. Algo semejante ha ocurrido en España, tarea en la que el Tribunal Constitucional ha jugado un papel decisivo como director de orquesta.

que cuente con un sistema de jueces funcionarios reclutados por cooperación se ha atribuido el control de constitucionalidad a la jurisdicción ordinaria, según el patrón norteamericano”.⁴³

Explicadas sucintamente las razones, de índole fundamentalmente práctica,⁴⁴ que llevan a la justificación de este sistema específico de acceso a la judicatura constitucional, sólo cabe comprobar si existe también, o no, en México ese sistema especial o *ad hoc* de elección de los jueces constitucionales. Y hay que decir que este requisito se cumple, en efecto, en México, patentemente: el artículo 96 de la Constitución establece que los ministros serán designados por el Senado de la República por la votación de, al menos, las dos terceras partes de sus miembros presentes, de entre las personas que integren la terna presentada por el presidente de la República,⁴⁵ mayoría reforzada ésta que tiende a potenciar una despolitización o, cuando menos, una politización equilibrada de los nombramientos pero permitiendo, al mismo tiempo, un reflejo atemperado en la composición del tribunal de las mayorías político-parlamentarias existentes en cada momento.

43 Martínez Sospedra, Manuel, “El Tribunal Constitucional en la estructura del Estado. El caso de la Corte Constitucional de Guatemala”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Universidad de Guadalajara, año 5, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995, p. 47.

44 A estas razones podrían, y deberían, añadirse las consideraciones que después realizaremos sobre la necesidad de todo juez constitucional de valorar las consecuencias políticas que pueden derivarse de sus resoluciones.

45 No obstante, será el propio presidente de la República, excepcionalmente, el que elija a una persona de esa terna en dos supuestos: a) cuando el Senado no formule su elección en el plazo improrrogable de treinta días desde la presentación de la terna; b) cuando, habiendo rechazado el Senado la totalidad de una primera terna propuesta por el presidente de la República, proponga éste una segunda terna, y sea también rechazada en su integridad.

Como dice Soberanes, “aquí hay una pequeña trampa y es la siguiente: el Senado tiene treinta días improrrogables para hacer la designación; si no lo hace, el presidente de la República hace la designación. De igual manera, la Cámara de Senadores puede rechazar la terna, en cuyo caso el Ejecutivo formula una nueva; si la Cámara la vuelve a rechazar, el presidente de la República hará la designación. Tal sistema es sumamente criticable por un doble orden de motivos: o bien puede ser una farsa, al poner junto a un candidato viable a dos no idóneos, o bien, como hasta ahora el presidente de la República y la mayoría de los senadores pertenecen al mismo partido, el método de terna es una mera formalidad y se somete a una severa humillación a dos ciudadanos mexicanos, al ser ‘reprobados’ por el Senado”. Soberanes Fernández, José Luis, “Nueva Justicia Constitucional en México”, *Crónica Legislativa*, Órgano de información de la LVI Legislatura de la Honorable Cámara de Diputados, año V, nueva época, núm. 8, abril-mayo de 1996, p. 18.

E. *Una verdadera jurisdicción*

Ello exige que el tribunal “haga justicia [constitucional] con autoridad de cosa juzgada, y que sus declaraciones de inconstitucionalidad puedan desembocar en anulaciones con efecto *erga omnes*”.⁴⁶ Este requisito se cumple también respecto de la propia Suprema Corte mexicana pues, como veremos más detenidamente a lo largo de esta obra, la Constitución le reconoce la facultad de “declarar la *invalidéz* de las normas impugnadas” (artículo 105, II), invalidéz que supone, no la mera inaplicación, sino pura y simplemente la desaparición de la norma del mundo jurídico con efectos frente a todos, *erga omnes*. Y en cuanto a los efectos de cosa juzgada, también quedan consagrados por cuanto que no procede recurso alguno contra las sentencias que dicte la Suprema Corte (*superiorem non recognoscens*, que tiene así la última palabra (artículos 43 y 51 y ss. LR105, *a contrario sensu*),⁴⁷ si bien puede afirmarse, parafraseando una conocida máxima, atribuida a un juez del Tribunal Supremo norteamericano, que la Suprema Corte no tiene la última palabra porque sea infalible, sino que, más bien, es infalible porque tiene la última palabra.

F. *Una jurisdicción fuera del aparato jurisdiccional ordinario*

He aquí el talón de Aquiles de la Suprema Corte mexicana para ser considerada un tribunal constitucional en sentido estricto, lo que es especialmente importante si se atiende al dato de que esta separación del aparato jurisdiccional ordinario constituye “la diferencia fundamental entre un Tribunal supremo y un Tribunal Constitucional”, en cuanto que “mientras que el primero se sitúa necesariamente —y de ahí su nombre— en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo aparato jurisdiccional”.⁴⁸

Ahora bien, esta separación del Poder Judicial puede ser entendida, a mi juicio, en un doble sentido:

a) Como exigencia de que el tribunal no esté formalmente incluido en el Poder Judicial;

⁴⁶ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 34.

⁴⁷ Sobre las peculiaridades de la cosa juzgada en materia constitucional, véase Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 47 y ss.

⁴⁸ Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 34.

b) Como exigencia de que el tribunal en cuestión responda a ciertos criterios materiales, tales como estar dotado de autonomía reglamentaria y presupuestaria; independencia respecto de los otros poderes del Estado y no tener competencias de carácter ordinario, sino únicamente competencias de carácter jurídico-constitucional.

a') Por una parte, el requisito de separación del aparato jurisdiccional ordinario puede, en efecto, entenderse como exigencia de que el órgano en cuestión no se halle formalmente integrado en el Poder Judicial: no es un órgano más del Poder Judicial, sino un órgano formalmente separado de éste. Veamos ahora por qué entiendo que este requisito, así entendido (es decir, formalmente), no puede constituir un elemento constitutivo de los tribunales constitucionales.

Aunque si bien es cierto que el Tribunal Constitucional austriaco o el italiano, entre otros, están formalmente separados del Poder Judicial,⁴⁹ no lo es menos que un Tribunal Constitucional tan paradigmático (y con una actividad jurisprudencial de tan alto nivel) como el alemán se halla formalmente incluido *ex constitutione* en el Poder Judicial, en los explícitos términos del artículo 92 de la *Grundgesetz*: “El Poder Judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, así como por los Tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los Tribunales de los Estados”.⁵⁰ El Tribunal Constitucional alemán es regulado, por lo demás, en el mismo capítulo que los demás órganos judiciales, el dedicado a la “administración de justicia”.

El caso alemán bien merece una reflexión detenida, por el interés que puede tener para comprender el *status* de la actual Suprema Corte mexicana.⁵¹ En este sentido, debe empezar por recordarse cómo, inicialmen-

49 Es el caso también del Tribunal Constitucional español, opción constituyente con la que algún sector doctrinal se ha mostrado crítico, entendiendo que debería habersele incluido en el Poder Judicial, como en Alemania. En este sentido, el valioso trabajo de Aparicio, Miguel Ángel, “La posibilidad de relaciones conflictuales entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria (sistema político y jurisdicción)”, *Anuari de Dret Politic*, Universitat de Barcelona, 1983, p. 203. Pero, como subraya Tomás y Valiente, esa separación orgánica entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial que existe en la Constitución española fue una “opción sin duda legítima, pero no necesaria” para considerar a dicho órgano un Tribunal Constitucional. Tomás y Valiente, Francisco, “Los jueces y la Constitución”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

50 Términos semejantes, por cierto, al artículo 94 de la Constitución mexicana: “Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia...”

51 Sobre este tema puede verse, entre una amplia bibliografía, Leibholz, Gerhard, “Der *Status* des Bundesverfassungsgerichts”, en el colectivo *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, C.F. Müller,

te, el Tribunal Constitucional Federal alemán fue ubicado bajo la autoridad del Ministro Federal de Justicia, en cuanto que pertenecía al Poder Judicial. Ello generó una manifiesta irritación de diversos jueces, y entre ellos, del propio presidente de la institución, Hermann Höpker Aschoff,⁵² que prestó sus servicios entre 1951 y 1954. Ello dio lugar a que los jueces constitucionales, en su primer año de actividad, emprendiesen la tarea de defender resueltamente la autonomía del tribunal, a través fundamentalmente del ejercicio decidido de su independencia en la resolución de los litigios constitucionales que se le planteaban.

En junio de 1952, tras varios meses de discusiones, el tribunal elaboró un informe⁵³ (sobre la base de un proyecto del juez Leibholz que no fue discutido) en el que se reclamaba la desaparición de toda sujeción a la autoridad del Ministro de Justicia, completa autonomía presupuestaria, y control total sobre su propia administración, incluida la facultad de elegir libremente sus propios funcionarios y empleados jurídicos. En ese informe, se decía además que el Tribunal Constitucional era un órgano constitucional supremo equiparado en rango al *Bundestag*, al *Bundesrat*, al canciller federal o al presidente de la Federación, y que sus miembros no eran en modo alguno funcionarios civiles o jueces federales ordinarios, sino más bien guardianes supremos de la Ley Fundamental, comprometidos en el logro de sus grandes objetivos, cuando menos no en menor medida que otros altos órganos constitucionales, e incluso en una medida superior por cuanto que el tribunal tiene una obligación de extraordinaria importancia, que es la de asegurar que los otros órganos constitucionales observen los límites que la Constitución les traza.

El informe provocó reacciones airadas por parte del gobierno, y particularmente del Ministro de Justicia, y en general dio lugar a una encendida polémica en la arena política, en la que los socialdemócratas y el *Bundesrat* se alinearon, en términos generales, con las propuestas de

Karlsruhe, 1971, pp. 31 ss; Häußler, Richard, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zur Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker und Humblot, 1994, pp. 22 y ss. y 234 y ss.

⁵² Sobre este juez, puede verse un artículo de Ritterspach, quien fue compañero de Höpker durante los cuatro años (1951-1954) que estuvo en el tribunal, si bien él permaneció en el mismo hasta 1975. Ritterspach, Theo, "Hermann Höpker Aschoff: der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts (1883-1954)", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 32, 1983, pp. 55 y ss.

⁵³ El texto de este informe ("Bericht an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur 'Status Frage'", de 21 de marzo de 1952), puede consultarse en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 6, 1957, pp. 120 y ss.

los jueces constitucionales, mientras que la coalición gobernante, y mayoritaria en el *Bundestag*, generalmente se oponía. Pero, en todo caso, la lucha real se libró entre el Ministro de Justicia y el Tribunal Constitucional, es decir, entre dos viejos compañeros de partido (en el Partido Demócrata Liberal) que habían compartido en su día una experiencia parlamentaria común: Thomas Dehler, Ministro de Justicia, y el respetado presidente del tribunal, Hermann Höpker Aschoff. Lo cierto es que el prestigio creciente del tribunal, su labor jurisprudencial —callada, pero decidida y efectiva— y su papel integrador hicieron que en 1953 el *Bundestag* pusiese término a la dependencia del Tribunal Constitucional del Ministro de Justicia, y en 1960 todas las exigencias del informe de 1952 habían sido ya asumidas, si bien la plena autonomía no se consagró hasta 1975, al dictarse el Reglamento interno del propio tribunal, aprobado por su pleno.⁵⁴

Todas estas dificultades con que se encontró inicialmente el tribunal alemán no las tiene hoy la Suprema Corte en México, que tiene garantizada su autonomía administrativa y financiera, así como su independencia frente a los poderes que está llamada a controlar.⁵⁵ Su carácter de órgano constitucional equiparado al Ejecutivo o al Legislativo e incluso, en cierta medida, situado por encima de ellos, es algo que se deriva de su naturaleza de comisionado del poder constituyente, encargado por éste de velar jurisdiccionalmente por la observancia de la Constitución.⁵⁶

Por ello, si inicialmente pudo quizás dudarse del carácter de verdadero Tribunal Constitucional del tribunal alemán, por la falta de autonomía respecto del Ejecutivo, hoy —al estar garantizada en su plenitud esa autonomía— nadie seriamente discute su naturaleza de verdadero tribunal

⁵⁴ El actual *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* data del 11 de julio de 1986. Su texto puede consultarse en Dieter C. Umbach y Thomas Clemens (coord.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, con prólogo de Roman Herzog y Ernst-W. Böckenförde, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 1453 y ss.

⁵⁵ Distinto es el caso del Tribunal Constitucional boliviano, que se integra también *ex constitutione* en el Poder Judicial, pero que no tiene autonomía sino que “a efectos administrativos y disciplinarios depende del Consejo de la Judicatura, órgano administrativo y disciplinario del Poder Judicial —dentro del cual se sitúa el Tribunal Constitucional— que es presidido por el presidente de la Corte Suprema”. Fernández Segado, Francisco, “la jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional...*, cit., p. 368.

⁵⁶ Con todo, no puede ignorarse que el reconocimiento efectivo y real de ese elevado rango es algo que dependerá, más que de lo que formalmente pueda proclamar la ley, de la jurisprudencia del propio tribunal y de su habilidad integradora en el sistema político.

constitucional, sin que el hecho de que formalmente se halle insertado en el Poder Judicial por la misma Constitución sea obstáculo para ello.

Tampoco puede serlo en el caso mexicano. La inserción formal de la Suprema Corte de Justicia en el Poder Judicial no puede impedir, por sí sola, la consideración de la Suprema Corte de Justicia como verdadero tribunal constitucional, ni como órgano constitucional, pues si bien es cierto que el *status* de un tribunal como órgano constitucional ha de “derivarse inmediatamente de la Constitución”, y un indicio de ello lo es “ante todo” el hecho de que se le dedique un capítulo específico en la norma constitucional, no lo es menos que el hecho de que a veces aparezca regulado junto a los restantes órganos jurisdiccionales ordinarios (Alemania, Portugal, Grecia) no puede ser considerado en absoluto un obstáculo “a su calificación como órgano constitucional, desde el momento en que todo Tribunal Constitucional también desempeña una función jurisprudencial”.⁵⁷ Ello nos lleva a entender el requisito de separación de la jurisdicción ordinaria, no como pura exigencia formal de que el tribunal no se integre en el Poder Judicial, sino atendiendo a criterios de otro tipo, de orden más bien material.

b’) La separación de la jurisdicción ordinaria como exigencia de competencias exclusivamente constitucionales. Como Weber nos recuerda, en los casos en que “la cualidad de órgano constitucional [equiparado a los restantes, como el Parlamento o el Presidente] no venga especificada normativamente” —que son el caso alemán o el mexicano, entre otros— habrá que acudir a

⁵⁷ Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 57.

Creo que no yerro si digo que la separación del Tribunal Constitucional del resto del aparato jurisdiccional ordinario no es más, pura y simplemente, que uno de los residuos formales que quedan de la vieja concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como un “legislador negativo” y no como un verdadero órgano jurisdiccional. Esta concepción, como veremos en un momento ulterior, ha sido superada *en la práctica* en todos los países, incluso en la propia cuna de los Tribunales Constitucionales: Austria. Por todo ello, no sólo no hay inconveniente para considerar un verdadero Tribunal Constitucional a aquel que se integra en el Poder Judicial, sino que ello probablemente resulte más congruente con la verdadera naturaleza *jurisdiccional* de los Tribunales Constitucionales. Compartimos, por ello, completamente la caracterización de Peces Barba del Tribunal Constitucional español “como órgano de naturaleza judicial, con jurisdicción concentrada y no situado en sentido estricto en el poder judicial desde la perspectiva orgánica, aunque es poder judicial en sentido amplio puesto que su función es judicial”. Gregorio Peces-Barba, “El Tribunal Constitucional”, en el colectivo *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, p. 2045.

criterios materiales y formales a fin de determinarla. Así, la independencia externa viene indicada en general por la autonomía reglamentaria, por un propio presupuesto, por la autonomía frente a cualquier inspección jerárquica, así como por el rango protocolario conferido a los miembros del Tribunal. En cuanto a las características materiales del *status* orgánico, son importantes las atribuciones de competencia que forman la base de la jurisdicción constitucional, en cuanto el tribunal constitucional se presenta como árbitro entre los poderes públicos y como garante de la Constitución como ordenamiento jurídico fundamental; de ahí que resulte esencial la competencia en cuestiones tales como el control, abstracto o incidental, de normas del Derecho Federal frente al Parlamento, los conflictos [controversias] entre órganos constitucionales y, en Estados de modelo federal o cuasifederal, la resolución de conflictos de competencia.⁵⁸

La conclusión de Weber es clara: “Bajo estas premisas cabe atribuir materialmente el *status* de órgano constitucional a los Tribunales Constitucionales de la RFA, Austria, Italia, España, Portugal, Francia, Bélgica e, incluso, al Tribunal Supremo de Suiza”.⁵⁹

De todo lo anterior se desprende que la verdadera clave para considerar a un tribunal como un auténtico tribunal constitucional, o no, no está, no puede estar, en su integración formal en el Poder Judicial, o en su regulación constitucional junto a éste, sino más bien en su carácter de órgano *constitucional ad hoc* y especializado en el conocimiento de los asuntos jurídico-constitucionales. Y desde esta perspectiva, las competencias que tiene atribuidas la Suprema Corte, así como su plena autonomía administrativa (incluso frente al Consejo de la Magistratura), reglamentaria y presupuestaria, y su total independencia frente a los poderes que debe controlar —a todo lo cual nos hemos referido ya en un momento anterior—, son razones que abogan por su consideración como órgano constitucional diferenciado de los órganos judiciales ordinarios.

El único obstáculo para la consideración de la Suprema Corte como un tribunal constitucional desde el enfoque material aquí sostenido viene constituido por el hecho de que, si bien la Suprema Corte tiene, desde una perspectiva positiva, todas las competencias más características de un tribunal constitucional, ocurre sin embargo que tiene también algunas más que de modo alguno corresponden a un verdadero tribunal consti-

⁵⁸ Weber, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa...”, *cit.*, p. 57.

⁵⁹ *Ibidem*.

tucional, sino que son más bien residuo de su antigua naturaleza de órgano de control de la legalidad o de casación.⁶⁰ Si se quiere, no se trata más que de un requisito referido a la competencia del tribunal, si bien no desde una perspectiva positiva (asuntos constitucionales), sino más bien desde una perspectiva negativa: que el tribunal no tenga atribuidas competencias que se refieren a la mera legalidad ordinaria, y no, por tanto, a la constitucionalidad. Creo que éste es el único sentido en que puede admitirse hoy como requisito de un tribunal constitucional la “separación de la jurisdicción ordinaria” y entiendo además que a este requisito, incluso así materialmente entendido, no puede dársele un sentido absoluto, y ello, aparte ya de la dificultad de diferenciar en ocasiones lo constitucional de lo legal, por un doble orden de motivos:

En primer lugar, porque prácticamente todos los tribunales constitucionales tienen una o varias competencias que no son, *stricto sensu*, de relevancia constitucional, pero que —por razones diversas, que pueden variar en cada país— se ha considerado oportuno atribuir al Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, porque hay determinadas competencias de los tribunales constitucionales cuya naturaleza constitucional es indiscutible (y pienso sobre todo en la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo o instrumentos análogos), pero cuya praxis puede, en cambio, llevar en ciertas ocasiones a que el tribunal constitucional acabe conociendo de asuntos de mera legalidad y no de constitucionalidad, debido —entre otras razones— al siempre complicado deslinde entre “lo constitucional” y “lo meramente legal”, así como a la falibilidad ligada a

⁶⁰ En este sentido Carpizo señala que la Suprema Corte se centrará en adelante “casi exclusivamente” en cuestiones de interpretación constitucional, si bien para reforzar esa naturaleza de Tribunal Constitucional será preciso que se le supriman como facultades: “a) todo lo relacionado con dirimir competencias entre los diversos tribunales de México [...]; b) la resolución de tesis contradictorias de los tribunales colegiados de circuito, que hoy le atribuye la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución”. Jorge Carpizo, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, p. 810.

A ello podrían añadirse, a mi juicio, algunas competencias más establecidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como una reforma de la facultad de atracción contemplada en el artículo 105, III de la Constitución en el sentido de exigir claramente que se trate de asuntos de relevancia constitucional y, por último, suprimir la remisión a la ley del artículo 94 de la Constitución respecto de las competencias de la Suprema Corte, pues éstas deben estar *constitucionalmente* tasadas. Naturalmente, que antes o después habrá que dar a la actual Suprema Corte un nombre más acorde con su verdadera naturaleza: Tribunal o Corte Constitucional (o de la constitucionalidad) o algo semejante. Y con toda probabilidad habrá que instaurar también una verdadera Corte Suprema (que podría bien ser una Sala Superior de los tribunales colegiados de circuito), que unifique la jurisprudencia de estos últimos en la interpretación de la legalidad.

toda tarea humana, tanto más cuanto más compleja sea ésta.⁶¹ Como nos dice Schneider, ello puede conducir a que el tribunal constitucional funcione, en determinadas ocasiones, como “una no prevista ‘cuarta instancia’, una suerte de tribunal de casación”.⁶²

Por ello, el requisito de separación de la jurisdicción ordinaria no puede entenderse en un sentido absoluto, sino que para comprender su alcance exacto es preciso distinguir, junto a las competencias estrictamente jurídico-constitucionales, otros tres tipos de competencias:

a) Las competencias que no vienen referidas en sentido estricto a lo contencioso-constitucional, pero cuya atribución al tribunal constitucional puede justificarse en atención a circunstancias especiales y a su profundo significado político. Ya Kelsen señaló que “quizá sea oportuno, si se da el caso, hacer también del Tribunal constitucional un Alto Tribunal de justicia, encargado de juzgar a los ministros que sean objeto de acusación; un Tribunal central de conflictos, o atribuirle otras competencias a fin de ahorrarse la institución de jurisdicciones especiales”.⁶³ Aquí pueden ser englobadas sin problema las competencias de la Suprema Corte contempladas en el artículo 97 de la Constitución o las contempladas en el artículo 10.X.⁶⁴

⁶¹ Sobre esta problemática, puede verse el reciente y jugoso artículo de Oliver Araujo, Joan, “Las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, en Antoni Monreal (ed.), *La división de poderes: el poder judicial*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials-Universitat de Lleida, 1996, pp. 43 y ss.

⁶² Para evitarlo, es precisa una cuidada delimitación de las respectivas competencias de control entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, por más que ello pueda asemejarse a la cuadratura del círculo. Schneider, Johann-Peter, “Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria”, en López Pina, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991, pp. 141-142. También habla de “cuarta instancia” y de “instancia de superrevisión” (*superrevisioninstanz*), R. Marcic, “Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts”, en *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 207, cit. por Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, traducción de Joaquín Abellán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, p. 38, nota 16.

⁶³ Cit. por Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, cit., p. 29.

⁶⁴ Artículo 97 de la Constitución: “[...] La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún Juez o Magistrado Federal. La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los

b) Aquellas competencias que pertenecen, efectivamente, al ámbito de lo contencioso-constitucional, pero que por su propia naturaleza, al presuponer un exacto deslinde entre lo constitucional y lo meramente legal, pueden dar lugar a que el órgano de la constitucionalidad se adentre en ocasiones en el ámbito de la legalidad ordinaria y vaya más allá del campo de lo constitucional, que es su campo natural de juego. Conviene subrayar que esta entrada en el ámbito de la simple legalidad no es algo directamente buscado, en absoluto lo es, sino más bien todo lo contrario. Y estas competencias no pueden ser concebidas en sí mismas como competencias de mera legalidad, sino que son competencias contencioso-constitucionales, si bien la dificultad de deslinde entre lo constitucional y lo legal —a veces, junto a otras razones— hace que dichas competencias, a pesar de estar orientadas teóricamente y en su globalidad en un sentido diverso, conduzcan al órgano de la constitucionalidad, en determinados casos concretos, a entrar en los dominios de lo meramente legal, lo que no será nunca un resultado buscado, sino un resultado disfuncional a que puede llegarse en casos particulares, siempre excepcionales. Aquí podrían ser enmarcados, sin dificultades, los juicios de amparo de que conozca la Suprema Corte que versen sobre cuestiones constitucionales, especialmente las relativas a los derechos constitucionales.

c) Y en tercer lugar, aquellas otras competencias que son propias de un tribunal de casación y no de un tribunal constitucional; son competencias de mera legalidad. He aquí, justamente, el talón de Aquiles de la Suprema Corte de Justicia mexicana para ser considerada un verdadero tribunal constitucional: la atribución de competencias que hacen entrar a dicho tribunal en el ámbito de la simple legalidad, distrayéndolo de su papel como órgano de la constitucionalidad, y ello, no como resultado disfuncional que pueda producirse en determinados casos, ni tampoco por razón de la trascendencia política de dichas competencias, que podría explicar su atribución a un órgano de la constitucionalidad: son, pura y

resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes [...]” Artículo 10, X de la Constitución: “Corresponde al Pleno de la Suprema Corte conocer: De los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados por el Gobierno Federal con los Gobiernos de los Estados o el Distrito Federal, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Coordinación Fiscal, en términos de los dispuesto por la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en lo que hace a las controversias constitucionales”.

simplemente, competencias propias de un tribunal de casación y, en algún caso, hasta de un tribunal de apelación. Su atribución a la Suprema Corte no parece fácil de justificar, al menos en cuanto se pretenda conformar a ésta como un verdadero tribunal constitucional, aparte ya de que no conduce más que a resultados disfuncionales, inevitablemente. Veamos ahora cuáles son, básicamente, esas competencias a que venimos refiriéndonos:

— Funcionando la Suprema Corte en Pleno:

a) Denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por las Salas de la Suprema Corte o por los tribunales colegiados de circuito, cuando se trate de asuntos que por razón de la materia no sean de la competencia exclusiva de alguna de las Salas (artículo 10.VIII LOPJF).

b) Conflictos laborales entre la Suprema Corte y sus empleados (artículo 10.IX LOPJF).

c) Cualquier otra materia que expresamente le confieran las leyes (artículo 10.XII LOPJF).

— Funcionando la Suprema Corte en salas:

a) De los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en aquellas controversias (procesos) ordinarias en que la Federación sea parte, de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, cuando se haga uso de la facultad de atracción por tratarse de asuntos “que por su interés y trascendencia así lo ameriten”,⁶⁵ bien sea “de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República” (artículo 21.I LOPJF).

b) Del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito cuando se haga uso de

⁶⁵ Castro y Castro señala expresamente cómo resulta “sorprendente”, “desconcertante” y hasta “incongruente” (con la especialización “constitucional”, precisamente) que se atribuya a la Suprema Corte, y nada menos que a nivel constitucional, una competencia como ésta, que le atribuye “una función de Tribunal de Apelación, no sólo con esencia jurisdiccional de legalidad, sino de tribunal de segunda instancia ordinaria”. Juventino V. Castro y Castro, *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, 1996, pp. 378-379.

la facultad de atracción de los amparos directos que por su interés y trascendencia⁶⁶ así lo ameriten, prevista en el artículo 107.V.d, segundo párrafo de la Constitución (artículo 21.III.b).

c) De las controversias que por razón de competencia se susciten entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de los estados o del Distrito Federal, entre los de un estado y los de otro, entre los de un estado y los del Distrito Federal, entre cualquiera de éstos y los militares, aquellas que le correspondan a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, así como las que se susciten entre las juntas de conciliación y arbitraje, o las autoridades judiciales, y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

d) De las controversias que por razón de competencia se susciten entre tribunales colegiados de circuito; entre un juez de distrito y el tribunal superior de un estado o del Distrito Federal, entre tribunales superiores de distintos estados, o entre el Tribunal Superior de un estado y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los juicios de amparo a que se refieren los artículos 51, fracciones I y II, 52, fracción I, 53, fracciones I a VI, 54, fracción I y 55 LOPJF (artículo 21.VII LOPJF).

e) De las denuncias de contradicción entre tesis sustentadas por dos o más tribunales colegiados de circuito, para los efectos a que se refiere la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución (artículo 21.VIII LOPJF).

f) De las controversias que se susciten con motivo de los convenios a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 119 constitucional.

g) Del reconocimiento de inocencia.

h) De las demás que expresamente le encomiende la ley.

— Funcionando la Suprema Corte en Pleno o en Salas:

a) El recurso de queja interpuesto en el caso a que se refiere la fracción V del artículo 95 de la Ley de Amparo, según que el conocimiento de la revisión en el juicio de garantías en el que la queja se haga valer le haya correspondido al Pleno de la Suprema Corte de Justicia o a una de

⁶⁶ Respecto de los supuestos de atracción de amparos directos (artículo 107.V), de recursos de revisión en juicios de amparo indirecto (artículo 107.VIII) y de apelación en procesos en que la Federación sea parte (artículo 105.III), por tratarse de *asuntos cuyo interés y trascendencia así lo amerite*, ha entendido ya la doctrina que se trata de un “método que favorece la definición de jurisprudencia acerca de asuntos externos a temas de estricta constitucionalidad”.

sus salas, en los términos del artículo 99, párrafo segundo, de la misma ley (artículos 10.IV y 21.IV LOPJF).

b) Del recurso de revisión en amparo contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o tribunales unitarios de circuito, cuando se ejercite la facultad de atracción contenida en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción VIII del artículo 107 de la Constitución, para conocer de un amparo en revisión que por su interés y trascendencia así lo amerite (artículos 10.II.b y 21.II.b LOPJF).

Resulta así que la Suprema Corte de Justicia retiene un conjunto de competencias cuya atribución a un verdadero Tribunal Constitucional parece difícil de justificar, por tratarse de competencias de mera legalidad y sin una trascendencia política especial que pueda justificar el conocimiento por un órgano de la constitucionalidad. Se hace, así, problemático considerar a la Suprema Corte un tribunal constitucional en sentido estricto.

A la vista de todo lo dicho, dependerá de la posición más o menos estricta que se adopte, el que pueda considerarse a la Suprema Corte como un auténtico tribunal constitucional o, por el contrario, se sostenga que *todavía* no lo es. Pero lo que, a mi juicio, queda fuera de toda duda es que, si bien no es en sentido estricto un tribunal constitucional, el único obstáculo de peso para ello es el hecho de que, como residuo de su naturaleza anterior de tribunal (supremo) de legalidad, conserva o retiene ciertas competencias propias de los tribunales de este tipo y cuya atribución a un verdadero tribunal constitucional no parece estar justificada.

El problema de fondo que subyace a todo esto es que, como señala Fix-Fierro, la reforma de 1994 combina el modelo de tribunal constitucional con el de tribunal supremo, y si esto puede tener justificación en sistemas donde la gran mayoría de los asuntos se inician y concluyen ante los tribunales locales (Estados Unidos,⁶⁷ Brasil o Argentina), no la

⁶⁷ En Estados Unidos, en torno al 95 por ciento de los asuntos quedan sometidos a la competencia *exclusiva* de los tribunales estatales. Márquez Piñero, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 13, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/ Corte de Constitucionalidad de Guatemala/ Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1994. Y aunque el Tribunal Supremo sigue resolviendo sólo en torno a ciento cincuenta asuntos al año, la sobrecarga que experimenta obliga a los magistrados a dedicar una parte muy importante de su tiempo a la selección de los asuntos que han de ser decididos, aparte de que hay “ocasiones en que la falta de revisión de un caso deja en pie serios conflictos entre las decisiones de los tribunales de apelaciones” lo que ha conducido a que se hayan hecho diversas propuestas tendentes a reducir la carga del tribunal: “todas ellas sugieren la interposición

tiene en un país como México, “que pertenece a otra tradición jurídica y ha seguido una evolución distinta”.⁶⁸

Da la impresión de que se ha querido establecer un tribunal constitucional pero, al mismo tiempo, se ha sido un poco reacio a introducir, de manera expresa y frontal, un cambio tan profundo como puede ser éste,⁶⁹ lo que explicaría no sólo por qué se rechaza llevar esa idea, coherentemente, hasta sus últimas consecuencias, sino también el hecho de que no se le dé el nombre de tribunal constitucional, por más que la propia iniciativa presidencial y los debates parlamentarios indican que ésa y no otra era la meta propuesta.⁷⁰

De esta manera, se conserva una Suprema Corte que ya no tiene más que “residuos” de su naturaleza de tribunal de legalidad o casación y a la que, materialmente y de hecho, se convierte en un tribunal constitucional. La Suprema Corte, en efecto, se halla más cerca de ser, material y funcionalmente, un tribunal constitucional que de ser lo que su *nomen iuris* parece continuar indicando: un órgano jurisdiccional supremo de naturaleza casacional.

Al mismo tiempo que ocurre esto la jurisdicción ordinaria queda prácticamente decapitada, pues no hay un tribunal supremo o de casación en materia de legalidad ordinaria, salvo la limitada forma en que la Suprema Corte siga cumpliendo esa función en ciertos casos excepcionales. Y

de otro tribunal entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores” ¡en un país donde la mayor parte de los asuntos se inician y terminan en los propios tribunales locales! Denenberg, R.V., *Para entender la política de los Estados Unidos de América* (trad. de Margarita Montero de Gesundheit), México, Gernika, 1981, p. 103.

⁶⁸ Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995, pp. 125-126.

Aunque originariamente se estableció en México un sistema de doble jurisdicción, federal y local, que funcionaba separadamente, el sistema terminó finalmente en un Poder Judicial unitario, por cuanto todos los asuntos que se inician en los tribunales locales se llevan, o pueden al menos llevarse, ante los tribunales de la Federación por medio del amparo, al margen de que esté o no en cuestión la legalidad *federal*, con lo cual los tribunales federales acaban no sólo conociendo de cuestiones relativas a la legalidad de entidades federativas sino también, y sobre todo, constituyéndose en la realidad como superiores jerárquicos de los tribunales locales.

⁶⁹ Aparte ya de que, como dice Fix-Fierro, la acción de inconstitucionalidad en particular se ha topado “con cierta incompreensión [a veces, en el sentido más literal], incluso en círculos académicos”. Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad ...”, p. 53.

⁷⁰ Si la iniciativa se refiere a la necesidad de “consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad”, el dictamen aprobado por el Pleno del Senado, en su capítulo “De la valoración de la iniciativa”, sostiene, contundentemente, que “la reforma pretende consolidar de manera definitiva el propósito histórico de hacer de nuestra Suprema Corte un verdadero Tribunal Constitucional”.

desde nuestro punto de vista, es claro que esta situación de ausencia de una Corte Suprema en sentido estricto no podrá mantenerse por demasiado tiempo, pues, como agudamente dice la doctrina, el desarrollo que se observa en esta materia todavía no ha culminado, ya que

existen aspectos significativos no resueltos en virtud de que al otorgar a la Suprema Corte mexicana de manera cada vez más acentuada, el carácter material de una corte o tribunal constitucional, no se tomó en consideración por el órgano reformador de la Carta Federal, que en los ordenamientos en los cuales existen cortes, o tribunales constitucionales, no sólo en Europa sino también en varios ordenamientos latinoamericanos, dichos organismos especializados se sitúan al lado o por encima de los tribunales o cortes supremas, pero no se confunden con estos últimos, que es lo que ha ocurrido en el ordenamiento mexicano, en el cual todavía debe decidirse la cuestión relativa al organismo jurisdiccional que debe encabezar a los tribunales federales que resuelven las cuestiones de estricta legalidad.⁷¹

Es, por todo ello, comprensible que la doctrina se haya referido ya a la necesidad de instaurar un Tribunal Federal de Casación o una Sala Superior de los Tribunales Colegiados de Circuito.⁷² Ese momento, que no puede tardar mucho, será quizás la ocasión propicia para convertir a la actual Suprema Corte en un verdadero tribunal constitucional, con todas las consecuencias, privándole así de aquellas competencias propias de un órgano jurisdiccional de casación, o incluso de apelación, y extrañas por completo a un auténtico tribunal constitucional, de forma tal que dicho tribunal no conozca de asuntos que exceden del campo de la constitucionalidad y entran dentro del campo de la legalidad ordinaria, campo éste reservado a los jueces y tribunales ordinarios.

Mientras no sea así, y se mantenga la actual posición ambigua⁷³ de la Suprema Corte de Justicia, ésta seguirá estando más cerca —en efecto— de ser un tribunal constitucional que un órgano jurisdiccional supremo de naturaleza casacional, pero no será todavía un tribunal constitucional en el sentido más estricto de la expresión, aparte de que —y

⁷¹ Fix-Zamudio, Héctor, José Ramón Cossío Díaz y Jorge Carpizo, “La jurisdicción constitucional en México”, *cit.*, p. 762.

⁷² Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y...”, *cit.*, p. 126, nota 36; Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial...”, *cit.*, pp. 810-811; Soberanes Fernández, José Luis, “Nueva Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 23.

⁷³ Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad...”, *cit.*, pp. 56-57.

esto es más grave— su funcionamiento será, en cierta medida, e inevitablemente, disfuncional.

Como ha concluido con toda precisión Soberanes: si bien “con la reforma del 31 de diciembre de 1994 se ha ahondado en el concepto de Tribunal Constitucional”, no puede tampoco ignorarse que la Suprema Corte

todavía conserva algunos aspectos de tribunal de casación [...] lo cual se hace más patente con el hecho de que carecemos de un tribunal único de casación, al cual corresponderían tales facultades, debiendo en todo caso ir[se] pensando en [crear] un tribunal federal superior, por encima de los colegiados, especie de tribunal de casación, para que desarrolle aquella función unificadora de la jurisprudencia que Calamandrei llamara “*nomofilaquia*”.⁷⁴

⁷⁴ Soberanes Fernández, José Luis, “Nueva justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 23 y 19.

Capítulo segundo

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

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

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

CAPÍTULO SEGUNDO

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

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN GENERAL

Como es sabido, el control de constitucionalidad puede adoptar hoy una multiplicidad de formas,⁷⁵ pero, con todo, sigue plenamente vigente la diferenciación entre el sistema concentrado y el difuso⁷⁶ o, si se prefiere, *more geographico*, entre el sistema europeo (o austriaco-kelseniano) y el norteamericano. En principio, el sistema europeo se caracterizaría, en síntesis, por la concentración de la competencia de conocer de la constitucionalidad de las normas legales en un órgano *ad hoc*, conocimiento que tiene lugar de manera directa y no incidental, a instancia sólo de determinados órganos políticos, y con efectos *erga omnes*.⁷⁷

Frente a tal sistema, el americano o difuso se caracterizaría por la atribución del conocimiento de cualesquiera cuestiones relativas a la constitucionalidad de las normas a todos los tribunales en el ejercicio ordinario de la potestad jurisdiccional, de forma tal que, si un juez estima inconstitucional la ley a aplicar a un determinado caso de que esté cono-

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

⁷⁶ La terminología de control “difuso” fue propuesta por vez primera por Carl Schmitt en estos explícitos términos: “*Ich möchte dieses Wort ‘diffus’ zur Bezeichnung des Gegensatzes gegen ein bei einer einzigen Instanz konzentriertes Prüfungsrecht vorschlagen*” (“Querría proponer el término ‘difuso’ para designar el concepto opuesto a un derecho de examen concentrado en una única instancia”). Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 18, nota 3.

⁷⁷ Cfr. Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, traducción de Domingo García Belaunde y nota introductoria de Francisco Fernández Segado, *Dereito*, vol. IV, núm. 1, pp. 218 y ss.

ciendo, simplemente la inaplica en ese caso concreto: por tanto, el juicio sobre la constitucionalidad es aquí incidental (en cuanto que surgido con ocasión de un litigio concreto y real),⁷⁸ realizado por cualquier juez o tribunal (es “en cierto modo el derecho natural del Magistrado”, nos dirá Tocqueville)⁷⁹ y con efectos *inter partes*,⁸⁰ e instado por cualquier *parte en un proceso en el que deba ser aplicada la ley en cuestión*.

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

⁷⁸ “La primera característica del poder judicial, entre todos los pueblos, es la de servir de árbitro. Para que tenga lugar la actuación de los tribunales, *es indispensable que haya litigio*. Para que haya juez es necesaria la existencia de un proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una demanda, el poder judicial no tiene ocasión de ocuparse de ella [...] Cuando se pronuncia sobre una ley *sin partir de un litigio*, se sale completamente de su círculo para invadir el del poder legislativo” (cursiva mía). Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1995, p. 106.

⁷⁹ “Los norteamericanos han reconocido *a los jueces* el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales [...] En los Estados Unidos, la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley; es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente *es, en cierto modo, el derecho natural del magistrado* [...] Cuando se invoca ante los Tribunales de los Estados Unidos una ley que el juez estime contraria a la Constitución, puede rehusar aplicarla. Ése es el único poder privativo del magistrado norteamericano y una gran influencia política dimana de él” (cursiva mía). Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, cit., pp. 107-108.

⁸⁰ “La segunda característica del poder judicial es la de pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales [...] Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener en cuenta un caso particular, sale de la esfera en la que todos los pueblos están de acuerdo en mantenerlo. Se transforma en algo más importante todavía, y más útil quizá que un magistrado, pero cesa de representar al poder judicial”. Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, cit., p. 107.

⁸¹ Como con todo acierto dice Cascajo Castro, “ocurre, sin embargo, en la práctica, que la citada distinción de sistemas pierde el rigor doctrinal con que suele ser trazada. Modelos actuales de justicia constitucional demuestran la posibilidad de superar distinciones entre aspectos subjetivos, modales y funcionales que se consideraban conceptualmente diversos”. Cascajo Castro, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 21. También García Belaunde pone de relieve la existencia, junto al modelo concentrado y el difuso, de otros modelos *derivados*, que “tienen, si se quiere, un menor valor creativo pero responden a las necesidades de los pueblos y así se han consagrado en diversos ordenamientos positivos” y dentro de los derivados distingue, a su vez, entre los mixtos y los duales o paralelos. García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núms. 181-182, t. XLII, enero-abril, 1992, p. 64. Esta última distinción ha sido acogida por otros autores, como Gerardo Eto Cruz, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo (Perú), Ediciones “Derecho y sociedad”, 1992, pp. 22 y ss.

⁸² Tomás y Valiente, Francisco, “El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, en su libro recopilatorio *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 53.

a) Por una parte, en algunos sistemas de control concentrado de la constitucionalidad se han insertado elementos de algún modo difusos, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, introducida en los ordenamientos austriaco —ya en la reforma de 1929—, italiano, alemán, belga⁸³ y español, y que supone que el juez o tribunal que ha de aplicar al caso de que esté conociendo una ley que estime inconstitucional, ha de suspender el procedimiento y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional, para que sea éste el que se pronuncie, con carácter vinculante, sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.

b) En otros sistemas con un control concentrado de la constitucionalidad se admite una legitimación popular, al margen de todo interés concreto, para impugnar directamente ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una determinada ley.

c) En algunas ocasiones, y es el caso de Colombia o México, el control abstracto de un órgano supremo (Corte de Constitucionalidad colombiana o Suprema Corte de Justicia mexicana) se combina con la facultad del juez, de cualquier juez (por medio, por ejemplo, de la acción de amparo mexicana o de la acción de tutela colombiana) de desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional. Son los llamados sistemas mixtos de control de la constitucionalidad.

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

e) Un importante elemento de convergencia es también la eficacia general que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad en virtud del principio *stare decisis*, que rige en los países de tradición anglosajona y que lleva, no al simple efecto de desaplicación de la ley en el caso concreto pero con posibilidad de aplicación de otros casos sino que a lo que conduce es a que la ley, aunque permanezca todavía

⁸³ Sobre la naturaleza de la Corte de Arbitraje belga como verdadero Tribunal Constitucional, puede verse Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno"*. *Las Constituciones modernas* (trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio), México, FCE, 1996, p. 576.

on the books, se transforme en *a dead law*.⁸⁴ En otros países con control difuso —concretamente en los de tradición de derecho romano— esa unificación se ha logrado por medio de otros correctivos más o menos parecidos (la obligatoriedad del precedente con respecto al amparo en México; o el recurso extraordinario de inconstitucionalidad en Argentina y Brasil, por ejemplo).⁸⁵

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

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

⁸⁴ Este efecto del *stare decisis* ha sido precisamente lo que ha permitido al Tribunal Supremo de Estados Unidos desempeñar un papel tan relevante en el ámbito político, a juicio de Biscaretti. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo"*. *Le Costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 714.

⁸⁵ Un estudio de estas técnicas puede verse en Allan R. Brewer-Carías, "la jurisdicción constitucional en América Latina", en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 131-58.

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

Es el artículo 105.2 de la Constitución mexicana el que atribuye, tras la reforma de 1994, al más alto órgano jurisdiccional de la nación la competencia para conocer —sólo a instancia de alguno de los órganos o fracciones de órganos especialmente legitimados— de cualquier “posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”, estableciéndose originariamente una única excepción: “la materia electoral”, si bien una nueva y recientísima reforma constitucional de 22 de agosto de 1996, después de una amplia y fundada polémica en la que llegó a intervenir la propia Suprema Corte en una actuación acaso poco afortunada, ha eliminado tal excepción y ha regulado de manera frontal la posibilidad de impugnar las leyes o disposiciones generales de naturaleza electoral.

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

Esta atribución del conocimiento de la acción de inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia en exclusiva no significa que se atribuya a un único tribunal el denominado, por la doctrina germana, “monopolio de rechazo” (*Verwerfungsmonopol*),⁸⁶ de tal modo que la Suprema Corte, y sólo ella, pueda declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

⁸⁶ Como en Alemania precisa Hesse “si al Tribunal Constitucional Federal le corresponde en el marco del control normativo abstracto un monopolio completo de *examen y rechazo* (*Prüfungs- und Verwerfungsmonopol*), su monopolio en el marco del control normativo concreto se limita al *rechazo* de las normas jurídicas” (cursiva mía), pues *todo tribunal* “que tenga que decidir un caso concreto, viene obligado, conforme a su vinculación a la Constitución y a la ley, al *examen* de si las normas jurídicas, en las que se funde la resolución del caso, son válidas”, con lo cual el examen de la constitucionalidad no es privativo del Tribunal Constitucional, aunque sí que lo es el rechazo (eventual) de la ley por inconstitucional. Hesse, Konrad, *Grundzüge...*, cit., p. 268.

Lejos de ello, todos los jueces y tribunales de la Federación (civiles, penales, contencioso-administrativos y laborales), y la propia Suprema Corte entre ellos, siguen siendo competentes, no para declarar la inconstitucionalidad de las leyes ni pronunciarse con carácter general sobre su constitucionalidad, pero sí para inaplicarlas al caso concreto⁸⁷ cuando estimen que son inconstitucionales.⁸⁸

En algunos países europeos (Austria, Italia, Alemania, Bélgica y España, principalmente; no en Francia, Suiza ni Portugal), este “monopolio de rechazo” se había combinado con la posibilidad de que el juez que discrepe (*Meinungsverschiedenheiten*) o que tenga “dudas” (*Zweifel*)⁸⁹ sobre la constitucionalidad de las normas (fórmula austriaca, alemana, española y andorrana) o que, según la fórmula italiana, no considere “manifiestamente infundada” (*manifestamente infondata*) la alegación de inconstitucionalidad de una de las partes, planteara la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.⁹⁰

En otros países, como Portugal y varios latinoamericanos (como Colombia, o México por ejemplo), se había optado por una tercera vía, en algún sentido parecida, pero que en todo caso supone, aquí sí, una quiebra decidida del “monopolio de rechazo”.⁹¹ Esta tercera vía puede decirse

⁸⁷ En efecto, conforme a la LOPJF, los jueces de distrito de amparo —sea en materia penal (artículo 51.III), administrativa (52.III), civil (artículo 54.III) o laboral (artículo 55.III)— “conocerán [...] de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general” en la materia de su competencia (civil, penal, administrativa o laboral), “en los términos de la Ley de Amparo”.

⁸⁸ Precisamente en esta competencia tradicional de los jueces y tribunales federales (no de los estatales) mexicanos, ve Grant una semejanza entre el sistema mexicano y el americano, subrayando cómo “las cortes de ambos países no deciden directamente sobre la validez de las leyes y no anulan las que encuentran ser inconstitucionales. Por el contrario, la sentencia es obligatoria sólo para las partes interesadas en el caso. La ley misma permanece en las compilaciones de leyes, y puede servir de base, o ser mantenida en vigor contra otros, a menos que su validez haya sido puesta en litigio otra vez”. Clifford Grant, James Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963, p. 62. Kelsen interpreta esta inaplicabilidad por todos los jueces (norteamericanos) de las leyes inconstitucionales en los siguientes términos: “El hecho de que el órgano que aplica las leyes declare que una norma general es inconstitucional y no la aplique en un caso dado, significa que este órgano está autorizado a invalidar la norma general en un caso concreto, pues la norma como tal —la ley, el reglamento— conserva su validez y puede, por tanto, ser aplicada en otros casos”. Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad...”, *cit.*, p. 217.

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

⁹⁰ Ello es lo que lleva precisamente al profesor Fernández Segado, en España, a sostener que “no se trata, desde luego, de un monopolio riguroso”. Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 76.

⁹¹ En realidad en México habría que distinguir entre: a) el control concreto de la constitucionalidad: no hay monopolio, ni de examen ni de rechazo, de la Suprema Corte, sino que es una competencia

que es la que se ha seguido en la nueva regulación constitucional mexicana. Consiste en una combinación de un control de la constitucionalidad de tipo abstracto (1), concentrado en la Suprema Corte de Justicia (2), instado siempre por órganos políticos (3), limitado en el tiempo (4), y de efectos generales (5); y otro control de la constitucionalidad de tipo concreto o incidental (1), difuso⁹² (2), instado por cualquier ciudadano afectado en sus derechos (3), temporalmente ilimitado (4) y cuya sentencia, conforme a la “fórmula Otero”, sólo produce efectos respecto de las partes en litigio (5). Resulta así un verdadero sistema mixto, que no es por lo demás absolutamente novedoso pues, como ya se ha adelantado, ése es también aproximadamente el caso de Colombia, Perú, Brasil, Costa Rica,⁹³ Chile (aunque limitadamente),⁹⁴ El Salvador, Guatemala y de otros varios países latinoamericanos.

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

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

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

⁹² Aunque sólo parcialmente pues únicamente los jueces federales pueden inaplicar las leyes y no, como en Estados Unidos, todos los jueces y tribunales, hasta un simple juez de paz.

⁹³ Aunque es cuestión discutida: véase Hernández Valle, Rubén, “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1997, p. 90.

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

que sus efectos generales hacen que una eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de la disposición legal equivalga a la derogación pura y simple de la misma, y sus efectos no se limiten, por consiguiente, a un proceso concreto.⁹⁵

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

Entiéndase esto en el sentido de que la acción de inconstitucionalidad sólo va a ser ejercitada (por alguno de los escasos órganos políticos legitimados) en aquellas hipótesis más graves de inconstitucionalidad, y más polémicas también en términos políticos, lo cual es una experiencia general en el derecho comparado⁹⁶ y se deriva de la estructuración misma del proceso.

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

Sobre la acción de inconstitucionalidad centraremos en adelante nuestras reflexiones, en cuanto que constituye el objeto de la presente inves-

⁹⁵ No puede ignorarse, sin embargo, que las actuales Cortes Constitucionales —y esto es aplicable también, en principio, a la Suprema Corte mexicana como juez de la Constitución— disponen de un auténtico arsenal de mecanismos mucho más sutiles, pero no menos eficaces para su tarea última —la defensa de la Constitución— que la declaración de inconstitucionalidad, complejo tema éste en el que nos detendremos más adelante.

⁹⁶ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, traducción de Macarena von Carsten y José Miguel Jiménez, en el colectivo Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, edición [y revisión de las traducciones] de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, p. 836; Häberle, Peter, “El recurso de amparo”, *cit.*, p. 276.

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

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

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

No es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad, sin aludir a uno de los más geniales juristas europeos de este siglo: Hans Kelsen, quien fue en último término el responsable intelectual de la creación, a partir de una cierta “racionalización”⁹⁷ del sistema americano de control de la constitucionalidad, de los tribunales constitucionales como jurisdicción constitucional especializada, cuya competencia más característica iba a ser precisamente la de conocer de los procesos incoados

⁹⁷ Como el propio Kelsen reconoce, “fue especialmente la experiencia constitucional de los Estados Unidos la que influenció en la forma como se ha regulado esta cuestión en la Constitución austriaca”. Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad..., *cit.*”, pp. 213-231; en concreto, p. 226.

La idea del sistema austriaco como “racionalización” puede verse en Sánchez Agesta, Luis, “La Justicia Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 6, invierno de 1982-1983, p. 18; Pedro de Vega, “Prólogo” a Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 18; La Pergola, Antonio, “Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal”, en el libro en homenaje a Mortati, *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Sritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obbiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977, p. 661; y Pedro Cruz Villalón, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, p. 118, quien alude a la “real o supuesta” racionalización. Es un verdadero lugar común.

mediante las “acciones de inconstitucionalidad”,⁹⁸ o, si se prefiere, en terminología germánica, de los procesos de control *normativo* abstracto de la constitucionalidad.

Y la contribución del jurista de la escuela de Viena no se ciñó en modo alguno al plano intelectual, sino que ante todo tuvo Kelsen una participación activa decisiva en la elaboración de la Constitución austriaca de 1920, hasta el punto de que ésta se redactó sobre la base del Proyecto constitucional por él elaborado por encargo del Ejecutivo.⁹⁹ Y como es sabido, fue ese texto constitucional, conocido como *Oktober-verfassung*, el que introdujo el instituto en cuestión en el mundo de las realidades constitucionales, tal y como hoy lo conocemos.

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

A) Por una parte, algunos autores han tratado de encontrar el origen del instituto en el siglo pasado, en Colombia y Venezuela concretamente. Así, Ayala Corao, categóricamente, afirma que “la Constitución venezolana de 1858 fue la primera en consagrar el control judicial concentrado de la constitucionalidad de las leyes” y lo hizo nada menos que “setenta años antes de que Hans Kelsen expusiera en Europa su tesis

⁹⁸ Sobre los motivos que hacían en Europa al sistema difuso no sólo poco aconsejable sino también de escasas posibilidades de éxito, entre una vastísima bibliografía puede verse Cappelletti, Mauro, “Análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil *subjetivo*”, en su libro recopilatorio *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 68 y ss. Y sobre la vigencia todavía hoy, si bien con menor intensidad, de esos motivos, *id.*, “Justicia constitucional supranacional (El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional)”, en su libro recopilatorio *La justicia constitucional...*, *cit.*, pp. 222 y ss.

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

sobre el particular”.¹⁰⁰ Y también se ha señalado, como posible origen, la acción popular (“acción ciudadana”) de inconstitucionalidad instaurada en Colombia por la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales,¹⁰¹ siguiendo por lo demás la senda de la *staatsrechtliche Verfassungsbeschwerde* establecida por la Constitución suiza de 1848.

Es lo cierto, sin embargo, que en tales antecedentes —como Cruz Villalón recuerda— no hay obviamente un órgano *ad hoc* de control de la constitucionalidad,¹⁰² a lo que añadiríamos, por nuestra parte, otros datos de cierta relevancia: por una parte, que la legitimación se otorga a “cualquier ciudadano”, a diferencia de la técnica de la *Organklage*, que caracterizará patentemente al instrumento procesal kelseniano de control de la constitucionalidad; y por otra parte, que se trata de una acción ejercitable única y exclusivamente frente a actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales o locales, y nunca frente a leyes de ámbito estatal o federal.¹⁰³

Habría que decir, en fin, que, si bien puede discutirse si nos encontramos en este supuesto ante un precedente de la acción de inconstitucionalidad (y pienso que, efectivamente, lo es), lo que, en todo caso, está fuera de toda duda, es que no es ése el origen de la misma tal y como es conocida hoy en los modernos sistemas de justicia constitucional, sino que su origen en sentido propio se encuentra en el Tribunal Constitucional austriaco instaurado por la Constitución de 1920, sin que haya habido ninguna influencia probada del precedente venezolano ni en Kelsen, ni en el proceso de elaboración de la mentada Constitución. La estructura de la acción, por lo demás, presenta, en el pensamiento kel-

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

¹⁰¹ Ortiz, Julio César, “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIV, núm. 71, mayo-agosto de 1991, pp. 489 y ss. “Por esto, dentro de la tradición de nuestros juristas, resulta extraño que el único vocero de la ciencia política y del Derecho que predica en Europa la necesidad de establecer el control concentrado o austriaco como válido para toda América Latina, el ilustre procesalista Mauro Cappelletti, no se haya percatado de que el sistema que él propone surgió como modelo apenas secundario o derivado más de un siglo después de que en nuestro medio se haya implantado el sistema americano y después de la consolidación del arraigado sistema de Colombia” (p. 490).

¹⁰² Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 116 y la doctrina allí citada.

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

seniano características propias y diferenciadas de las que existieron en Colombia y Venezuela (especialmente la legitimación restringida), todo ello al margen ya de la eficacia de unas y otras, bien distinta por cierto.

B) Por otra parte, junto al modelo austriaco, podría aludirse al ejemplo —casi sincrónico, pero en realidad unos meses anterior— de Checoslovaquia, que no con poca frecuencia es preterido como antecedente y al que la doctrina austriaca trata de “restar importancia”.¹⁰⁴ Con todo, no puede ignorarse que hay razones de peso que explican y justifican ese relativo “desinterés”, referidas especialmente a la “eficacia y capacidad de perfeccionamiento” del sistema austriaco por contraposición al checoslovaco,¹⁰⁵ y su experiencia prolongada en el tiempo, así como a la labor “de teorización, de divulgación y, no en último término, de participación directa de Hans Kelsen”.¹⁰⁶

No deja asimismo de ser significativo que el Tribunal Constitucional checoslovaco no haya tenido oportunidad de ejercer el control de constitucionalidad, ni haya tampoco creado ninguna jurisprudencia en sus dieciocho años de existencia formal.¹⁰⁷

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

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

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

¹⁰⁵ Ya en 1931 Kelsen reprochaba a Schmitt que no descendiese de las alturas de su abstracción y pasase así por alto “el hecho de que existe un Estado —a saber, Austria— en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado”. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción y notas de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 31.

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

¹⁰⁷ Enelhardt, Dieter, “Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 8, 1959, p. 118. Junto a esto, ya el propio jurista mexicano Reyes subrayaba cómo “ella [la teoría de Kelsen] inspiró leyes provisionales de Austria anteriores a la Constitución checoslovaca; por eso, aun cuando ésta sea en unos meses anterior a la austriaca, el sistema se llama fundadamente ‘austriaco’”. Reyes, Rodolfo, *La Defensa de la Constitución*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, p. 46. Otokar Flanderka, por su parte, concluye el estudio histórico de los antecedentes del tribunal constitucional en su tesis doctoral leída en 1926 (*Le controle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie*, Université de Paris, 1926, p. 34) del siguiente modo: “Quosqu’il en soit, il est vraisemblable que l’exemple de la nouvelle République autrichienne joint aux souvenirs laissés par les ordonnances impériales de l’ancienne monarchie, soit à l’origine de la création para les constituants tchécoslovaques d’un Tribunal Constitutionnel”.

a) En primer lugar, hay que mencionar la Ley austriaca de 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios Kelsen tuvo un papel decisivo, y que implantó en Austria un Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Ahora bien, la importancia de esa ley, a efectos del control normativo de la constitucionalidad, “se agota en el *nombre* de este Tribunal: por vez primera se crea un Tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional”, pero que no se trata en todo caso de un tribunal de control de normas (*Prüfungshof*), por cuanto que no se contempla su función de control de la constitucionalidad de las leyes. Y si bien en la Exposición de motivos de la ley, cuya redacción se debe al propio Kelsen, se reservaba la creación de un tribunal “al servicio de la Constitución en todas direcciones” a la Asamblea Nacional Constituyente, lo cierto y verdad es que, hasta que ésta tuvo lugar, la situación en cuanto al control de la constitucionalidad “seguía siendo la misma que bajo el Imperio: prohibición absoluta del control judicial de las leyes correctamente promulgadas”.¹⁰⁸

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

c) Un tercer y último momento en esta evolución viene constituido por la consagración formal de un sistema de justicia constitucional au-

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

tónoma y concentrada en un único tribunal, conocido como Tribunal Constitucional, y que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes. La premisa teórico-jurídica de este Tribunal es la concepción del ordenamiento jurídico como una suerte de pirámide normativa, de forma tal que la jerarquía normativa se garantiza por medio del control de conformidad de las normas de rango inferior con las de grado superior.¹⁰⁹ El Tribunal Constitucional no es más que un instrumento técnico al servicio de esa idea, siendo su función la de llevar a cabo el control de conformidad de las leyes con la Constitución en cuanto que *Norma Normarum*.

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

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

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

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

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

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

Debemos, en esa línea, empezar señalando cómo el cambio puramente estructural, operado por el sistema austriaco-kelseniano, de concentrar la jurisdicción constitucional en un solo tribunal “esconde en realidad una almendra bastante más profunda”.¹¹⁰ Y es que Kelsen concebirá, en efecto, al tribunal constitucional no como un verdadero tribunal, pues lo característico de éstos es aplicar una norma previa a hechos concretos,¹¹¹ de los que el Tribunal Constitucional sin embargo no conoce, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley.

El Tribunal Constitucional es, para Kelsen, un legislador negativo¹¹² pues, aunque se organiza en forma de tribunal, “no ejercita en realidad una verdadera función jurisdiccional”, y ello porque la anulación de una ley significa establecer “una norma general, puesto que tal anulación tiene el mismo carácter de generalidad de la formación de la ley, siendo por así decirlo una creación de signo negativo, y por consiguiente una función legislativa”.¹¹³

Esta concepción del tribunal constitucional como “legislador negativo” lleva a Kelsen a hablar, congruentemente, de una verdadera “división del poder legislativo en dos órganos”:¹¹⁴ el Parlamento, que tiene la iniciativa de las leyes; y el Tribunal Constitucional, que tiene una facultad de eliminar las leyes que contradigan la Constitución. Ahora bien, Kelsen hace la importante precisión de que el Poder Legislativo del Tribunal es meramente negativo, lo que lleva a una doble consecuencia:

¹¹⁰ García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 43.

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

¹¹² Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en el libro recopilatorio Hans Kelsen, *La Giustizia Costituzionale*, traducción de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio La Pergola, Milano, Giuffrè, 1981, p. 174; *id.*, *¿Quién debe ser el defensor...?*, cit., p. 37. Como nos dice Gomes Canotilho, en la concepción kelseniana, el control de constitucionalidad no es propiamente una *fiscalización judicial*, sino una *función constitucional autónoma que tendencialmente se puede caracterizar como función de legislación negativa*, y ello incluso una vez que se reconoce a ciertos órganos jurisdiccionales la facultad de plantear al Tribunal Constitucional la constitucionalidad de cualquier ley, pues, incluso en tales casos, el Tribunal no conoce de ningún caso concreto (que queda reservado a la apreciación del tribunal *a quo*) ni desenvuelve tampoco ninguna actividad judicial. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 965.

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

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

a) Por una parte, que carezca de la “libre creación que caracteriza a la actividad legislativa”, ya que la anulación de una ley es “esencialmente” “aplicación de las normas de la Constitución”;¹¹⁵

b) Y, por otro lado, tiene como consecuencia que el tribunal constitucional no pueda actuar nunca de oficio (no tiene iniciativa legislativa), sino únicamente a instancia de parte,¹¹⁶ es decir, siempre que previamente esas normas sean impugnadas por los órganos políticos legitimados para ello o, a lo sumo, según admite posteriormente y se consagrará constitucionalmente en la reforma constitucional austriaca de 1929, por los tribunales (superiores) con facultades de plantear ante el tribunal constitucional la constitucionalidad de una norma que tengan que aplicar a un caso de que están conociendo.

Y la función del Tribunal Constitucional no es para Kelsen una función judicial en sentido estricto,¹¹⁷ ni el Tribunal Constitucional propiamente un tribunal, en cuanto que no conoce de ningún caso particular con intereses concretos de las partes, pues incluso en las hipótesis en que, sólo tras la reforma de 1929, esos casos concretos —con intereses contrapuestos de las partes— existen, su conocimiento queda reservado al tribunal *a quo*. El control de constitucionalidad, concluirá Kelsen un conocido artículo publicado ya en 1942, “es una función legislativa y no meramente judicial”.¹¹⁸ Y ello es así porque el Tribunal Constitucional, en la originaria concepción kelseniana, sólo conoce, en abstracto —desligado, pues, de casos e intereses concretos—, de la compatibilidad o incompatibilidad lógica de dos normas igualmente abstractas, que son la Constitución, como norma superior, y la ley, como norma subordinada.

Esa concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como un legislador negativo y de su actividad como una verdadera intervención en

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Idem*, p. 196.

¹¹⁷ Como dice García de Enterría, en la concepción de Kelsen “el Tribunal Constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del poder judicial, puesto que no aplica normas previas a hechos concretos, sino en cuanto que limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar a las no compatibles, es un órgano legislativo, un órgano que aboga Leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales, *fuerza erga omnes* que tiene, pues, una naturaleza puramente legislativa. Es, en consecuencia, el Tribunal Constitucional un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo, dice Kelsen”. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 132.

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

el Poder Legislativo (*Eingriff in die gesetzgebende Gewalt*), tiene, además de las consecuencias a que nos hemos referido con anterioridad, una doble implicación respecto de las declaraciones de inconstitucionalidad de ese Alto Tribunal:

a) Tales declaraciones han de tener *valor constitutivo y no declarativo*, por lo que producen sus efectos para el futuro, nunca retroactivamente y ello porque toda ley, en tanto no es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, es absolutamente válida, motivo por el cual precisamente no puede ser inaplicable por los jueces, quienes sólo podrán, y aun deberán, “inaplicarla” (en cuanto que ya nula) una vez que se haya producido aquella declaración por el Tribunal Constitucional, verdadera derogación por el legislador negativo.

De ello se deriva que el vicio de inconstitucionalidad es un vicio de anulabilidad, no de nulidad; la ley no es nula en tanto el Tribunal Constitucional no interviene y así lo declara expresamente, derogándola. El Tribunal Constitucional, como pone de relieve Cappelletti,¹¹⁹ no declara una nulidad, sino que anula, casa (*aufhebt*) una ley que, hasta el momento en el cual se publica el pronunciamiento del Alto Tribunal, es válida y eficaz.

b) La declaración de inconstitucionalidad tiene siempre *efectos generales* (*Allgemeinwirkung*), como es propio de las leyes. Más aún, dirá Kelsen, tienen una verdadera “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*).¹²⁰

La instauración por la *Oktoberverfassung* de un Tribunal Constitucional autónomo es tributaria, ante todo, de la decidida y activa participación de Kelsen en la elaboración de la Constitución austriaca de 19 de octubre de 1920 —de hecho ésta se redactó, como ya se ha señalado, sobre la base del Proyecto constitucional elaborado por el jurista vienés por encargo del Ejecutivo—,¹²¹ por lo que no puede extrañar que las

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

¹²⁰ Tal y como se establece hoy en el derecho positivo alemán. Sobre este tema, uno de los mejores estudios continúa siendo el de Klaus Vogel, “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en el colectivo Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1976, t. I, *cit.*, pp. 612-613. Otro más reciente, con un estudio de las (poco —y a veces, mal— conocidas) raíces históricas y origen del concepto de fuerza de ley, y en el que se afirma abiertamente que lo que por “fuerza de ley” ha de entenderse es algo que permanece poco claro hasta el día de hoy en el derecho constitucional alemán, es el de Klaus Rennert, “Historisches zur Bindungswirkung und Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Der Staat*, t. 32, núm. 4, 1993, pp. 527 y ss.

¹²¹ Tal y como nos recuerda el propio Hans Kelsen en “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, p. 145. Por lo demás, Kelsen fue electo miembro titular del Tribunal Constitucional en su primera composición, y más adelante fue relator permanente, jugando un papel relevante en la actividad jurisprudencial

ideas de Kelsen se plasmasen en la configuración constitucional del Tribunal Constitucional. De este modo, puede decirse, sin miedo a exagerar, que a Kelsen se debe la introducción en el mundo de las realidades constitucionales¹²² del que en adelante, con su control de constitucionalidad de “marcado carácter abstracto y objetivo”¹²³ (iniciado o *provocado* por la acción de inconstitucionalidad), iba a ser conocido como modelo austriaco-kelseniano puro de justicia constitucional, modelo que estaba destinado a experimentar con el tiempo una notable evolución que lo acercará en diversos aspectos al modelo contrapuesto: el norteamericano.¹²⁴

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

de dicho Tribunal, jurisprudencia a través de la que dicho Tribunal, como el mismo Kelsen nos recuerda, entró en un conflicto con el gobierno “que puso en peligro su existencia” misma. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor...?*, cit., p. 74. A finales de 1929, el Tribunal Constitucional fue reformado, disponiéndose que la elección de sus miembros correspondería directamente al gobierno, quedando los jueces vitalicios —entre ellos, Kelsen— separados de sus cargos a partir del 15 de febrero de 1930. Kelsen dejó Austria, pasando a la Universidad de Colonia, donde inició su actividad docente en el verano de 1931. Fue allí donde redactó la última obra que he citado y, en su carácter de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, propuso a Schmitt hacerse cargo de la cátedra de Derecho Público, lo que demuestra la alta consideración del jurista vienés por su colega alemán. Como contrapartida, es de lamentar que Schmitt, en el crítico año de 1933, se negase a interceder contra la expulsión de Kelsen de la Universidad, quien acabaría exiliado en Estados Unidos. Gassió, Guillermo, “Estudio preliminar” a Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor...?*, cit., p. XVI.

¹²² Su creación iba a dar lugar a una fuerte polémica, hoy clásica, a la que aquí no podemos referirnos, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos de los mayores juristas de este siglo y de todos los tiempos. Sobre ello puede verse Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994. Por cierto, que, en su respuesta a Schmitt, Kelsen dirá que la abstracción y formalismo que se le achaca a la Escuela de Viena no ha impedido a ésta realizar un buen aporte creativo en lo jurídico, como pueda ser, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco, que entonces llevaba ya diez años funcionando. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser...?*, cit., p. 32.

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

¹²⁴ Evolución a nivel mundial, pero también en la propia Austria. En efecto, el sistema, originariamente (en 1920), sólo preveía un control *abstracto* (al margen de toda controversia o litigio concreto), por un tribunal especial (*Verfassungsgerichtshof*) y a iniciativa de determinados órganos políticos (gobierno federal y gobiernos de los *Länder*), mediante una acción especial (*Antrag*). Sin embargo, ya en 1929 se inicia la evolución en la propia Austria, por medio de la importante reforma constitucional de 1929, que introduce un control (limitadamente) concreto de la constitucionalidad, ajeno en principio a este sistema. En efecto, en virtud de dicha reforma constitucional, se otorgó al Tribunal Supremo para lo civil y penal (*Oberster Gerichtshof*), así como al de lo contencioso-administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), la facultad de plantear ante el Tribunal Constitucional la compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución de una ley que es relevante para resolver una concreta controversia (civil, penal, administrativa) de que esos tribunales han de conocer, suspendiendo el correspondiente proceso.

de 1931,¹²⁵ va a ir siendo aceptado progresivamente por la doctrina constitucional europea y, sobre todo, va a generalizarse a nivel de derecho constitucional positivo a partir de la segunda guerra mundial, siendo continuo el incremento de países que cuentan con Tribunal Constitucional: Austria, Italia, Alemania (y también prácticamente todos sus *Länder*, incluidos los surgidos de la reunificación), España, Andorra, Portugal, Grecia, Francia (si consideramos como tal al Consejo Constitucional), Rusia, Egipto, Polonia, Hungría, Turquía, Chipre, Malta, Corea del Sur, Colombia, Perú, Chile, Guatemala, Ecuador, Bolivia, Croacia, Estonia, Lituania, Namibia, Rumanía, Sudáfrica, Eslovaquia, Madagascar, Albania, Armenia, Bulgaria, Croacia, Hungría, Macedonia, República Checa, Serbia o Costa Rica.¹²⁶ En todos ellos, existirá una acción de inconstitucionalidad como instrumento procesal por el que ciertos órganos políticos (o, en algún caso, cualquier persona) pueden plantear ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley.

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

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

b) y por otra parte, esa experiencia comparada permite constatar otro dato, no menos relevante que el anterior: el modelo de Tribunal Constitucional acogido por las nuevas constituciones —ya, manifiestamente, por la italiana de 1947 o la alemana de 1949 y, después, entre otras muchas, por la española de 1978— no va a ser el modelo kelseniano del “legislador negativo”, “sino el americano de jurisdicción, el Tribunal

¹²⁵ No obstante, el modelo que acoge esta Constitución española se acerca todavía mucho más al sistema americano, aunque su estructura y funcionamiento son típicamente kelsenianos. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit., pp. 161 y 191.

¹²⁶ En Costa Rica se trata en realidad de una Sala de lo Constitucional, integrada en la Corte Suprema pero dicha Sala, en palabras de su propio presidente, “no forma parte de la Corte Suprema sino que es un pleno tribunal constitucional exclusivo con jurisdicción constitucional suprema e incluso es el árbitro de su propia competencia y de la competencia de la Corte Suprema”. Ello, con todo no puede oscurecer el dato de que dicha Sala, orgánica y administrativamente, no se integra en la Corte Suprema. Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en...”, cit., p. 366.

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

Esto es hoy tesis común en las doctrinas

— austriaca¹³⁰

— alemana,¹³¹

— italiana¹³²

¹²⁷ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 134. En un análisis reciente de derecho comparado, Garlicki y Zakrzewski ponen también de relieve como el tratamiento de los Tribunales Constitucionales como simple “législateur négatif” es “insuffisant”. Garlicki, Leszek y Zakrzewski, Witold, “La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, I, 1985, p. 31.

¹²⁸ Cascajo Castro va incluso más allá, y señala, en opinión a nuestro juicio certera, que “quizá no sea demasiado aventurado proponer que, en la evolución de los actuales sistemas europeos de jurisdicción constitucional, late una profunda inspiración no ya sólo de un determinado concepto de Constitución, sino también de un particular entendimiento de la democracia, a saber, el de la democracia constitucional anglosajona” frente a la “visión jacobina y asamblearia de la democracia”. Cascajo Castro, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, cit., pp. 36-37. Sobre el concepto norteamericano de Constitución, puede verse Dahl, Robert A., *A preface to democratic Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1956, del que hay una reciente traducción al español de González, José Luis, *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987.

¹²⁹ Sobre la misma puede verse Kelsen, Hans, “*La garanzia giurisdizionale...*”, cit., pp. 145 ss. y las pp. 152 y ss. Para Kelsen, “el legislador está vinculado a la Constitución sólo por lo que se refiere al procedimiento y [sólo] de modo totalmente excepcional por lo que se refiere al contenido de las leyes” (p. 174, cursiva mía).

¹³⁰ Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en el colectivo *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 274-275, donde se señala que el Tribunal Constitucional no es un mero “legislador en sentido negativo”, sino que también puede desempeñar el papel de legislador en sentido positivo, aparte de que la protección de los derechos fundamentales y la creación jurisprudencial de verdaderas normaciones supone un notable acercamiento a la *judicial law* anglosajona.

¹³¹ Como nos dice Schlaich, “el TCF es en sus funciones materialmente un Tribunal. Esto es incuestionable”. Véase Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H. Beck, 1994, pp. 25 y ss.; también p. 78, donde se nos dice que mediante los procesos de control de normas se desarrolla una actividad judicial normal y las sentencias dictadas en estos procesos no son “legislación negativa” (como tampoco las sentencias de los tribunales contencioso-administrativos son administración negativa) ni legislación funcional, ni legislación constitucional o participación en el poder constituyente, como tampoco, en fin, es el Tribunal Constitucional una tercera cámara, sino un verdadero tribunal y su función es *iuris dicere*, la jurisprudencia. Véase también Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen des § 13 Nr. 6 (Abstraktes Normenkontrollverfahren)”, en el colectivo Dieter C. Umbach y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichts-gesetz ...*, cit., p. 978: “Die Diskussion ist heute —jedenfalls formal— entschieden. Das BVerfG gehört zur Judikative”. Por último, cfr. Christine Landpried, “The judicialization of politics...”, cit., p. 122; Helmut Steinberger, *200 Jahre amerikanische Bundesverfassung*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1987, pp. 35 y ss.

¹³² Así, refiriéndose no sólo a Italia, nos explica Cappelletti (“El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, traducción de

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

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

Jorge Rodríguez-Zapata, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, enero-abril de 1982, p. 19) cómo la tesis kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo “ha sido ya abandonada en forma general”, bien es cierto que no sin alguna llamativa excepción.

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

¹³⁴ Hay que reconocer que en la doctrina española apenas se han suscitado reflexiones en profundidad sobre este punto, a pesar de su importancia teórica y práctica e incluso continúa vigente en cierta medida la concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo. Con todo, hay excepciones. Y así Manuel Aragón Reyes (“El sistema español de justicia constitucional. Comentario Introductorio al Título IX”, en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988, pp. 24 y ss.) subraya cómo “cuando, como consecuencia de una serie de circunstancias, que no viene al caso aquí detallar, se recibe en Europa, poco a poco (aunque la eclosión ocurra en la segunda postguerra), el concepto norteamericano de Constitución [...] el modelo kelseniano de justicia constitucional queda plenamente obsoleto y en Europa se intenta no el cambio radical del mismo, sino su adaptación a esta nueva realidad. Adaptación como mixtura, como transacción entre el modelo ‘difuso’, que es el que resulta coherente con el concepto de Constitución que ahora se recibe, y el modelo de jurisdicción ‘concentrada’ y especial que es el que resultaba coherente con el concepto de Constitución que ahora abandona”. Pero quizás haya sido De Vega, desde una perspectiva general, uno de los primeros en la doctrina española no sólo en reparar en este abandono del modelo kelseniano puro, sino también en poner de relieve uno de los factores que han conducido a ello: “¿cómo se puede compaginar la Justicia Constitucional, como Guardián de la Constitución, que requiere y presupone —según las propias palabras de Kelsen— una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la Justicia Constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los Tribunales Constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua [inherente a las actuales Constituciones, que son ‘el resultado de un consenso, en el que confluyen intereses dispares, y a consecuencia del cual surge, como lógico correlato, una buena dosis de ambigüedad en el enunciado de bastantes de sus principios ordenadores básicos’], en cuyo caso, en cuanto legisladores positivos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del Parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los Tribunales Constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciias propias, establecen un *modus operandi* de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de Guardián de la Constitución queda definitivamente lastimada”. Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 23 (la cita entre paréntesis la tomo de la p. 22).

¹³⁵ El contraste entre el concepto norteamericano de Constitución y el concepto europeo no ha sido objeto, ni en Europa ni en América, de un análisis doctrinal en profundidad. Una excepción notable a este panorama viene constituida por el esclarecedor y oportuno trabajo, referido a los momentos históricos iniciales, de Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, 1994 (recientemente traducido al italiano, CEDAM, Padua, 1997). Unas reflexiones complementarias del mismo autor sobre la cuestión pueden verse en su trabajo *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Barcelona, Working Papers, núm. 177, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996. Otra de las pocas reflexiones de cierta profundidad en la doctrina española sobre esta superación del modelo kelseniano de Tribunal Constitucional es el reciente trabajo de Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre

influido también decisivamente en la concepción europea de la jurisdicción constitucional. Pero ello no debe impedirnos reconocer la importante contribución que la doctrina de Kelsen supuso no sólo en los *inicios* de la justicia constitucional europea —de la que el citado autor se presenta como verdadero padre biológico—, sino también en la justicia constitucional *actual*.

En efecto, si bien es cierto que en la evolución más reciente —y no tan reciente—¹³⁶ el modelo kelseniano puro de Tribunal Constitucional como legislador negativo ha sido superado ampliamente —en la propia regulación y en la práctica cotidiana (jurisprudencial) de estos tribunales—, no lo es menos que la “fórmula estructural”, la estructura, de estos tribunales es fruto de la original creación de Kelsen y, aunque sea de modo sólo “provisional”,¹³⁷ dicha estructura aún hoy se mantiene.

Nos referimos con ello, obviamente, a la concentración en un sólo tribunal *ad hoc* de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes (a); a la legitimación para impugnar la constitucionalidad de las leyes reconocida no a sujetos particulares, sino sólo a determinados órganos políticos (b); así como a la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad, residuo claro de la consideración de las mismas como ley negativa o derogatoria pero que es una exigencia técnica inexcusable de la estructura concentrada del Tribunal (c); y por último, a la eficacia en ningún caso retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad; (d) si bien es cierto que algunos de estos elementos han sido abandonados, o van siéndolo progresivamente, en algunos de los más recientes sistemas de justicia constitucional, por medio de la acción popular de inconstitucionalidad o la convivencia de los Tribunales Constitucionales con un sistema (parcialmente, al menos) difuso de control constitucional, por citar sólo alguna de las más relevantes tendencias.

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

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

¹³⁷ En el sentido de Manuel Aragón Reyes, “El sistema español ...”, *cit.*, p. 27 quien dice que todo el sistema europeo de jurisdicción constitucional no es un modelo “por entero acabado” pero sí un sistema “de transición” hacia otro modelo distinto “que no es tampoco exactamente el simple calco del modelo americano” pero en todo caso coherente con el nuevo concepto de Constitución adoptado en Europa y que no es otro que el concepto norteamericano de la Constitución como norma pues los tribunales constitucionales son coherentes “con un concepto de Constitución que ya no existe”.

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

Cabría discutir si la terminología adecuada para designar al instituto cuyo estudio estamos abordando es la de *acción* o la de *recurso* de inconstitucionalidad. Es sabido que en Alemania, como en otros países, no se plantea este dilema terminológico, y se habla de *abstrakte Normenkontrolle*¹³⁸ a secas. En España, en cambio, la expresión “recurso de inconstitucionalidad” aparece utilizada ya en los años veinte,¹³⁹ si bien con un sentido distinto al actual, terminología hoy consagrada en España incluso a nivel constitucional,¹⁴⁰ y utilizada ya, por lo demás, por la Constitución republicana de 1931 y que han seguido también, recientemente, diversas Constituciones.¹⁴¹

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

¹³⁸ Parece que la concisa expresión de *Normenkontrolle* se utiliza por vez primera en un trabajo de Friesenhann de 1932, aplicado precisamente al control calificado como “abstracto” (*abstrakte Normenkontrolle*). Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, cit., p. 30, nota 10.

¹³⁹ Probablemente haya sido Alvarado el primero en utilizar esta terminología, si bien con un sentido netamente distinto, referido a un control concreto: Alvarado, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, Madrid, Editorial Reus, 1920, prólogo de Clemente de Diego. Véase el artículo 44 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929, que regulaba los “recursos por inconstitucionalidad de las leyes”.

¹⁴⁰ Esta terminología está consagrada *constitucionalmente* no sólo para el control abstracto de la constitucionalidad, sino también para el control concreto, que habría de llamarse en principio —a la luz de la dicción clara y terminante del artículo 161.1.a de la Constitución española— recurso de inconstitucionalidad *en vía incidental* o algo semejante, por contraposición al recurso en vía directa. Pero lo cierto es que la temprana LOTC utilizó una terminología distinta (“cuestión de inconstitucionalidad” para el control incidental o indirecto, frente a “recurso de inconstitucionalidad” para el control abstracto o directo), que ha terminado, a la postre, por imponerse en la doctrina y en la propia práctica forense, por más que su encaje en el citado precepto constitucional sea un tanto dudoso.

¹⁴¹ Es el caso, concretamente, de la Constitución nicaragüense, que —tras la reforma de 1994— alude en su artículo 187 al llamado “recurso de inconstitucionalidad”. Y justamente esa expresión (*recurs d'inconstitucionalitat*) es la que utiliza también el artículo 99 de la Constitución andorrana.

pre en el ámbito jurídico, pero todavía de un modo más acentuado si cabe en el sector jurídico-procesal.

La cuestión estriba sustancialmente en que, frente a la terminología de “recurso” de inconstitucionalidad, cabe aducir que no se trata, en sentido procesal estricto, de un *recurso* sino de una *acción*, por cuanto que dicho instrumento procesal tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción,¹⁴² y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado.¹⁴³ Desde esta perspectiva sería más correcta la terminología mexicana y latinoamericana¹⁴⁴ en general, que habla de acción de inconstitucionalidad.

Y, efectivamente, hay que reconocer que no hay ningún proceso anterior al que se inicia mediante la acción de inconstitucionalidad, ninguna instancia previa, ni hay tampoco, por todo ello, ninguna sentencia anterior a aquélla por la que, *fuera de los casos de terminación anormal del proceso*, se pondrá fin al proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad. Así pues, mediante el instrumento procesal al que venimos refiriéndonos se inicia o incoa, por vez primera, un proceso en su ple-

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

¹⁴³ Ése es, justamente, el motivo que lleva a la doctrina mexicana a diferenciar una doble vertiente del juicio de amparo “contra leyes” (con efectos exclusivamente *inter partes* de la sentencia): la acción de inconstitucionalidad (que implica un ataque frontal y directo a la ley) y el recurso de inconstitucionalidad (que implica, no un ataque directo a la ley, sino sólo indirecto a través de la impugnación de una resolución judicial ordinaria, a la que se reprocha haber aplicado normas inconstitucionales). Fix-Zamudio, Héctor, Jorge Carpizo y José Ramón Cossío Díaz, “La jurisdicción constitucional en México”, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaúnde, *La jurisdicción constitucional...*, cit., p. 763. Conviene aclarar, en todo caso, que tanto la acción como el recurso de inconstitucionalidad a que acabo de referirme son institutos bien diversos de la acción de inconstitucionalidad que constituye el objeto de este trabajo. La consagración constitucional de la acción de inconstitucionalidad del artículo 105 hace confusa la anterior terminología, por lo que, a fin de evitar anfibologías, podría proponerse llamar “acción de amparo de inconstitucionalidad” a aquella vertiente del juicio de amparo contra leyes por la que se impugna directamente la ley, frente a la que deberá ser en adelante “acción de inconstitucionalidad” por antonomasia, a la que en todo caso podría también designarse en propiedad como “acción *abstracta* de inconstitucionalidad”.

¹⁴⁴ Es un término “utilizado en los ámbitos jurisdiccionales latinos y no siempre con los mismos alcances”. García Belaúnde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad...”, cit., p. 61. Aunque no en toda América Latina se utiliza la terminología de “acción” y así, por ejemplo, en Bolivia se habla también de “recurso” (de inaplicabilidad de la ley por inconstitucional) y no de acción. No deja de ser paradójico que también en México, a pesar de la consagración jurídica de la terminología más exacta de “acción”, en ambientes legos en derecho, y a veces no tan legos, se hable también de “recurso” de inconstitucionalidad o expresiones análogas, intercambiándolas con la fórmula consagrada constitucionalmente de “acción de inconstitucionalidad”. Véase, a título de ejemplo, la primera plana del diario *El Universal* de 8 de enero de este mismo año.

nitud, una primera y también única instancia, y no nos encontramos, por tanto, ante una impugnación de una resolución emitida en otro proceso judicial anterior. En este sentido, hay efectivamente que reconocer que, si el recurso es “aquel mecanismo técnico-jurídico que sirve para impugnar una resolución judicial”, estando legitimados para ello sólo aquellos que sean parte en el proceso inicial, es claro que el llamado “recurso” de inconstitucionalidad no es tal recurso. Por lo tanto, el instrumento procesal que comentamos es, en cuanto que acto provocador de la jurisdicción, una acción y no un verdadero recurso.

Dicho todo lo cual, inmediatamente hay que aclarar que la consagración en España, y otros países, de la terminología de “recurso” de inconstitucionalidad puede tener, si no me equivoco, una cierta explicación o justificación. Y es que tanto en España, y Europa en general, como en México, a partir por lo demás de la experiencia francesa, se habla también de “recurso” (así: literalmente) por relación al proceso contencioso-administrativo. Esto último se explica porque se parte de la concepción del acto administrativo como una “decisión ejecutoria”, con lo que se quiere venir “a subrayar que la cualidad fundamental de los actos administrativos, a diferencia de los actos privados, es estar dotados de presunción de validez y fuerza ejecutoria, lo que les asemeja [...] a las sentencias judiciales”.¹⁴⁵ Y justamente es esa concepción del acto administrativo como “una suerte de sentencia judicial de primera instancia” lo que permite entender a los recursos administrativos y al proceso contencioso-administrativo mismo como una suerte de “recurso” de apelación,¹⁴⁶ por más que, desde una perspectiva procesal estricta, haya que reconocer que no nos encontramos ante un recurso¹⁴⁷ en sentido estricto.

Así pues, en el ámbito administrativo, aunque no hay ningún proceso (judicial) anterior, es obvio que se ha dictado un acto administrativo (efectivo y real o presunto, no importa), que es precisamente el que se “recurre” (no importan tampoco ahora las razones de esa impugnación, ni que se actúe en reacción a una afectación a la esfera individual o “en

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

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

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

favor de la ley”) y justamente sobre esa idea se basa toda la conocida construcción del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De modo análogo, cabría razonablemente entender, por evidente razón de analogía¹⁴⁸ con los recursos contencioso-administrativos,¹⁴⁹ que por medio de la vía que comentamos —de planteamiento de la constitucionalidad— lo que se hace es impugnar, no un acto administrativo, pero sí una ley dictada por el órgano competente para ello (el Parlamento), impugnación que se realiza frente al órgano competente para conocer de esa impugnación (y que no es aquí la jurisdicción contencioso-administrativa, sino el Tribunal Constitucional) y que utilizará como parámetro, no la ley, sino la propia Constitución y que habrá, naturalmente, de respetar al máximo la libertad de configuración del legislador, de amplitud mucho mayor a la discrecionalidad administrativa.

No hay, pues, un proceso anterior, pero sí hay un acto previo, dictado con anterioridad y frente a cuya autoridad, eficacia, presunción de validez y ejecutividad plena se recurre.¹⁵⁰ Las circunstancias y las consecuencias, así como la entera estructura procesal (el proceso mismo, los órganos legitimados, el órgano competente, etcétera), varían según se impugne

¹⁴⁸ Como nos dice Favoreu, mientras “el contencioso abstracto originado por un recurso directo contra una ley les parecerá [a los juristas norteamericanos] incompatible con la noción de jurisdicción”, “un jurista europeo [en cambio] verá en ello un paralelo con los recursos administrativos que existen desde hace mucho tiempo en diversos países”. Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 101.

¹⁴⁹ Es incontrovertible que si el proceso constitucional tiene analogía con algún proceso, no es con el proceso civil ni con el penal o el social sino justamente con el contencioso-administrativo y ello, “en cuanto el proceso constitucional es también, básicamente de impugnación, de normas, de actos o de conductas”. Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias...*, *cit.*, p. 122. Es una idea generalmente admitida en Europa y, así, puede Gomes Canotilho decir que “la justicia constitucional es, en cierto modo, una extensión de la idea subyacente a la justicia administrativa: someter al control de los tribunales los actos de los órganos políticos y legislativos (y no sólo de los actos de la Administración) y verificar su conformidad material y formal con el parámetro superior de la Constitución”. Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, *cit.*, p. 959. La conexión entre el “recurso” de inconstitucionalidad y el “recurso” contencioso-administrativo puede ya verse en Alcalá-Zamora, y Niceto Castillo, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en su libro recopilatorio *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, [s. e.] 1944, pp. 514 y 534, nota 76.

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

¹⁵⁰ En Francia, cuna del recurso contencioso-administrativo, también se concibe al control abstracto como “un contencioso objetivo, ya que es un proceso a un acto: la ley”, del mismo modo que el contencioso-administrativo lo era al acto dictado por la administración. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, *cit.*, p. 36.

un acto administrativo (incluyamos aquí también a las normas administrativas) o una ley, como resulta de todo punto obvio y natural, pues la naturaleza de uno y otra son enteramente distintos. Sin desconocer esto último, no puede tampoco negarse que en sus términos más generales, en su estructura más elemental, el proceso responde a un mismo esquema, siendo con toda probabilidad esta similitud la que explica porqué se habla en España y en otros países de “recurso” de inconstitucionalidad¹⁵¹ así como el hecho de que pueda hablarse también, en cierta medida, de un carácter “revisor” de la jurisdicción constitucional.

Esta es, desde luego, una práctica consagrada en la doctrina española tanto respecto del recurso contencioso-administrativo como respecto del así llamado recurso de inconstitucionalidad.¹⁵² Es, por lo demás, una denominación que, más allá de una visión estrictamente técnico-procesal, se ha consagrado ya a nivel constitucional.

Y si bien es obvio que la calificación dogmática que de un instituto haga el texto constitucional (o legal, en su caso) no vincula ni puede vincular al intérprete ni afectar a la naturaleza intrínseca del instituto, no cabe duda que la analogía con el proceso contencioso-administrativo, explica la terminología generalizada de manera absoluta (sin excepciones) en la doctrina española, que habla siempre de “recurso de inconstitucionalidad”, sin que haya por lo demás a mi juicio razones para sostener un cambio o giro en esa práctica, una vez aclarada la cuestión. No obstante, ha de señalarse que algunos autores,¹⁵³ el mismo

¹⁵¹ Tal y como hace López Guerra, que utiliza el término con carácter general para el control abstracto de la constitucionalidad, y lo aplica también a países donde la propia terminología legal es la de “acción” de inconstitucionalidad. Cfr. López Guerra, Luis, “Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, en el colectivo *Jus-ticia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, pp. 83 y ss.

¹⁵² No conozco ningún autor, hasta ahora, que haya discutido que el recurso de inconstitucionalidad sea un “recurso” en sentido estricto, problema que nadie se ha planteado. No lo hacen, por ejemplo, procesalistas tan renombrados como Vicente Gimeno Sendra, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 175 y 299-300. El motivo de ello no es, obviamente, que se lo considere un verdadero recurso, sino más bien la analogía evidente con el proceso contencioso-administrativo, de naturaleza primordialmente impugnatoria, en el que la terminología de “recurso”, por las razones indicadas, y más allá de toda inexactitud en sentido procesal estricto, está definitivamente consagrada.

¹⁵³ Almagro Nosete ya consideraba al recurso de inconstitucionalidad una “vía de acción” y, en diversas ocasiones, lo llama también “acción” de inconstitucionalidad. Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Madrid, Dykinson, 1980, pp. 1125 y 131. También González Pérez señaló que “el llamado ‘recurso de inconstitucionalidad’ es una pretensión procesal que constituye el objeto de un proceso, del proceso constitucional por antonomasia”. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 249. También Trujillo señala que el recurso de inconstitucionalidad es “una acción o medio directo”.

legislador¹⁵⁴ y el propio Tribunal Constitucional,¹⁵⁵ aun sin entrar expresamente en la cuestión, pero de manera indiscutiblemente consciente, no dudan en alternar la terminología consagrada a nivel positivo-constitucional (*recurso* de inconstitucionalidad), con la más acertada desde la perspectiva jurídico-procesal, de *acción* de inconstitucionalidad.

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

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

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

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

¹⁵⁵ En efecto, el Tribunal Constitucional español, desde sus primeras decisiones —consciente sin duda de que en sentido estricto nos hallamos ante una acción de inconstitucionalidad y no ante un verdadero recurso—, utiliza en algunas de sus resoluciones la terminología de “acción de inconstitucionalidad”, alternándola con la de “recurso” de inconstitucionalidad, si bien nunca se detiene en la cuestión terminológica expresamente (lo que es comprensible). Así lo hace, por ejemplo, en el fundamento jurídico segundo de la STC 42/1985, de 15 de marzo: “[...] basta para entender que la acción de inconstitucionalidad ejercida no adolece de defecto alguno de legitimación [...]”, terminología que alterna con la de recurso de inconstitucionalidad varias veces en el mismo FJ, al igual que en el FJ 3º y último. *Cfr.* también STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 1.

constitucionalmente consagrada, sino también más exacta en términos procesales, más conforme a la tradición mexicana, y generalizada en Latinoamérica y, en particular, en la doctrina mexicana. Por último, cuando hablemos del instituto en términos generales o abstractos, procuraremos referirnos a él como “acción” de inconstitucionalidad.

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

1. *Control abstracto y control concreto*

Esta distinción surge en la doctrina germana para contraponer dos modalidades de control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional: a) el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancias de ciertos órganos políticos y completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera); y b) el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último caso, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante,¹⁵⁶ no será así en el primer caso, en el que, como nos dice Schlaich, el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho¹⁵⁷ y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o disconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución.

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

¹⁵⁶ No creo que ello resulte negado por la opinión de Favoreu (*Los tribunales constitucionales...*, cit., p. 104) en el sentido de que la cuestión prejudicial (de constitucionalidad) “no es más que el motivo o el pretexto de una verificación de constitucionalidad de la ley cuyo resultado tendrá un alcance general. La solución adoptada se aplicará a toda una serie de litigios pendientes en las jurisdicciones ordinarias, sin que las partes de estos litigios hayan sido invitadas de ningún modo a presentar sus argumentos”.

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

traposición entre control abstracto y control concreto, el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial—¹⁵⁸ entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control absolutamente concreto característico del sistema norteamericano (y, hasta 1994, también de México), por virtud del cual puede cualquier juez resolver directamente —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional— sobre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso de que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

En efecto, en el sistema norteamericano de *judicial review*, es esencial para que el tribunal —cualquier tribunal y, por supuesto, también el Tribunal Supremo— pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, la existencia de un litigio concreto, con intereses contrapuestos, para resolver el cual se hace necesario determinar si una ley en principio aplicable al caso es constitucional o no. Se decide, así, sobre la constitucionalidad de la ley siempre en el marco concreto de un proceso y en relación al mismo, con efectos limitados en principio a las partes en litigio.¹⁵⁹ Es inconcebible en el sistema americano el conocimiento en abstracto, más allá de un litigio concreto, de la constitucionalidad de una norma y así ocurría también, hasta la reforma de 1994, en México.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Hay que reconocer, en efecto, que la distinción germánica entre control abstracto y control concreto tiene, en los sistemas con control concentrado de la constitucionalidad, un cierto grado de artificialidad. Quizás por ello dice Cascajo que “el debate en torno a la ya vieja cuestión sobre la dimensión objetiva o subjetiva, abstracta o concreta de la jurisdicción constitucional se presta a no pocos falseamientos y, en todo caso, no pasa de ser una nueva cuestión académica, cuando no puramente escolástica”. Cascajo Castro, José Luis, “Discusión de la ponencia” de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en el colectivo *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “Cuadernos y Debates”, núm. 41, 1992, p. 54.

¹⁵⁹ Si bien el principio *stare decisis* y el enorme prestigio moral del Tribunal Supremo dotan en la práctica a las decisiones de este último de una virtual fuerza obligatoria *erga omnes*, pero esto no interesa ahora.

¹⁶⁰ Esta regla, sin embargo, conoce excepciones en los propios Estados Unidos. Como dice Grant, “algunos estados norteamericanos permiten decisiones de carácter consultivo, a petición de cualquiera de las cámaras de la legislatura, o a petición del gobernador. Desafortunadamente, también nuestra Corte Suprema ha aceptado a veces lo que parecía en la superficie ser una contienda real entre partes rivales, cuando de hecho no era más que un juicio simulado, en que ambas partes deseaban la misma decisión”. Y tampoco eran desconocidas este tipo de decisiones en México con anterioridad a la introducción de la acción de inconstitucionalidad por la reforma de 1994, por cuanto desde 1950 se facultó a los ministros de la Suprema Corte, al procurador general y a los tribunales colegiados de circuito para plantear a la Suprema Corte las tesis contradictorias que puedan existir en materia de amparo entre estos últimos tribunales, atribuyéndose asimismo idéntica facultad a las Salas y al procurador general para denunciar cualquier contradicción de tesis que pudiera

Sin embargo, en México, a partir de dicha reforma, la Suprema Corte de Justicia puede también juzgar la constitucionalidad de las leyes *en abstracto* y con efectos generales, cuando así lo solicite uno de los sujetos legitimados para ejercitar la acción de inconstitucionalidad. De esta forma, como ya hemos destacado en un momento precedente, se combinan en México, al igual por lo demás que había ocurrido con anterioridad en otros países, dos sistemas originariamente contrapuestos y, junto al tradicional control (difuso) concreto, surge la posibilidad de un control abstracto y desligado de cualquier caso concreto,¹⁶¹ concentrado en la Suprema Corte.

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

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición pues, como señala Faller, “la distinción, usual en la República Federal de Alemania, entre control normativo ‘abstracto’ y ‘concreto’, jurídicamente no muy precisa, establece una diferencia entre quienes están facultados para plantear la cuestión sobre la constitucionalidad”,¹⁶² en cuanto que el control abstracto parece

haber entre las primeras. Y tanto en un caso como en otro, decía el artículo 195 de la Ley de Amparo, “la resolución que se dicte será sólo para la fijación de la tesis jurisprudencial y no afectará a las situaciones jurídicas concretas, derivadas de sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas”. Es cierto, sin embargo, que lo más probable es que al menos algunos de los casos concretos sí que fueran tenidos en cuenta por la Suprema Corte y pesaran, de un modo u otro, en su decisión, que estaría así condicionada siempre por la dialéctica del caso concreto, pero en todo caso la decisión en ningún caso extiende sus efectos a ninguno de esos casos concretos, lo cual ha merecido críticas de la doctrina (Fix-Zamudio, Acosta Romero, y Góngora Pimentel). Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, año XXVIII, mayo-agosto de 1995, p. 549.

¹⁶¹ No obstante, el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad, al margen de todo supuesto concreto, no podrá impedir ni la valoración por el órgano de la constitucionalidad de las consecuencias, fundamentalmente políticas, de sus decisiones [cuestión a la que nos referiremos en un momento ulterior] ni tampoco, en ciertos casos (relativos a la igualdad y a la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados), la estimación por el mismo de las circunstancias de hecho en que se produce la aplicación de una determinada ley como única forma de comprobar, en ciertos casos, el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Así se constata en la experiencia de los distintos Tribunales Constitucionales. Para España, y con carácter general (no centrada en el recurso de amparo), puede verse Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional...”, *cit.*, p. 66.

¹⁶² Faller, Hans Joachim, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, número monográfico, enero-febrero de 1979, p. 53.

estar ligado, en principio, a la legitimación restringida a ciertos órganos políticos¹⁶³ que, en su caso, ejercitarán la acción, no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva*¹⁶⁴ de la Constitución, “en interés de la Constitución y su primacía”. Ha podido así el Tribunal Constitucional alemán afirmar que no se trata de un procedimiento de contienda o contradictorio entre partes, sino unilateral, sin partes o litigantes, ya que no hay litigio en sentido estricto.¹⁶⁵ Y el Tribunal Constitucional portugués, por su parte, ha negado legitimación incluso a los órganos, en principio, constitucionalmente legitimados en aquellos casos en que uno de éstos se limita a remitir al tribunal una petición que le es dirigida por particulares, funcionando así como simple puente o hilo de ligazón entre éstos y aquél y ello por considerar que quien requeriría su intervención eran los particulares y no la entidad constitucionalmente competente.¹⁶⁶

El Tribunal Constitucional español, en fin, ha subrayado que

la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino

¹⁶³ No obstante, ciertas experiencias recientes parece que permitirían poner en duda la exactitud de esa afirmación. En efecto, la *praxis* colombiana de la acción popular de inconstitucionalidad parece que no ha privado al procedimiento de control normativo de su carácter abstracto. Al menos esto es lo que sostiene, de manera expresa, Eduardo Cifuentes Muñoz, “La justicia constitucional en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 74. Sin embargo, respecto de Hungría [donde también existe una acción popular de inconstitucionalidad], Brunner no deja de reconocer, quizás con mayor realismo, que el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad se aproxima funcionalmente a un control normativo concreto, bien es cierto que atípico (*sie sich funktional einer —freilich atypischen— konkreten Normenkontrolle nähert*). Brunner, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat*, t. 32, 1993, núm. 1, p. 300. Y digo “con mayor realismo” sólo porque parece difícilmente evitable que, en estos casos, no juegue un papel de cierta relevancia la “dialéctica del caso concreto”. Sea como sea, es una cuestión que requiere, y merece, un estudio mucho más profundo del que aquí podría hacerse; de ahí que sólo la dejemos apuntada.

¹⁶⁴ No obstante, en la práctica, “resulta muy difícil deslindar el ‘escrúpulo constitucional’ de la ‘razón política’ que puede impulsar a acudir a aquél [Tribunal Constitucional] y, a su través, a la opinión pública, con los consiguientes riesgos de contaminación política de la instancia jurisdiccional o, al menos, de valoración política de su actividad”. Trujillo Fernández, Gumersindo, Voz “Recurso de inconstitucionalidad”, *cit.*, p. 5593.

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

¹⁶⁶ Más adelante, el tribunal precisaría esta importante doctrina en el sentido de admitir la legitimación del órgano de que se trate cuando éste asumiese la petición de los particulares como propia y aceptase responsabilizarse, sin margen de ambigüedad, por el ejercicio del derecho de acción de que son titulares exclusivos. Lobo Antunes, Miguel, “Fiscalização abstrata da constitucionalidade. Questões processuais”, en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas-Notícias, con prólogo de José Manuel M. Cardoso da Costa (Presidente del Tribunal Constitucional), Lisboa, 1993, pp. 400 y ss.

en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión de otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que está investida.¹⁶⁷

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

3. *La elevada politicidad del control abstracto*

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias, cuando es una de estas últimas la que impugna la constitucionalidad de la ley o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tendencia política diversa). Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en Alemania, el control abstracto da lugar a que “cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Parece como si eso se hubiera convertido ya en una costumbre en la República Federal”.¹⁶⁸

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

¹⁶⁸ Hesse, Konrad, “Evolución histórica y configuración de la Justicia Constitucional en Alemania”, en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 51.

Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política.¹⁶⁹

Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de “tercera Cámara”,¹⁷⁰ lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley.¹⁷¹

Precisamente por la politización inherente a esta vía procesal, en Alemania, Simon, en un conocido trabajo, sin llegar a sostener abiertamente la necesidad de prescindir del control abstracto de la constitucionalidad, subraya cómo la experiencia que se deriva de este tipo de control resulta menos estimulante que la del control concreto y conduce al Tri-

¹⁶⁹ El carácter pretendidamente objetivo de la acción de inconstitucionalidad también se ha puesto seriamente en duda, en la doctrina europea, en aquellos casos en que el recurso tiene una clara naturaleza “conflictual”, y no sólo cuando es una minoría la que impugna la ley, y ello porque se trata, en tales casos, de acciones en las que, bien las Comunidades Autónomas (España), los Länder (Alemania, Austria), o las regiones y las Comunidades (Bélgica), bien el Estado, más frecuentemente las primeras que el segundo, defienden, si no una situación jurídica subjetiva, algo que se le parece mucho, es decir, su propio ámbito de competencia. En todos esos casos se sostiene que el carácter objetivo de los recursos (en torno al 90 por 100 en España) parece muy discutible, cuando menos. Rubio Llorente, Francisco, en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en el colectivo *Los procesos constitucionales...*, cit., pp. 39-40; Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, cit., p. 57.

¹⁷⁰ Stone dice, abiertamente, que “cuando los tribunales constitucionales europeos ejercitan el control abstracto de la constitucionalidad (*exercise abstract review*) [...] estos tribunales se comportan como tercera cámara del Parlamento”. Stone, A., *The Birth Of Judicial Politics in France, The Constitutional Council In Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992, p. 253, cit. por Favoreu, Louis, “Los Tribunales constitucionales”, traducción de José Julio Fernández Rodríguez, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaúnde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. Esta acusación de ser una “tercera cámara” (“Dritte Kammer”) también se ha formulado en Alemania. Véase, negándola, Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 79.

También Favoreu pone de relieve cómo autorizada doctrina ha caracterizado a los tribunales como “cuarto poder” (Crisafulli). Y otros, por su parte, hablan también de un “superparlamento”, como nos recuerda Mauro Cappelletti, “La actividad y los poderes del juez constitucional...”, cit., p. 134.

¹⁷¹ A ello alude Konrad Hesse, “Evolución histórica...”, cit., p. 52, y Peter Häberle (“Verfassungsgerichtbarkeit als politische Kraft”, en su libro recopilatorio *Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Zwei Studien*, Athenäum, Frankfurt, 1980, p. 61) nos recuerda cómo se ha hablado del Tribunal Constitucional “(críticamente) como ‘guardián’ o incluso como ‘señor’, como ‘cuarto’ o incluso como ‘primer’ poder, como ‘soberano oculto’ [heimlichem Souverän], etcétera”. En la doctrina alemana, acostumbra decirse que se corre el riesgo, de esta forma, de que ciertos debates parlamentarios acaben con un amenazador “nos veremos en Karlsruhe”, sede del Tribunal Constitucional alemán: “Wir sehen uns in Karlsruhe wieder”.

bunal Constitucional a convertirse en “árbitro sobre valoraciones y pronosis opuestas sin estar más dotado ni cualificado para ello que el parlamento”;¹⁷² y, en la misma línea, Hesse subraya cómo el control abstracto “se ha evidenciado al paso de los años como cada vez más problemático [...] Y ello nos fuerza a plantearnos, ¿tiene este procedimiento realmente sentido?”.¹⁷³ Otros, desde hace ya años, defienden abiertamente la derogación o supresión (*Abschaffung*) del control normativo abstracto.¹⁷⁴

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

después de doce años de práctica del Tribunal Constitucional tengo la mayor antipatía por el recurso abstracto de inconstitucionalidad, por el recurso llamado objetivo. Me parece que la introducción de este recurso es quizás, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica¹⁷⁵ y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar si el recurso directo estrictamente objetivo, sea de minorías, sea de órganos territoriales,¹⁷⁶ se suprimiese; no es una opinión la mía que esté aislada, pues, hoy día, como se sabe, hay una buena parte de la doctrina que considera que el recurso directo podría suprimirse sin grave daño para nadie.¹⁷⁷

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

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

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, el sucinto análisis de Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Nomos, Baden-Baden, 1984, pp. 175 y ss. Una posición de este tipo, hace ya más de veinticinco años, puede verse en Dolzer, Rudolf, *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972, pp. 114-118.

¹⁷⁵ Desmesura teutónica que, a juicio de Pérez Royo, se ha completado en España con un exceso latino por cuanto que en diez años se presentaron más recursos de inconstitucionalidad que en cuarenta años en Alemania, aproximadamente. Pérez Royo, Javier, “Discusión...”, *cit.*, p. 45.

¹⁷⁶ No obstante, parece no referirse Rubio Llorente a todo recurso de inconstitucionalidad, como explica en un momento ulterior del debate: “lo que digo es que el 90 por 100 de los recursos de inconstitucionalidad son realmente conflictos de competencia (entre Estado y Comunidades Autónomas o entre éstas), tienen un componente subjetivo importante, yo de lo que me he mostrado poco amigo es del recurso puramente objetivo en el lo que se defienden son intereses políticos”. Rubio Llorente, Francisco, “Discusión...”, p. 47.

¹⁷⁷ Rubio Llorente, Francisco, “Discusión...”, p. 45. En el mismo debate, señala Cruz Villalón, “creo que el Sr. Rubio tiene muchísima razón cuando afirma que la supuesta objetividad de los procesos de control de normas es siempre cuestionable. En el fondo un elemento subjetivo existe siempre, porque cuando la minoría parlamentaria impulsa un proceso no lo hace pura y simplemente, en un cien por cien, por la defensa objetiva del ordenamiento. Después de todo, son los representantes de los ciudadanos, de forma que, sin tratarse estrictamente de derechos, sí hay una defensa de posiciones, de pretensiones, en definitiva de opciones políticas que interesan a los ciudadanos de manera más o menos próxima”. Cruz Villalón, Pedro, “Discusión...”, p. 44.

Hay, sin embargo, algo que a mi juicio resulta indiscutible en la experiencia constitucional española: el recurso de inconstitucionalidad, con todos sus inconvenientes y lacras, no sólo ha llevado a una “notable depuración del ordenamiento jurídico”,¹⁷⁸ sino que ha jugado un papel destacado —así, pura y simplemente, sin hipérbole— en la consagración de la democracia, el asentamiento de un Estado de derecho y el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones *constitucionales* que el Tribunal Constitucional ha encontrado a algunos de los asuntos más polémicos de la vida política española, especialmente en materia de derechos fundamentales y organización territorial del Estado.¹⁷⁹

Con ello, el Tribunal Constitucional español ha puesto fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía sino que más bien se habrían agudizado y encrispado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema. Y si bien este papel lo ha jugado el Tribunal Constitucional español no sólo por medio del recurso de inconstitucionalidad, sino también a través de las cuestiones de constitucionalidad, los recursos de amparo y los conflictos competenciales, no ofrece dudas que en ello el recurso de inconstitucionalidad ha tenido un papel especialmente destacado,¹⁸⁰ cualitativamente hablando por lo pronto. En definitiva, con sus miserias, y también con sus excesos (que los ha habido), el recurso de inconstitucionalidad ha cumplido su misión de contribuir a la “paz jurídica” por

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

¹⁷⁹ Por lo que al papel del control abstracto en materia autonómica se refiere, destaca la opinión de Pérez Royo en España: “[...] las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este era el problema clave de la Constitución. Todos sabíamos que esta Constitución iba a ser juzgada en buena medida por la capacidad que tuviera para dar solución a este problema endémico de la vida política y constitucional. De ahí que, allí donde no se obtuviera el consenso, el Tribunal Constitucional tendría que intervenir de una manera decisiva. Y, en ese sentido, creo que, aun a riesgo de politizar el órgano, de dotarle de una importante carga política, era casi imprescindible y casi inevitable que esto se produjera [...] Por lo tanto, de momento, pienso que el recurso abstracto no es un buen sistema, un buen mecanismo. Sin embargo, históricamente ha jugado un papel positivo, aunque *desde el punto de vista estrictamente teórico* yo esté también de acuerdo con el Sr. Rubio”. Pérez Royo, Javier, “Discusión...”, p. 46 (cursiva mía).

¹⁸⁰ Precisamente por ello, la doctrina lo considera “el más importante instrumento procesal para controlar las leyes y normas con fuerza de ley”. Así, Esteban Jorge de y Pedro J. González Trevijano, *Curso de Derecho Constitucional Español*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, t. III, p. 225.

medio de la aclaración de las dudas más graves sobre la validez de las leyes¹⁸¹ que se han planteado en la vida política.

Se comprende así que, también en Alemania, la más autorizada doctrina abogue, y bien recientemente, de una manera resuelta y explícita, “por el mantenimiento del control abstracto de normas”, y lo haga además justamente en atención a las “sentencias básicas” e “importantísimas decisiones”, especialmente en materia de derechos fundamentales o federalismo, adoptadas por el tribunal a través de este procedimiento.¹⁸² Y, como concluye Stuth, no es sólo que “la problemática del control constitucional de las leyes esté *de lege lata* decidida por el artículo 93.I n.º. 2 LF”, sino que además “las propuestas de derogación apenas cuentan con posibilidades de realización”, lo que ni impide ni hace superfluas, en modo alguno, las reflexiones sobre este tipo de control y sus problemas, y muy especialmente sobre sus límites.¹⁸³

Resulta así que, sin perjuicio de reconocer los riesgos de politización inherentes a la vía procesal iniciada por la acción de inconstitucionalidad, la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo que desde luego no impide reconocer que la vía idónea para plantear la constitucionalidad de una norma es la vía del control concreto, pues dicha vía permite apreciar la aplicación de la ley y no

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

¹⁸² Es la postura de Peter Häberle, “El recurso de amparo...”, *cit.*, p. 276, quien exige no obstante autolimitación en el Tribunal Constitucional, que en general siempre ha existido. Autolimitación que, en España, es manifiesta hasta el punto de que Pérez Royo (*Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988) ha podido sostener, “sin temor a exagerar”, que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional a través de la vía del control abstracto de normas se ha centrado más que en los límites constitucionales del legislador, en los límites del propio Tribunal Constitucional en su labor de enjuiciamiento de la ley democráticamente aprobada (p. 80); ha ejercido, pues, el control abstracto de la constitucionalidad “con un grado de autocontrol muy elevado” (p. 86). Y ello, sin embargo, no le ha impedido, en modo alguno, dictar por esta vía decisiones fundamentales para todo el sistema constitucional.

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

juzgarla “en el vacío” y, sobre todo, priva a la cuestión sobre la constitucionalidad de una buena parte de su carga política. Ello es especialmente cierto cuando se trata de un control concreto en sentido estricto, como el que existe en México. Y respecto de España, cabe señalar que nadie hasta ahora en la doctrina constitucional ha propuesto seriamente una reforma constitucional en ese sentido, más allá de discusiones teóricas sobre las ventajas e inconvenientes del instituto.¹⁸⁴ Dicha reforma, por lo demás, no tendría al día de hoy, en España, la más mínima viabilidad.

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

pese a esta carga política adicional que puede presentar, a veces virulentamente incluso, este control abstracto, creemos que el mismo ofrece una operatividad funcional que debe ser preservada en cuanto que permite que las minorías parlamentarias (por lo menos en España) que hayan visto derrotadas sus tesis legislativas puedan acudir al Tribunal Constitucional, no en demanda de la preservación de un interés propio, sino en defensa de lo que entienden como postulados legislativos coherentes con la correcta interpretación de la norma suprema.¹⁸⁵

A la luz de esta experiencia comparada, puede afirmarse con respecto al caso mexicano, que es el que motiva todas estas reflexiones, que la acción de inconstitucionalidad es una vía procesal insustituible para la defensa de la Constitución y el orden de valores en que ésta reposa. Creo que, como instrumento básico y de la mayor eficacia para la protección de las minorías políticas y, sobre todo, como medio de poner punto y final a conflictos que de otro modo permanecerían enconados en la vida política, la acción de inconstitucionalidad está destinada a jugar —si otros factores no lo impiden— un papel relevante, acaso insustituible, en la democratización real de México. Ello será especialmente así a me-

¹⁸⁴ Y en la doctrina alemana, Helmut Simon (“La jurisdicción constitucional”, *cit.*) señala cómo la reunificación alemana ha forzado a un planteamiento a fondo a fin de acabar con la sobrecarga de trabajo del tribunal y ello ha dado lugar a reflexiones doctrinales y políticas que han desechado ciertas soluciones y, entre ellas, la de “limitar procesalmente las competencias”, mediante —por ejemplo— la supresión del control abstracto de la constitucionalidad, propuesta que se ha rechazado “por mucho que [ese control abstracto] parezca insatisfactorio” (p. 860), como efectivamente lo es, a su juicio (p. 836: “Por contra, las experiencias con el control *abstracto* de normas [...] resultan menos estimulantes”).

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

dida en que se vayan abriendo, como sin duda habrá de ocurrir, los diversos candados con que ha nacido configurada la acción de inconstitucionalidad.

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

Conviene insistir en que esto no es mera teoría, sino ante todo una experiencia corroborada en casi todos los ejemplos consagrados que el derecho comparado actual nos ofrece. Hemos dicho ya algo sobre España, país en el que “las sentencias del Tribunal Constitucional han sido siempre rigurosamente respetadas [...] *a veces casi con exceso*”, en palabras literales de quien fue magistrado del Tribunal Constitucional durante más de una década.¹⁸⁶

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

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

¹⁸⁶ Rubio Llorente, Francisco, “Jurisdicción constitucional y legislación en España”, en el colectivo dirigido por Christine Landfried, *Constitutional Review and Legislation*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, artículo hoy recopilado en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 460.

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

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

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

volvamos a la realidad. Si la Suprema Corte de Justicia se pronuncia por la constitucionalidad de la ley, habrá entrado en conflicto con los partidos de oposición —personeros de una buena parte de la opinión pública—, que difícilmente cederán —insisto: no olvidemos la realidad— ante los argumentos en que la Suprema Corte funde su sentencia desestimatoria. Si este tribunal acoge la pretensión de los opositores, su sentencia creará un problema frente a los legisladores del partido mayoritario y con respecto al Presidente de la República, en el supuesto, nada infrecuente, de que este funcionario sea el autor de la iniciativa aprobada. Como se ve, la Suprema Corte se halla entre dos fuegos...¹⁸⁸

¹⁸⁷ Schneider, Hans-Peter, “El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 1991, núm. 31, p. 103. Landfried, por su parte, nos dice que “el problema no es tanto la ausencia de obediencia de los miembros del Parlamento hacia el Tribunal, sino más bien su exceso”, lo que ilustra con varios ejemplos, Christine Landfried, “The judicialization of politics...”, *cit.* p. 116.

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

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

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

Nada de ello permite desconocer que, a través de la acción de inconstitucionalidad va a promoverse por lo general la solución de verdaderos conflictos políticos en sede judicial, pero eso es algo conocido pues, como dijera Wilhem Wangler, y nos recuerda Bachof,¹⁸⁹ ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico. Y se tratará, por lo general, no simplemente de conflictos políticos (que en realidad lo son todos de los que conoce un órgano de la constitucionalidad), sino de conflictos “de importante calado político” para los que no se ha podido encontrar solución en el ámbito legislativo y que, en principio, de no existir esta vía procesal ante la Suprema Corte, quedarían ahí acumulados como un peligroso león durmiente, pero que podrían estallar en cualquier momento. Este riesgo se agudizaría a medida que se produjera en México una mayor democratización efectiva y se caminara hacia una conformación parlamentaria más pluralista. Por ello, la introducción de la acción de inconstitucionalidad era, con toda probabilidad, un paso necesario, indispensable, en el camino hacia una democracia real y efectiva, y su introducción sólo puede merecer así una valoración global positiva.

La resolución de la Suprema Corte, como tercero imparcial, si sabe cumplir medianamente con su papel, tendrá la virtud de poner fin a ese

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

conflicto. Es obvio que la Suprema Corte, al resolver, terminará dando la razón a una de las partes, y con frecuencia también a uno de los protagonistas de lo que, a la postre, es un conflicto político; pero aquí hay que insistir en la experiencia comparada que demuestra que en todos los países las resoluciones del Tribunal Constitucional son acatadas por el partido o partidos políticos a los que no se da la razón, quedando la cuestión cerrada, sin perjuicio de que haya siempre cuestiones puntuales en las que sea difícil lograr, *de manera inmediata*, esa aceptación generalizada, pero la experiencia general es, desde luego, en todos los países, positiva.

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

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

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

1. *Acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales*

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

titucionalidad de las mismas, lo que también plantea un problema de articulación de esta vía con la acción de inconstitucionalidad, a fin de evitar sentencias contradictorias.

Pues bien, dicha articulación es la que trata de establecer y regular los artículos 37 (que se remite, a su vez, al artículo 69 LR) y 38 LR105. El primero de dichos preceptos faculta a la Suprema Corte para aplazar, mediante acuerdos generales, el juicio de la controversia constitucional que tenga por objeto la impugnación de las mismas normas que aquellas cuya constitucionalidad se impugna también por la vía de la acción de inconstitucionalidad. El artículo 38 LR105, por su parte, establece que, cuando exista conexidad entre la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión, siempre que su estado procesal lo permita.

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

Además, en las controversias constitucionales, cuando se haya impugnado la constitucionalidad de leyes federales por un Estado, no se exige para declarar su inconstitucionalidad una mayoría reforzada en el seno del Pleno de la Suprema Corte, sino que basta con la mayoría simple,¹⁹⁰

¹⁹⁰ Véase la aguda interpretación, en este sentido, de Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José Ramón, “La jurisdicción constitucional en México”, *cit.*, p. 774. Entendemos, por nuestra parte, que aunque el artículo 105.I de la Constitución parece limitar, en estos casos, por inexplicable analogía con el amparo, la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad a “las partes de la controversia”, ello no debería resultar de aplicación a las controversias en que se impugnan disposiciones generales, de modo tal que los efectos de la inconstitucionalidad se limiten al ámbito territorial del Estado que obtuvo la sentencia favorable. Esta solución sería completamente absurda y violentaría principios constitucionales básicos, referentes fundamentalmente a la configuración federal del Estado, además de resultar totalmente disfuncional. Es obvio además que una norma general puede contrariar o no los preceptos constitucionales, pero, si los contraría y se declara por consiguiente su inconstitucionalidad, ésta no puede limitar sus efectos al ámbito del Estado impugnador, pues lo que se declara es la invalidez de la ley misma, y no meramente se modifica o

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

2. *Acción de inconstitucionalidad y amparo*¹⁹¹

La introducción por la reforma constitucional de 1994 de una nueva vía de control de la constitucionalidad que consiste en un control abstracto de que conoce directamente la Suprema Corte y que se caracteriza por la eficacia general de las declaraciones de inconstitucionalidad a que eventualmente puede dar lugar, plantea un problema de coordinación con la vía tradicional hasta ahora de control de la constitucionalidad en México, que la reforma mantiene y que consiste en un control incidental por vía de amparo a cargo de cualquier juez o tribunal federal,¹⁹² sistema

restringe su ámbito territorial de aplicación, resultado sencillamente absurdo y para el que no sirve la justicia constitucional. La limitación de los efectos a “las partes de la controversia” debería, por ello, a nuestro juicio, entenderse referida exclusivamente a los supuestos en que la controversia se suscita sobre un acto, pero no cuando se refiere a disposiciones generales pues en esta hipótesis, por la propia naturaleza de las cosas, por una interpretación constitucional sistemática, por exigencias lógicas derivadas de la “invalidéz” de disposiciones generales (no de actos) en conexión con la propia supremacía constitucional y, en fin, por razones de economía procesal (a fin de evitar o limitar el planteamiento acumulado de controversias por múltiples municipios o Estados), la limitación de los efectos a las “partes de la controversia” es insostenible pues nada tiene que ver el proceso de las controversias constitucionales con el amparo, ni en su estructura ni en su finalidad; por consiguiente, los efectos habrán de ser necesariamente generales, y así debería precisarlo la Suprema Corte. Por otra parte, cabe señalar que, de interpretarse que la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede, efectivamente, limitar sus efectos “a las partes en la controversia”, ello habría de llegar, coherentemente, a una interpretación del penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional distinta de la que ha llevado a cabo el legislador ordinario en el artículo 42 LR105, de tal modo que se precisaría la mayoría reforzada de 8 votos para que la inconstitucionalidad produzca efectos generales, pero bastaría, en cambio, con la mayoría simple de los ministros para declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados a “las partes en la controversia”.

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

¹⁹² *Cfr. infra*, capítulo V, apartado 1, subapartado d). El sistema del juicio de amparo se caracteriza, asimismo, por el elevado número de causas de improcedencia y sobreseimiento, especialmente

este último que se caracteriza además, conforme a la ya aludida “fórmula Otero”, por la eficacia limitada a las partes que intervienen en el litigio de que en cada caso se trate.

Esta articulación entre estos dos sistemas, tan diversos en su estructura, de control de la constitucionalidad ha tratado de lograrse, por una parte, por medio de una doble competencia que permite a la Suprema Corte pronunciarse respecto de amparos contra leyes por la vía de recurso, con lo cual se evitan incongruencias entre la jurisprudencia que pueda sentarse por la vía de la acción de inconstitucionalidad y la establecida por la vía del amparo; y, por otra parte, esa coordinación se logra sobre todo por medio de la suspensión de los juicios de amparo contra leyes que versen sobre las mismas normas que una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolverse. Véamos, concretamente, esas tres vías de articulación:

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

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

c) Se faculta, en tercer lugar, a la Suprema Corte de Justicia, a solicitud de alguno de sus integrantes, para acordar, mediante acuerdos generales, el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella y que tengan por objeto la impugnación de la constitucionalidad de

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

las mismas normas que las que son objeto de una acción de inconstitucionalidad ya planteada ante la propia Suprema Corte. La suspensión se producirá hasta que se resuelva la acción de inconstitucionalidad, estableciéndose adicionalmente, y de manera expresa, que no correrá, entre tanto, el plazo de caducidad previsto legalmente para los juicios de amparo (artículo 37 en relación al artículo 69 LR). Se trata, de este modo, de salvar la congruencia de las decisiones de la Suprema Corte, dándose prioridad lógicamente a la sentencia a pronunciar en la acción de inconstitucionalidad, siendo después resueltos los amparos planteados contra las mismas normas y ello, naturalmente, en el mismo sentido en que se hizo en el proceso de control normativo iniciado por la acción de inconstitucionalidad.

Digamos para terminar que el perfeccionamiento del sistema exige de manera ineludible tal y como viene reclamándolo la doctrina mexicana desde hace ya décadas, y al margen ya de otras mejoras posibles dotar, bajo ciertas condiciones, de efectos generales a estas sentencias pronunciadas por la Suprema Corte en los juicios de amparo contra disposiciones legales generales frente a la tradicional relatividad de sus efectos que ha venido caracterizando desde siempre al amparo mexicano,¹⁹³ conforme a la “fórmula Otero”, fórmula que si bien pudo cumplir en su momento una función importante, en los tiempos actuales ha quedado desde luego completamente obsoleta. Por ello compartimos por entero la certera opinión de Fix-Fierro de que

la reforma de 1994 no estará completa si no se modifica también a fondo el instrumento más tradicional de defensa de la constitucionalidad, que es el amparo. En particular, por diversas razones, entre ellas la muy importante de la igualdad, es necesario que en el amparo contra leyes exista la

¹⁹³ No obstante, debe señalarse que, con arreglo a la llamada “suplencia de queja” regulada en los artículos 107.II de la Constitución y 76.I de la Ley de Amparo, manifestación de la regla *iura novit curia*, “el juez de amparo tiene la obligación de corregir los errores de técnica jurídica del promovente de un juicio de amparo cuando la conducta de la autoridad que afecte sus derechos se apoye en disposiciones legislativas que la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte hubiese declarado inconstitucionales, aun cuando el propio reclamante no hubiese impugnado específicamente dichas normas, lo que extiende, así sea en forma limitada, los efectos particulares de las sentencias de amparo contra leyes a otros casos diversos de aquellos en los cuales se hizo la declaración de inconstitucionalidad, pero siempre que en los mismos se impugnen actos apoyados en disposiciones normativas que la mencionada jurisprudencia obligatoria hubiese considerado violatorias de la Carta Fundamental”. Fix-Zamudio, Héctor; Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José R., “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 770-771.

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

Sin perjuicio de ello, parece también enteramente suscribible la propuesta de Tortolero Cervantes de incorporar, al sistema mexicano de control constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad, facultando para plantearla ante la Suprema Corte, como primer paso al menos, únicamente “al Tribunal Superior de Justicia de los Estados o del Distrito Federal, y a los Tribunales colegiados para cuestiones federales, de oficio o a propuesta de los jueces de primera instancia”, aunque, eso sí, “sin candados como mayorías calificadas o efectos restringidos de la declaratoria del máximo tribunal”;¹⁹⁵ pudiendo ser también una solución alternativa la de facultar para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes a cualquier juez o tribunal (o, al menos, a los federales) pero únicamente cuando la pretendida inconstitucionalidad consista en la vulneración de alguno de los preceptos constitucionales relativos a los derechos humanos.

VII. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS FEDERALES

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

el canon o medida de la constitucionalidad que utilizan es sólo la Constitución del *Land*, y no la ley fundamental ni el derecho federal especial. Las competencias de los tribunales no son uniformes. Son siempre objeto de control los actos de los poderes públicos del *Land* o las actuaciones

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

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

de sus órganos. Sin embargo, también pueden serlo las leyes del *Land* dictadas sobre la base de leyes marco federales, las leyes o los reglamentos del *Land* elaborados merced a una habilitación hecha por el Gobierno Federal.¹⁹⁶

Nada de esto se prevé en México, y tampoco puede la Suprema Corte por medio de la acción de inconstitucionalidad estudiada controlar la “constitucionalidad local” sino sólo la conformidad de las leyes locales a la Constitución de la Federación, de modo análogo a como en España no hay tampoco Tribunales Constitucionales en el ámbito de las comunidades autónomas.¹⁹⁷ Pero no cabe duda que la proximidad que resulta más razonable buscar, en este plano, para un Estado con estructura federal como México es la de otro Estado Federal, como Alemania, y no tanto la de otros países de estructura territorial no federal, aunque sí descentralizada, como podría ser el caso de España o Italia. En esta línea de pensamiento, quizás habría que ir pensando en México en instaurar un control de la conformidad a las Constituciones locales de las leyes de los Estados dotado de efectos generales, lo que bien podría hacerse mediante un instrumento procesal, de ámbito local, más o menos análogo a la acción federal de inconstitucionalidad.

¹⁹⁶ Ruiz Miguel, Carlos, *Consejos de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Madrid, Dyckinson, 1995, p. 203, nota 110. Un estudio somero de la cuestión en el derecho alemán, y la rica y positiva experiencia que de ello se ha derivado, puede verse en Häberle, Peter, “El recurso de amparo ...”, *cit.*, pp. 246-250, quien señala, entre otras cosas: “Quizás pudiera extraerse una prudente analogía en relación con la comunidad que, en el único mundo de nuestro planeta azul ‘Tierra’ forman hoy como miembros la ‘familia de los Estados constitucionales’. En el campo del control jurisdiccional de la Constitución los Estados constitucionales singularmente considerados no podrían intercambiarse de forma suficientemente intensiva. Esto rige también para su *status*, su organización y sus procedimientos, su derecho procesal y el contenido de su jurisprudencia. Sin embargo, el intercambio y la competencia de los distintos modos de control jurisdiccional de la Constitución dentro de una federación al menos pudiera ser un modelo para todas aquellas culturas constitucionales ligadas *regionalmente*. En concreto: así como en el art. 11.3 de la Constitución Española (1978) sigue actuando una conexión cultural específica con los ‘países iberoamericanos’ (véase también el art. 15.3 de la Const. de Portugal de 1976), entre los países hispanoamericanos existe una ligazón jurídico-cultural que abre la posibilidad de intensivos diálogos de trabajo en la materia de control jurisdiccional de una Federación o de sus estados miembros. ¡Este tomo en no escasa medida sirve para ello!” (pp. 249-250).

¹⁹⁷ En España, en efecto, no hay tribunales constitucionales autonómicos ni órgano jurisdiccional alguno encargado de velar por la estatutoriedad (o conformidad al Estatuto de Autonomía, norma institucional básica de cada comunidad autónoma) de las leyes autonómicas, por más que algunos hayan tratado de equiparar a algunos órganos consultivos autonómicos a una suerte de tribunal constitucional de ámbito autonómico, lo cual como Ruiz Miguel ha demostrado carece de todo sentido. Ruiz Miguel, Carlos, *Consejo de Estado y ...*, *cit.*, pp. 202 ss.

A todo ello, debe añadirse la conveniencia de establecer una legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad en favor de los Estados para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales, así como de la Federación, también, para plantear ante la Suprema Corte la conformidad a la Constitución federal de las leyes locales, en unos términos a los que después aludiremos, cuando nos refiramos a la legitimación, sin perjuicio de reconocer que una función más o menos parecida puede venir desempeñada, no sin ciertas limitaciones, ya en la actualidad por medio de las controversias constitucionales.

Capítulo tercero
LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OBJETO DE LA ACCIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. Legitimación activa.....	101
1. La legitimación activa en el derecho comparado	101
A. La legitimación territorial: el caso italiano.....	102
B. La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán.....	103
C. La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español	104
D. La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hun- gría	106
2. La legitimación activa en el ordenamiento constitucional mexicano	110
A. Fracciones de órganos legislativos	111
B. Procurador general de la República.....	119
C. Los partidos políticos	130
II. Objeto de la acción de inconstitucionalidad.....	135
1. Generalidades	135
2. Las leyes, con especial referencia a las electorales.....	139
3. Tratados internacionales.....	147
4. Las reformas constitucionales	157
A. La posibilidad de su control (formal) de constitucio- nalidad.....	157
B. La posibilidad de su control material de constituciona- lidad	162

CAPÍTULO TERCERO

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. *La legitimación activa en el derecho comparado*

La acción de inconstitucionalidad tiene como característica común¹⁹⁸ en los ordenamientos jurídicos austriaco, italiano, alemán y español, por citar sólo algunos de los ejemplos más significativos en esta materia, una legitimación restringida. Y es restringida porque corresponde, no a individuos particulares que actúen en defensa de sus propios intereses, personales y concretos, sino a órganos del Estado en sentido amplio que actúan con carácter objetivo en defensa de la Constitución. En la doctrina alemana se habla por ello de un procedimiento “objetivo”, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución.¹⁹⁹ Esta restricción de la legitimación responde a la necesidad de “cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal”.²⁰⁰

Sea como sea, y aún dentro de una cierta homogeneidad de los modelos referidos, existen diferencias entre ellos en materia de legitimación,

¹⁹⁸ Como nos dice Fernández Segado, “aunque cada ordenamiento nos ofrece una solución peculiar, lo cierto es que el común denominador de todos ellos nos viene dado por la limitación de la legitimación para recurrir a aquellos órganos que están encargados de velar por el interés general”. Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 77.

¹⁹⁹ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht...*, *cit.*, pp. 81-82; Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, pp. 977 y 985 (donde cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ese sentido).

²⁰⁰ Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 77.

diferencias o peculiaridades que imprimen a cada uno de los sistemas su propio carácter y que tienen cierto interés para el estudio del caso mexicano, como enseguida veremos.

Al referirnos aquí a diferentes “modelos”, no pretendemos sostener que sean los únicos existentes, pues es claro que no lo son, pero creo que sí son, quizás, los más significativos y consolidados y, además, reflejan de manera gráfica la evolución que, en cierto sentido, se ha producido en esta materia. Por otra parte, aunque la legitimación a que me refiero exista en el país a que en cada caso aludo, no debe entenderse ello en el sentido de que sea en ese país donde surgió.

Diré, por último, que la sistematización de los “modelos” seleccionados es escalonada, en el sentido de que cada modelo supone una ampliación respecto al anterior en cuanto al círculo de legitimados, es decir, incluye a los legitimados del modelo anterior pero además otorga una nueva legitimación a otros órganos (o personas).

A. *La legitimación territorial: el caso italiano*

En Italia, la acción de inconstitucionalidad tiene, en efecto, una clara dimensión territorial, no de protección de las minorías,²⁰¹ al legitimarse al Consejo de Ministros y a las Juntas (Gobiernos) de las Regiones: al primero en defensa de los intereses generales —y, por consiguiente, con un ámbito de aplicación más amplio— y a las segundas en representación de los intereses propios de su territorio. Este modelo ya había sido establecido en Austria, en donde estaban legitimados el gobierno federal para impugnar las leyes de los *Länder* y los gobiernos de estos últimos para impugnar las leyes federales.²⁰² El propio Kelsen sentó ya el principio de que “en los estados federales, el derecho de recurrir debe ser atribuido a los gobiernos locales de los estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación y al gobierno federal contra los actos jurídicos de los

²⁰¹ No obstante, en Italia se registra un cierto movimiento doctrinal, cada vez más fuerte, favorable a la introducción de esta legitimación de las minorías políticas en el recurso de inconstitucionalidad. D'Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 1991, núm. 31, p. 62.

²⁰² Eisenmann, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, con prólogo de Kelsen, edición facsimil, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 183-184. El círculo de legitimados en Austria, desde la reforma constitucional de 1975, se amplió a las minorías parlamentarias e incluso a los individuos lesionados por las leyes autoejecutivas.

estados-miembros”.²⁰³ Esta legitimación da lugar a que el control abstracto de constitucionalidad adquiriera una clara dimensión territorial, centrada en el reparto constitucional de las competencias (*verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung*).

B. *La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán*

Este círculo de legitimados es ampliado en Alemania²⁰⁴ donde se otorga legitimación no sólo al gobierno federal y a los de los *Länder*, sino también a un tercio de los miembros del Bundestag, lo que tiene una clara finalidad de protección de las minorías,²⁰⁵ aparte el hecho de que en todos los *Länder* existe un Tribunal Constitucional que conoce de la conformidad a la Constitución de las leyes de cada *Land*.

Precisamente en relación a esta legitimación de las minorías parlamentarias, ha puesto de relieve Leisner cómo lo que ha quitado hierro a los enfrentamientos políticos del *Bundesverfassungsgericht* es el hecho de que éstos

no se han producido con el Parlamento como institución y, por consiguiente, como fuerza unida, sino más bien con dos poderes políticos que en cuanto tales no poseían la legitimación jurídico-institucional de la Corte y no tenían, por lo demás, la directa legitimación democrática a través de

²⁰³ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, p. 196.

²⁰⁴ Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane und Staatsfunktionem)*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986, p. 172. Es ocioso subrayar que nos referimos aquí únicamente al recurso de inconstitucionalidad o, en la terminología alemana, *abstrakte Normenkontrolle* y no al control incidental o concreto por medio de las cuestiones de constitucionalidad que cualquier juez (o los supremos, como en Austria) puede plantear ante el Tribunal Constitucional. Este último existe, no sin ciertas diferencias estructurales, en Austria (desde la reforma constitucional de 1929), Italia, Alemania y España. Pero aquí nos interesa sólo el control abstracto.

²⁰⁵ Cumple así el tribunal “una importante función de protección de la minoría parlamentaria” (“eine wichtige Funktion zum Schutz der parlamentarischen Minderheit”). Säcker, Horst, *Das Bundesverfassungsgericht: Status, Funktion, Rechtsprechungs-beispiele*, Munich, C.H. Beck, 1975, p. 34. También, Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, p. 976.

Häberle, desde su particular concepción del derecho procesal constitucional, propone incluso “‘constitucionalizar’ la oposición como tal en el derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del Bundestag legitimado procesalmente”. Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en su libro recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, traducción de Xabier Arzoz Santiesteban, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 41, nota 86.

la investidura electiva. Por esto era más fácil para la Corte reservarse una cierta independencia, porque políticamente es menos delicado oponerse a una formación política teniendo siempre a las espaldas la defensa de las opuestas, que enfrentarse al Parlamento y a la soberanía popular compactos.²⁰⁶

C. La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español

El modelo español de legitimación para el control “abstracto” de la constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca al austriaco (originario) y al italiano, aunque supera (en la amplitud de la legitimación) a todos ellos, en los que naturalmente se inspira, en cuanto que se completa²⁰⁷ el sistema alemán con una importante legitimación del Defensor del Pueblo, que constituye una originalidad del sistema español²⁰⁸ y en cierto sentido,²⁰⁹ lo deja a medio camino entre el modelo de legitimación restringida y el modelo de acción popular, al menos en cuanto a sus posibilidades teóricas, bien es cierto que la fugacidad de los plazos de interposición del recurso,²¹⁰ que también afecta al Defensor del Pueblo, difumina en buena parte la virtual intervención de los ciudadanos a través del filtro del Defensor del Pueblo.

²⁰⁶ Cit. por D’Orazio, Giustino, “Aspectos y...”, cit., pp. 65-66, nota 14.

²⁰⁷ La legitimación se otorga al presidente del gobierno, a los órganos colegiados y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (legitimación territorial), a cincuenta diputados y a cincuenta senadores (legitimación de protección de las minorías parlamentarias), y al Defensor del Pueblo (legitimación de tutela objetiva de los derechos fundamentales).

²⁰⁸ España ha sido, efectivamente, el primer país en que se ha legitimado al *Ombudsman* para interponer la acción de inconstitucionalidad. Sea como sea, el caso español no es ya, sin embargo, un precedente aislado pues en la actualidad otros países —especialmente latinoamericanos— que han instaurado un Tribunal Constitucional y un *Ombudsman*, han atribuido también a este último legitimación para impugnar directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución peruana de 1993 (artículo 203), la boliviana de 1994 o la ecuatoriana de 1995. Por el contrario, la Constitución sudafricana de 1993 no otorga esa legitimación ni al *Ombudsman* ni a la Comisión de Derechos Humanos, a pesar de que sí instaura un Tribunal Constitucional con competencia para el control abstracto a instancia de ciertos órganos políticos; y tampoco se otorga legitimación al *Ombudsman* para plantear directamente la constitucionalidad en la Constitución rusa de 1993, como sí se concede a otros órganos políticos.

²⁰⁹ Sólo en cierto sentido, relativamente, y más en la teoría que en la práctica (hasta ahora, al menos). La aproximación es mayor —también aquí idealmente, no en la praxis—, por ejemplo, mediante la legitimación que el artículo 203 de la Constitución peruana reconoce a cinco mil ciudadanos, previa validación de sus firmas por el Jurado Nacional de Elecciones.

²¹⁰ Precisamente por ello, no habría sido desacertado que, al menos en el caso del Defensor del Pueblo, permaneciese siempre abierta esta legitimación o, al menos, sujeta a un plazo más dilatado.

Resulta claro que el sistema español se encuentra, en todo caso, más cerca en realidad del modelo de legitimación restringida²¹¹ que del sistema de la acción popular de inconstitucionalidad. No obstante, aun siendo restringida, la legitimación en el ordenamiento español es más amplia que la contemplada en Alemania e Italia, cumpliendo así una triple función: defensa de los intereses territoriales, protección de las minorías,²¹² y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través del Defensor del Pueblo.²¹³ Y aunque no creemos que pueda afirmarse en modo alguno que haya sido así en la experiencia española,²¹⁴ no ofrece

²¹¹ Así ocurre, patentemente, en la práctica pero también, y sin perjuicio de que pueda llegar a darse un ejercicio más decidido de esta facultad por el Defensor del Pueblo, por razones ligadas a la propia naturaleza del Defensor del Pueblo y la preservación de su *auctoritas*.

²¹² Véanse las interesantes reflexiones de López Aguilar, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, Serie IV, Monografía núm. 20, 1991, pp. 220 y ss.

²¹³ Aunque la ley española no limita la legitimación del Defensor del Pueblo a ningún motivo de inconstitucionalidad, la doctrina ha entendido que sólo está legitimado para interponer recursos contra las leyes que vulneren normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y ello sobre la base de que el artículo 54 de la Constitución define al Defensor del Pueblo como “alto comisionado de las Cortes Generales [...] para la defensa de los derechos contenidos en el título I”. Así, entre otros, Aragón Reyes, Manuel, “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Óscar Alzaga (dir.), *Comentarios...*, cit., p. 236. Posturas distintas son las que mantienen, por una parte, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1090 y, por otra parte, Esteban Jorge de y Pedro J. González Trevijano, *Curso de derecho constitucional...*, t. III, cit., p. 226. El propio Tribunal Constitucional también se ha referido expresamente a la cuestión en la STC 150/90, de 4 de octubre, FJ 1 (aunque sea un *obiter dictum*, más bien se inclina el tribunal por entender que la legitimación del Defensor del Pueblo no se limita a la protección de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales).

²¹⁴ En efecto, son muy contados los casos en que el Defensor del Pueblo español ha hecho uso de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad, y son ya varios los casos en que se le ha recriminado fuertemente su actitud pasiva frente a determinadas leyes, como la polémica Ley Orgánica 2/1992, de 20 de febrero, de Seguridad Ciudadana, algunos de cuyos preceptos más importantes fueron finalmente declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, ante la impugnación de 50 parlamentarios y varias cuestiones de inconstitucionalidad, a las que no se sumó el Defensor del Pueblo. Compartimos plenamente, por ello, la opinión del profesor Cascajo Castro en el sentido de que “la deseada moderación y prudencia que debe presidir el ejercicio de esta colaboración en una acción judicial ante el Alto Tribunal, no puede llevar a una minoración avergonzante de la misma. ¿Qué obstáculos existen para que la ‘auctoritas’ de la institución se ponga al servicio de esta iniciativa, en defensa del interés general y del interés de la Constitución? ¿Qué razones hay para que un órgano al margen de la contienda parlamentaria y partidista y desde un estudio exhaustivo del asunto, no utilice la vía del recurso de inconstitucionalidad? El sistema no está tan colmado de instancias objetivas en defensa de los derechos ciudadanos, como para postergar uno de los mecanismos de la legitimación activa para acudir al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso, ya de por sí bastante limitada”. Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 52. Añadiríamos, por nuestra parte, que el ejercicio cuantioso y cualitativo del recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo difícilmente puede poner en duda su patrimonio más importante en su misión de defensa de los derechos humanos, que es su independencia frente al Ejecutivo y el partido mayoritario, por más que sea un Comisionado

dudas que una legitimación otorgada a un *Ombudsman* encierra grandes posibilidades teóricas en esta línea, todavía no explotadas. Tal legitimación puede llegar a suponer algo así como la instauración de una acción popular pero con un (muy importante) filtro, que sería el Defensor del Pueblo, sea dicho esto en un sentido coloquial. Precisamente por la convicción de las grandes posibilidades que encierra esta legitimación, más allá del concreto caso español, propugnamos decididamente la extensión en México de la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que pensamos que completaría el sistema de legitimación actual, y pondría fin a algunas de las limitaciones que padece.²¹⁵

D. La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría

Una acción popular de inconstitucionalidad surge por vez primera en el ámbito latinoamericano (Colombia y Venezuela), a mediados del siglo XIX.²¹⁶ Este instituto se ha mantenido hasta hoy en diversas Constituciones latinoamericanas, y así puede De Vergottini sostener con justicia que la acción popular de inconstitucionalidad es un “instrumento característico de los ordenamientos latinoamericanos”.²¹⁷ Naturalmente que de la acción de inconstitucionalidad colombiana o venezolana no conocía un órgano *ad hoc* de la constitucionalidad, que aun no existía, sino la Corte Suprema.

Aunque probablemente desconociendo la experiencia latinoamericana, esta legitimación popular, conocida en la doctrina germana como *Popu-*

de las Cortes Generales. Y aunque, naturalmente, ha de ser un ejercicio prudente y no desmedido, ello tampoco puede llevar a un ejercicio temeroso o cohibido sino que la solución, como tantas veces en derecho, parece hallarse en un término medio. Por lo demás, no deja de llevar razón Alzaga Villaamil cuando señala que esta legitimación del Defensor del Pueblo constituye una situación de poder que encierra una debilidad de futuro para el Defensor que la ejerce o deja de ejercerla, pues si un recurso interpuesto le costo la reelección al señor Ruiz Giménez, la pasividad en su interposición impidió que el señor Gil Robles fuera reelegido. Cfr. Alzaga Villaamil, Óscar, *Derecho político español*, Madrid, Edersa, 1996, p. 395.

²¹⁵ En el mismo sentido, Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, p. 837; García Morelos, Gumersindo, “Perspectivas de los derechos humanos en México”, *ABZ*, 1 de junio de 1996, año I, núm. 23, p. 10.

²¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 136 y ss.

²¹⁷ Vergottini, Giuseppe de, “Sulla effettività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti ibero-americani”, en el colectivo Giorgio Lombardi (dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, p. 383.

larklage, fue tomada en cuenta por Kelsen, quien vino incluso a reconocer, ya a la altura de 1928, su superioridad *teórica*, al señalar que

ciertamente la mayor garantía sería la de establecer una *actio popularis*: el tribunal debería examinar la regularidad de los actos sujetos a su jurisdicción, en particular las leyes y reglamentos, ante la demanda de cualquiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno.²¹⁸

Pero en último término reconocía que “no es todavía posible recomendar esta solución porque comportaría un peligro demasiado elevado de acciones temerarias”²¹⁹ y seguramente no le faltaba razón. Sea como sea, esta legitimación popular es desechada en el sistema kelseniano de justicia constitucional que se plasma en la Constitución austriaca de 1920, que responde a un esquema bien distinto de legitimación, otorgada únicamente a ciertos órganos políticos muy determinados (*Organklage*)²²⁰ y que, en buena medida, viene caracterizando hasta hoy a dicho sistema, tal y como se ha instaurado en numerosos países, si bien no faltan ciertas Constituciones que al introducir un Tribunal Constitucional, han previsto este sistema de legitimación popular para la acción de inconstitucionalidad.

Esto ha ocurrido fundamentalmente en el ámbito latinoamericano, lo que se explica, entre otras razones (socio-económicas, culturales y sociológicas), por la propia tradición existente en dicho ámbito mucho antes ya de la construcción kelseniana (que más tarde se extendería por medio mundo, y también por Latinoamérica). Así, la Constitución colombiana de 1991 consagra en su artículo 241 una acción popular de inconstitucionalidad, en los siguientes términos:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones: [...] 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra

²¹⁸ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, p. 194.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Sistema de legitimación completado después con un control incidental de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional a instancias de cualquier juez o sólo de ciertos tribunales (*Richterklage*).

las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento de su formación,²²¹

aclarando por su parte el artículo 242 que “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente”. Una acción popular, en favor de cualquier ciudadano, se consagra también en las Constituciones de El Salvador y Nicaragua (ante la Sala de lo Constitucional). En Venezuela y Panamá se va más allá, en cuanto que se reconoce legitimación a cualquier persona, incluso aunque no sea nacional o no goce de los derechos políticos. En Guatemala y Ecuador se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero sólo “con el auxilio de tres abogados colegiados activos” en el primer caso, y “previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia”, en el segundo. En Uruguay, Honduras y Paraguay se exige, en cambio, un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad.

Pero también en Europa ha tenido cierta difusión este tipo de legitimación, si bien mucho más modesta. En esa línea habría que mencionar, ante todo, la Constitución del *Land* de Baviera, que consagra una verdadera acción popular de inconstitucionalidad “en la que la legitimación y el interés pertenecen a *quisquis de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio”.²²² Y, como nos dice Häberle, “es opinión generalizada que este recurso se ha acreditado plenamente y ha mostrado gran potencia integradora en Baviera”, lo que ha de llevar incluso a plantearse si no sería recomendable extender, en interés de la efectividad de los derechos fundamentales, esta acción a los demás *Länder*.²²³

221 El número 5 del mismo artículo extiende el objeto de esta acción popular de inconstitucionalidad a los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

222 Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción (y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana) de Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Mariano Azuela, México, Instituto de Derecho Comparado (UNAM), 1961, p. 3. Artículo 98.4 de la Constitución de Baviera: “todo habitante de Baviera que se sienta lesionado en sus derechos constitucionales por un poder público, puede reclamar la protección del Tribunal Constitucional bávaro”.

223 Häberle, Peter, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en el colectivo López Pina, Antonio, *La garantía constitucional...*, cit., p. 237.

También debe mencionarse el mucho más reciente artículo 32.A.3 de la Constitución húngara, que instituye una *actio popularis* (mecanismo procesal de profunda raigambre en este país) frente a las leyes inconstitucionales e incluso, pienso que por primera vez en el mundo, frente a las omisiones del legislador.²²⁴

No ofrece dudas que un sistema de este tipo puede ser efectivo en determinados países o estados por vía de excepción, pero en otros —y, desde luego, España entre ellos— su instauración podría ser absolutamente disfuncional, si no una bomba de relojería, para el correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional u órgano de la constitucionalidad de que se trate. Nos sigue pareciendo certera, al menos como criterio general, la opinión de Pérez Royo: “la necesidad de que la decisión de acudir al Tribunal Constitucional corresponda bien a órganos constitucionales, o a fracciones bastante significativas de los mismos, o al poder judicial, es insustituible cuando existe un control concentrado”.²²⁵ La

²²⁴ Sobre este tema, Zlinszky, János y Agnes Németh, “Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, traducción de Carlos Flores Juberías, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto de 1991, pp. 261 y ss. Parece que la experiencia no ha resultado del todo negativa, si bien la doctrina ha propugnado una reforma del sistema, y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de una amplia *self-restraint* y de restricciones no escritas para el acceso al mismo, pues se entiende que la legislación se halla demasiado influenciada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello conduce a la doctrina a hablar de la necesidad de reconducir sus competencias a una medida razonable (“*Rückführung auf ein vernünftiges Maß*”), sin perjuicio de reconocer en todo caso el prestigio que el Tribunal se ha ganado por su contribución a la buena marcha del nuevo Estado constitucional: “*Dies [...] ändern aber nichts daran, da sich das VerfG schon in den ersten zweieinhalb Jahren seiner Existenz bleibende Verdienste um die Funktionsfähigkeit des neuen demokratischen Verfassungstaats in Ungarn erworben hat*”. Así termina su artículo Georg Brunner, “Zweieinhalb Jahre ungarische...”, *cit.*, p. 315; también pp. 300 y ss.

²²⁵ Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y...*, *cit.*, p. 20, nota 19. Podría admitirse, si acaso, una legitimación de un número importante de ciudadanos, pero la utilidad de una legitimación tal es bastante dudosa en un sistema con legitimación de minorías parlamentarias (y, en España, también del Defensor del Pueblo). Una opinión completamente diversa es la de González Pérez, Jesus, *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, pp. 250-259. Tampoco tiene mayor sentido en México, al menos, en tanto subsista el amparo contra leyes.

Me parece, por lo demás, que la opinión de Pérez Royo aparece confirmada en la realidad por la reciente experiencia de Hungría, donde uno de los mejores conocedores del nuevo sistema puede afirmar lo siguiente: “A la larga, sin embargo, esta carga de trabajo no va a poder evidentemente mantenerse, y así se han multiplicado en poco tiempo las voces en el ámbito doctrinal [y cita abundante doctrina] que propugnan la desaparición o, por lo menos, la restricción radical de la legitimación popular, cuya variante actual húngara es única en todo el mundo” (“*Auf die Dauer ist allerdings die immense Arbeitsbelastung nicht durchzuhalten, und so haben sich auch alsbald die Stimmen aus berufenem Munde gemehrt, die eine Beseitigung oder zumindest radikale Einschränkung der Popularklage fordern, deren gegenwärtige ungarische Variante in der ganzen Welt einmalig ist*”). Incluso existieron ciertos borradores de leyes de reforma en el sentido de restringir el círculo de los legitimados (*Kreis der Antragsberechtigten*) en el proceso de control normativo

legitimación del *Ombudsman*, por lo demás, encierra unas grandes posibilidades y permite salvar algunos de los más graves inconvenientes de la legitimación restringida a órganos políticos, sin llegar a una solución como es la de la legitimación popular que no sólo puede resultar más radical y problemática, sino que además, no aportaría ninguna ventaja adicional destacable en un sistema como el mexicano que cuenta ya con un control difuso de la constitucionalidad, apto para tutelar las situaciones jurídicas iusfundamentales.

2. La legitimación activa en el ordenamiento constitucional mexicano

El legislador mexicano de reforma constitucional no ha seguido exactamente ninguno de los modelos referidos en materia de legitimación, aunque sí ha establecido una legitimación claramente restringida. En efecto, el artículo 105 limita la legitimación activa, a los efectos de la interposición de la acción de inconstitucionalidad, a seis supuestos que pueden, sin mayores obstáculos, reconducirse a tres: a) Fracciones de órganos legislativos; b) procurador general de la República; c) partidos políticos. El único de los legitimados que puede interponer la acción contra toda clase de leyes o tratados internacionales es el procurador general. Tanto las minorías parlamentarias como, en mayor medida aun, los partidos políticos ven restringido el círculo de normas impugnables. Hay, pues, una íntima conexión entre las personas legitimadas y el objeto de la acción en cada caso, como después veremos.

Habría sido deseable, y continúa siéndolo como observación de *lege ferenda*, que se hubiese otorgado legitimación para impugnar todo tipo de leyes y tratados internacionales y sin sujeción a plazo alguno, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos equivalente funcional de la figura del *ombudsman* o del Defensor del Pueblo español. Habría sido también aconsejable, quizás, legitimar al presidente de la República para impugnar leyes de los estados y a los gobernadores y/o a las legislaturas de los Estados para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales o tratados internacionales que les afecten, si bien ello podrán hacerlo en la actualidad tanto el presidente de la República como los gobernadores

abstracto “clásico” a determinados órganos constitucionales (que ignoro si se han plasmado ya en leyes). Brunner, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarische...”, *cit.*, p. 300.

—siempre que exista un verdadero conflicto jurídico, y no se trate de normas electorales— por medio de las controversias constitucionales, con la ventaja adicional de que, en el segundo caso, para esa anulación se exige sólo la mayoría simple, mientras que cuando es la federación la que impugna leyes estatales se exige, igual que en la acción de inconstitucionalidad, mayoría reforzada de ocho ministros.

Antes de referirnos a cada uno de legitimados, es preciso señalar que, a tenor del artículo 11 LR105, tanto el actor como el demandado “deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario”.

Respecto del procurador general de la República, el artículo 102 constitucional establece que “intervendrá *personalmente*” en todo lo referido al ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad y no por conducto de sus inferiores jerárquicos o cualesquiera otros representantes; y el artículo 4 LOPGR reitera que es ésa una función personal e indelegable del procurador general.

Y por lo que al presidente de la República se refiere, se establece, en el artículo 11 LR105, que será representado por el secretario de estado, por el jefe de departamento administrativo o por el consejero jurídico del gobierno, conforme lo determine el propio presidente, y considerando para tales efectos las competencias establecidas en la ley. El acreditamiento de la personalidad de estos servidores y su suplencia se harán en los términos previstos en las leyes o reglamentos interiores que correspondan.

A. *Fracciones de órganos legislativos*

Se otorga legitimación:

a) Por un lado, al “equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes” de la Cámara de Diputados o de Senadores del Congreso de la Unión, legitimación que aparece limitada respecto de las “leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión”, si bien en el caso de los Senadores también se les reconoce legitimación respecto de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

b) Y, por otro lado, se reconoce legitimación al equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales o de la propia Asamblea de Representantes del Distrito Federal respecto de las leyes aprobadas por el órgano legislativo al que en cada caso pertenezcan.

a. *La protección de las minorías parlamentarias como función básica*

Como nos recuerda Orozco,

ante la imposibilidad práctica de que en una sociedad compleja y plural todos estén de acuerdo en lo que debe hacerse políticamente, es necesario que existan procedimientos que permitan adoptar decisiones públicas legítimas y ello se hace por medio del principio de la mayoría, principio que sin embargo supone también, necesariamente, el respeto a las minorías y no sólo eso sino también su protección e impulso.²²⁶

Y parece que es justamente esta última finalidad la buscada por medio de esta legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad otorgada a las minorías políticas parlamentarias frente a la imposición de su criterio por la mayoría, por la sola fuerza de los votos que la respaldan e incluso por encima de la Constitución.

Y es que la Constitución debe ser —tal y como la jurisprudencia constitucional española y alemana ha señalado— un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, pero, junto a ello, no ofrece dudas que algunas cuestiones han quedado cerradas por voluntad del poder constituyente. La Constitución, en suma, define límites precisos que el propio Poder Legislativo no puede traspasar.

Y justamente porque puede ocurrir, sin embargo, que en un órgano legislativo se forme una mayoría suficiente para aprobar una determinada ley (o tratado internacional) que contradiga a la propia Constitución —ese marco jurídico-político de coincidencias—, se otorga a las minorías la posibilidad de acudir ante la Suprema Corte planteando, de manera directa y abstracta, la constitucionalidad de la ley, forma por medio de la que logra protegerse, al unísono, a las minorías políticas y la propia

²²⁶ Orozco Henríquez, J. Jesús, “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, *Justicia Electoral* (Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal), núm. 9, 1997, pp. 95-96.

supremacía constitucional, que resulta de esta manera reforzada. Este mecanismo de protección de las minorías parlamentarias resulta ser, al mismo tiempo, uno de los cauces más adecuados para promover una protección jurisdiccional de la Constitución.

Como nos dice D'Orazio, cualquiera que sea la valoración que se haga de un remedio tal en términos de política institucional y de oportunidad, o de resultados concretamente apreciables en el ámbito de determinados ordenamientos, el hecho mismo de que se admita una legislación constitucional como ésta significa, en sustancia, que las dos partes clásicas del sistema parlamentario (mayoría y oposición) desean establecer una ulterior garantía recíproca. Aquellas partes reconocen (es decir, han convenido históricamente en reconocer) que la búsqueda de la "razón" no puede hacerse equivaler a la fuerza del número expresada en una votación del Parlamento (que haría, en principio, legítima toda decisión de la mayoría), sino que dicha búsqueda debe confiarse a una sede de juicio externa, que encuentra su fundamento legitimador en la posición *super partes* del juzgador y en el reconocimiento de una *lex superior* que tutela y somete a ambas, tanto a la *maior* como a la *minor pars*, a la mayoría y a la minoría.²²⁷

Y no puede desconocerse tampoco la eficacia preventiva de esta legitimación de las minorías pues como nos decía Kelsen

la simple amenaza de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de las minorías, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.²²⁸

b. *Elevado porcentaje requerido*

Hemos dicho ya que la protección de las minorías es, indudablemente, el principio al que trata de responderse mediante esta legitimación. Y si decimos que ésta es la lógica a la que "trata de" responderse no es por otra razón que por la de que resulta harto discutible que tal objetivo

²²⁷ D'Orazio, Giustino, "Aspectos y problemas de...", *cit.*, p. 61.

²²⁸ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1974, p. 512.

pueda lograrse de una manera mínimamente eficaz si se requiere que la acción de inconstitucionalidad aparezca respaldada por un tercio de los miembros de la cámara legislativa que expidió la norma impugnada, y ello de una manera muy especial en un país como México, donde un partido (el PRI, como es de sobra conocido) tiene una representación mayoritaria (abrumadora, en algunos casos) en prácticamente todos los órganos legislativos de la nación y, desde luego, en los de nivel federal.

Y si bien es cierto que se ha iniciado ya un proceso, que parece imparable, hacia un mayor pluralismo político y un fortalecimiento de los partidos de la oposición —lo que resulta por lo demás enteramente deseable— no puede dejar de reconocerse que, incluso en una situación de mayor pluralismo político y parlamentario, el porcentaje requerido (de representantes del órgano legislativo de que en cada caso se trate) parece excesivo, sin que haya razones de peso para negar legitimación a un porcentaje más reducido de representantes del pueblo, lo que, en el contexto mexicano, creemos altamente necesario.

Así, debe tenerse presente cómo, en España, con una composición parlamentaria más fragmentada (incluso en los años de mayor hegemonía del partido gobernante), se otorga legitimación a un séptimo de los miembros del Congreso de los Diputados,²²⁹ y a un quinto de los senadores,²³⁰ cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados.²³¹ Y si es cierto que en Alemania o en Austria el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o el Consejo Nacional (Austria) para plantear una acción de inconstitucionalidad es también de un tercio, no lo es menos que tal porcentaje no ha sido obstáculo para que la acción desarrolle una función de tutela de las minorías parlamentarias, al mismo

229 El artículo 162 de la Constitución española reconoce legitimados, concretamente, y por lo que ahora interesa, a 50 diputados y, dado que el Congreso se compone de 350 diputados desde el inicio de la transición hasta el día de hoy, resulta que un séptimo de los diputados constituyen un quórum suficiente para interponer un recurso de inconstitucionalidad, al menos en tanto el legislador orgánico no disminuya —siempre dentro de los límites constitucionales (de 300 a 400 diputados)— el número de representantes populares que integran el Congreso de los Diputados, algo bastante improbable.

230 La legitimación se reconoce a 50 senadores, sobre un total aproximado de 250, número variable por cuanto uno de los criterios de elección es el poblacional: cada Comunidad Autónoma designará un senador “y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio”.

231 En Francia, tienen legitimación sesenta diputados sobre un total de 570, es decir, algo más de la décima parte de los diputados; y sesenta senadores sobre trescientos cinco, es decir, algo menos de un quinto del total de los integrantes del Senado.

tiempo que se ha convertido en un instrumento eficaz de control de la constitucionalidad, dado que la composición parlamentaria es también aquí claramente más fragmentada que en México.²³²

El contexto político mexicano es, por lo demás, enteramente diferente al alemán o al austriaco, por muy diversas razones pero, por lo pronto, por la distinta fuerza y representación que tienen las minorías políticas en México y en los demás países mencionados. No se exagera si se dice que México está viviendo ahora una transición de un sistema de partido —en la práctica— único (que venía gobernando el país y los distintos estados desde hacía siete décadas) a un sistema de mayor pluralismo, en el que hay alternativas reales de gobierno al PRI, lo que si no ocurre todavía a nivel federal, a nivel estatal en cambio es ya una experiencia vivida, hasta el punto de que en varios estados ya está gobernando un partido distinto al PRI.

En la práctica, y al día de hoy, en la actual composición de las Cámaras, la mentada exigencia de un tercio de los representantes (para impugnar una ley aprobada por el órgano legislativo al que pertenezcan) supone que, para plantear ante la Suprema Corte la constitucionalidad de una ley por medio de la acción de inconstitucionalidad, se requiere, en la Cámara de Diputados, un acuerdo de los dos partidos de la oposición más fuertes, pues sólo estos dos partidos opositores unidos pueden reunir el porcentaje requerido del 33 por ciento, no bastando en cambio a estos efectos un acuerdo del PRD con el tercer y cuarto partidos de la oposición en cuanto a representación parlamentaria (PT y grupo Verde). Y en el Senado, por su parte, hasta las recientes elecciones de hace apenas unos meses, no era posible esa impugnación pues todas las fuerzas de oposición juntas (PAN, PRD y PT) no reunían más que el 25,7 por ciento de la representación de la Cámara, frente al 33 por ciento requerido. En la actualidad, en el Senado se haría necesario igualmente un acuerdo entre las dos principales fuerzas parlamentarias opositoras (no mayoritarias) para plantear una acción de inconstitucionalidad. Todo ello resulta agravado, si cabe, si se atiende al dato de que las fuerzas parlamentarias entre las que debe lograrse el acuerdo representan tendencias

232 Ello tampoco quiere decir que haya de llegarse a una solución como la de Bolivia, país donde se atribuye legitimación a cualquier senador o diputado, lo que “es tanto como sentar las bases para que la misma [la vía de control abstracto] se instrumentalice como un instrumento más de la vida política”. Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la...”, *cit.*, p. 377.

ideológicas contrapuestas entre sí (PAN y PRD), lo que dificulta muy notablemente dicho acuerdo, que ha de venir referido no sólo al planteamiento de la acción sino también a sus precisos términos (preceptos impugnados y motivación de la impugnación).

De estos datos resulta claro, por no decir obvio, que los porcentajes en cuestión son excesivos en la realidad política mexicana, al menos en tanto no se produzca un vuelco en cuanto a la representación parlamentaria de las minorías, de la oposición y se termine así la hegemonía parlamentaria del PRI.

Por todo ello, lleva la razón Fix-Fierro cuando pone de relieve que

el porcentaje de miembros de los órganos legislativos que exige la Constitución como legitimación para interponer las acciones es alto, si tomamos en cuenta el nivel de desarrollo de las oposiciones y su presencia como minorías en los órganos legislativos. Esto, sin embargo, no es un obstáculo insuperable, dado el fortalecimiento continuo de la pluralidad política en el país.²³³

Es de destacar, en la misma línea, la reflexión general del profesor Carpizo en el sentido de que “lo que está muy claro es que el Poder Revisor de la Constitución instituyó la acción de inconstitucionalidad con una concepción muy restringida, como teniendo miedo a su propia creación y, por ello, la limitó con exceso. Tal y como quedó establecida, probablemente va a ser poco utilizada”,²³⁴ lo cual es particularmente cierto por lo que a la legitimación, de las minorías en concreto, se refiere.

En el contexto expuesto, nos parece que una reducción de la representación de la minoría accionante en el correspondiente órgano legislativo a un sexto, al menos, sería una medida bastante razonable y dotaría de la virtualidad necesaria a esta legitimación, que de otro modo no tiene, ni tendrá operatividad, en tanto no se produzca un vuelco en un sentido pluralista de la representación de los partidos políticos en los órganos legislativos de la nación. Desde luego, lo que es del todo inaceptable, desde nuestro punto de vista, es que la principal fuerza opositora, al menos ella, no pueda por sí sola impugnar la inconstitucionalidad de una ley, sino que requiera el concurso de la segunda fuerza parlamentaria en la oposición.

²³³ Fix-Fierro, Héctor, “Defensa de la constitucionalidad...”, *cit.*, p. 54.

²³⁴ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, pp. 837-838.

Hay un dato que resulta, por lo demás, enormemente significativo de la disfuncionalidad de esta legitimación por el elevado porcentaje establecido: puede darse el caso de que ese porcentaje del 33 por ciento represente un porcentaje mayor que aquel con el que se aprobó (o, en todo caso, podría haberse aprobado) la ley impugnada puesto que el quorum exigido para quedar válidamente constituidas las Cámaras es de las dos terceras partes en la de Senadores y de la mitad más uno, simplemente en la de Diputados, y la mayoría parlamentaria requerida para aprobar las leyes se fija por relación a los representantes *presentes*. Parece que, en tal supuesto, el carácter excesivo del porcentaje requerido es tan obvio como absurdo el resultado al que conduce: para impugnar una ley se requiere una mayoría superior a la precisada para aprobarla y, por consiguiente, también a la necesaria para derogarla. Es más difícil, en tales supuestos, a una fuerza o fuerzas parlamentarias impugnar una ley presuntamente inconstitucional que derogarla lisa y llanamente en cuanto que se necesitaría en el primer caso el consenso de mayor número de representantes que en el segundo.

c. Personación en juicio

En cuanto a la personación en juicio, la parte demandante habrá de designar, en la instancia inicial, como representantes comunes a dos o más de sus integrantes, quienes actuarán conjunta o separadamente durante todo el procedimiento y aun después de concluido éste. En caso de que no se designaren representantes comunes, el presidente de la Suprema Corte lo hará de oficio. Los representantes comunes podrán acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos (artículo 62 LR105). No cabe, pues, la designación de representante a persona que no integre la minoría parlamentaria que ejerce la acción, como tampoco es posible la delegación de la legitimación, pues los “delegados” de que habla la ley lo son de los representantes, a los efectos señalados. En todo caso, se presumirá que quienes comparezcan a juicio gozan de la representación legal y cuentan con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario (artículo 11 LR105).

Tiene interés aquí, quizás, hacerse eco de la doctrina del Tribunal Constitucional español respecto de la legitimación de minorías parlamentarias. Señala el Tribunal español que, en el caso de órganos colegiados,

no basta con la mera manifestación de voluntad hecha ante el Tribunal por su (pretendido) representante, sino que hay que comprobar la previa formación de la voluntad impugnatoria “de acuerdo con las reglas de procedimiento interno propias del órgano en cuestión” y la acción “no será admisible cuando no se acredite la preexistencia de tal voluntad”. Pero en el caso de la legitimación de una minoría parlamentaria, ésta no puede ser considerada un órgano y ni siquiera, en sentido estricto, parte de un órgano, como podría serlo, en cambio, un Grupo Parlamentario, en cuanto que este último sí que “posee una cierta continuidad, una composición personal estable y un grado mayor o menor de organización”. La minoría parlamentaria legitimada para la acción de inconstitucionalidad es sólo una agrupación ocasional y *ad hoc* de diputados o senadores,

que se unen al solo efecto de impugnar la validez constitucional de una ley. La agrupación surge sólo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y sólo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia, en el cual los Diputados o Senadores no actúan en rigor como *litis consortes*, sino como integrantes de una parte única que, por imperio de la ley, ha de ser siempre plural.²³⁵

Y por otra parte, respecto de la posibilidad de que uno de los integrantes de la minoría parlamentaria pueda desistir, aisladamente, de la acción de inconstitucionalidad planteada, el Tribunal Constitucional español la ha rechazado contundentemente, entendiendo que se trata de una legitimación conferida a la minoría parlamentaria no a título personal, sino colectivo. No se trata, dirá el Tribunal, de una legitimación otorgada *uti singuli* a cada uno de los Diputados o Senadores integrantes de la minoría parlamentaria, de lo que podría derivar

entre otras consecuencias, una pluralidad de partes actoras que ejercieran sus acciones por medio de una demanda única y vinculada entre sí por una figura análoga al litisconsorcio activo, planteamiento que acaso permitiera un apartamiento o desistimiento individual. La legitimación se confiere a una parte de un órgano constitucional con un límite cuantitativo estimado por la Constitución como garantía suficiente del interés del recurso, interés que no se contempla por la Constitución desde la perspectiva

²³⁵ STC 42/85, de 15 de marzo, FJ 2.

de los sujetos individuales “sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional” (Sentencia 5/1981, de 3 de febrero, FJ 3º). En consecuencia, cada Diputado [o Senador] no es titular ni dueño de una acción de la que pudiera disponer a lo largo del proceso constitucional individualmente, por lo cual los cambios de voluntad operados en la de uno o varios de los Diputados en orden al recurso después de haber sido éste interpuesto, son irrelevantes para el proceso constitucional ya iniciado.²³⁶

B. *Procurador general de la República*²³⁷

Nos referiremos aquí a la legitimación reconocida al “Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”.

Conviene empezar por destacar, antes que nada, que la legitimación que se concede al procurador general es la más amplia de las contempladas en el artículo 105 por razón del objeto, y ello porque se le reconoce para impugnar tanto las leyes federales (incluidas las electorales), como también las estatales y las de Distrito Federal, así como, incluso, tratados internacionales.

No hay, pues, ley, ni tratado internacional que no puedan ser impugnados por el procurador general de la República, lo que contrasta fuertemente con la limitación del objeto de la impugnación por parte de los otros legitimados, que sólo pueden impugnar leyes federales (Cámara de Diputados), o leyes federales y tratados internacionales (C. Senadores) o leyes —federales o estatales— electorales (partidos políticos) o leyes de un estado (Legislaturas locales). Todas ellas, sin excepción posible, pueden, en cambio, ser impugnadas ante la Suprema Corte por el procurador general.

²³⁶ Auto del Tribunal Constitucional español 874/85, de 5 de diciembre. En México, en cualquier caso, no cabe el sobreseimiento por desestimiento del actor en la acción de inconstitucionalidad, como tampoco en la controversia sobre la constitucionalidad de normas generales.

²³⁷ Una legitimación en favor del procurador general de la República se reconoce también en Portugal, Brasil, Perú y Guatemala.

a. *La importancia de la dependencia o independencia del procurador general de la República respecto del Ejecutivo en cuanto a su legitimación en la acción de inconstitucionalidad*

La cuestión de la dependencia o independencia del procurador general respecto del presidente de la República tiene una extraordinaria relevancia en relación a su legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, especialmente respecto a las leyes del Congreso y los tratados internacionales; pero tampoco mucha menos por lo que se refiere a la impugnación de las leyes de los estados.

En efecto, si resultase que el procurador no tiene garantizada su independencia respecto del Ejecutivo, al menos en un grado razonable, la legitimación para ejercitar la acción de inconstitucionalidad quedaría en muy buena medida desvirtuada. Veamos por qué:

1) Respecto de las leyes de la Federación, hay que empezar por señalar que el partido que tiene la Presidencia de la República desde hace siete décadas es el mismo que tiene también la hegemonía parlamentaria. Ello tiene como lógica consecuencia que no se producen discrepancias de fondo de las Cámaras con el presidente, especialmente si se atiende al dato de que casi todas las leyes, y desde luego las más importantes, tienen su origen en la iniciativa legislativa del presidente de la República, con lo cual se comprenderá que las leyes federales se hacen, en definitiva, a imagen y semejanza de la voluntad presidencial. Es, por lo demás, el presidente el encargado de su promulgación.

En este contexto, es claro que la impugnación de una ley federal implica, en realidad, un ataque directo a una voluntad política clara —en cuanto que expresada no a través de cualquier acto o norma administrativa sino precisamente por medio de una iniciativa de ley— del propio presidente de la República y es difícil que un procurador general de la República esté dispuesto a jugar esa carta, si no tuviese garantizada su independencia respecto del Ejecutivo. Iba a ser difícil evitar entonces que la legitimación de un órgano como el procurador general no quedase reducida poco menos que a la nada.

Es cierto, que esa configuración parlamentaria puede cambiar, pero la conclusión a la que habría que llegar sería, evidentemente, la misma, si el cambio consistiese en la asunción de la presidencia de la República y la mayoría parlamentaria por un partido distinto al PRI, hipótesis que pertenece, hoy por hoy, al campo de la política-ficción. Pero es que la

falta de independencia del procurador general no podría ser valorada positivamente en relación al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ni siquiera en el caso de que llegasen a tener la mayoría parlamentaria y la Presidencia de la República dos partidos distintos pues, incluso en esa lejana hipótesis es fácil que lo que terminase ocurriendo es que la legitimación del procurador general para interponer la acción de inconstitucionalidad se utilizase, justamente, para obstaculizar buena parte de las leyes aprobadas por el Congreso, lo que se lograría sin el desgaste ni las complicaciones que puede implicar el ejercicio por una minoría de un 33 por ciento de los parlamentarios o el veto presidencial.

2) Respecto de los tratados internacionales, es sabido que su celebración es facultad del presidente de la República.²³⁸ Por tanto, siempre que el procurador ejerza esta facultad impugnatoria, lo hará frente a unas normas que ha celebrado —e incorporado así al ordenamiento mexicano como Ley Suprema (artículo 133)— el propio presidente. La dependencia, siquiera relativa, del procurador respecto del presidente conllevaría reconocer poco menos que la legitimación aquí contemplada es una vez más una legitimación que nace muerta.²³⁹

3) Respecto, en fin, de las leyes de los estados, si el procurador general no tiene independencia respecto del Ejecutivo, el ejercicio, por parte del procurador general, de la legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las mismas será tanto más probable en la medida que el partido gobernante a nivel federal no coincida con el partido mayoritario a nivel local, situación que ciertamente “se dará cada vez con más frecuencia en el futuro”.²⁴⁰

Por todo lo anterior, es de la mayor importancia determinar si el procurador goza o no, y en qué grado, de independencia respecto del Ejecutivo,

²³⁸ Castro y Castro no oculta su extrañeza y desconcierto ante esta legitimación frente a tratados internacionales: “Más que en cualquier otro ejemplo, es en esta intervención del procurador general de la República donde mayor desconcierto me causa la nueva estructuración constitucional en materia de acciones de inconstitucionalidad. ¿Cómo es posible —salvo si se ha creado un nuevo poder político—, que el procurador plantee que un tratado es contrario a la Constitución, celebrado por el presidente, y ratificado por el Senado de la República? ¿Quién autoriza y supervisa la impugnación?”. Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, cit., p. 208.

²³⁹ Incluso podría tener cierta justificación que el procurador general de la República fuese nombrado exclusivamente por el Senado por mayoría de dos tercios, pues aunque los tratados internacionales, celebrados por el presidente, son ratificados por el Senado, la ratificación sólo requiere mayoría simple, mientras que para el nombramiento del procurador general de la República se precisó una mayoría reforzada de dos tercios. Pero la dependencia del Ejecutivo no parece justificable en modo alguno.

²⁴⁰ Fix-Fierro, Héctor, “La Reforma Judicial...”, cit., p. 119.

pues ello va a condicionar en muy buena medida el juego de esta legitimación en la vida política mexicana. A ello nos referimos a renglón seguido.

b. *La regulación constitucional de la dependencia o independencia del procurador general respecto del Ejecutivo*

De conformidad con el texto constitucional, afectado también en este punto por la reforma de 1994, el procurador general de la República, que es la persona que está al frente del Ministerio Público de la Federación, es “designado por el Titular del Ejecutivo”, esto es, por el presidente de la República entre mexicanos mayores de 35 años, que sean licenciados en derecho con antigüedad de 10 años al menos, gocen de buena reputación y no hayan sido condenados por delito doloso. Y si bien es cierto que para ese nombramiento se precisa la “ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente”,²⁴¹ no lo es menos que “podrá ser removido libremente por el Ejecutivo”, tal y como expresamente declara la letra A) del artículo 102, determinación esta última de gran importancia y de interpretación más problemática de lo que *prima facie* pueda parecer.

De esta regulación parece desprenderse que la Procuraduría General es un cargo de confianza del gobierno y del Senado simultáneamente, en cuanto que su nombramiento corresponde al presidente de la República con la ratificación del Senado. Esta conclusión queda, sin embargo, aparentemente desvirtuada por el régimen constitucionalmente previsto para la destitución del procurador general. Dicho régimen parece no sólo no garantizarle su independencia frente al Ejecutivo, sino que, por el contrario, parece consagrar su dependencia absoluta, en cuanto que puede ser removido por el presidente de la República en cualquier momento y sin que se precise la concurrencia de causa alguna: se trata, en suma, de una remoción o destitución que ni precisa ratificación del Senado ni parece tampoco —en principio— necesitar justificación, al menos no desde una perspectiva jurídico-constitucional estricta, pues ése parece ser el único significado que puede atribuirse al expresivo adverbio “libremente” que emplea el artículo 102 constitucional.

²⁴¹ Esta ratificación por el Senado se trata de justificar en la iniciativa presidencial en los siguientes términos: “Debido a que la Constitución le otorga al procurador general de la República el carácter de representante de los intereses de la Nación en las materias del juicio de amparo y las controversias y las acciones de inconstitucionalidad, se hace necesario someter el nombramiento que haga el Ejecutivo Federal a la ratificación del Senado de la República”.

De aceptarse esta última interpretación, resultaría que el procurador general de la República podrá, sin duda, ser un jurista brillante y de reconocido prestigio e, incluso, ser una persona que tenga una notable independencia interna,²⁴² pero lo que no se prestaría a dudas es que carece, pura y simplemente, de cualquier independencia externa frente al Ejecutivo, por lo pronto, y en lo que ahora interesa, para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, una de sus más relevantes atribuciones. Y es claro que la primera —la independencia interna— no sirve de mucho si su ejercicio decidido puede conllevar la destitución o remoción sin más, lo que parece no prestarse a discusión a partir de la interpretación, apegada al texto literal del precepto, que ha venido prevaleciendo en la doctrina.

Es preciso, por todo ello, determinar si la interpretación arriba expuesta es correcta, y la única posible del texto constitucional. Adelantaré mi opinión de que no es así y hay, por el contrario, razones de mucho peso que han de llevar a una interpretación bien distinta y no tan apegada a la letra de la ley, como trataremos de demostrar más adelante.

Por lo pronto, hay que empezar reconociendo que, como se ha demostrado, la dependencia del procurador general respecto del Ejecutivo conduce a un resultado que, generosamente, cabría calificar de disfuncional en tanto no se produzca un vuelco en la situación política actual; pues no de otro modo puede calificarse el hecho de que se otorgue legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes federales o tratados a quien, en último término, depende pura y simplemente de quien es responsable último de unas y otros.²⁴³ No creo que sea una

²⁴² Es sabido que el primer procurador general de la República designado tras la reforma fue una persona vinculada al partido más fuerte de la oposición, y aunque es una realidad que, en el contexto vigente, sólo puede merecer una valoración positiva, hay que aclarar que ello es resultado de un pacto que ni la Constitución exige (en absoluto), ni hay garantías de que vaya a convertirse en una regla o costumbre observada en el futuro ni, sobre todo, impide la destitución por el presidente de la República, sin necesidad de ratificación del Senado. Es cierto, igualmente, que la sustitución del primer procurador general nombrado tras la reforma recayó en una persona de gran prestigio, valía e independencia, como es Jorge Madrazo, y que su nombramiento contó también con el apoyo de parte de la oposición, pero todo ello no parece sino responder a una coyuntura política particular de búsqueda de consenso o cooperación entre el PRI y el principal partido en la oposición, el PAN. Pero, ante esta sana costumbre, sólo cabe insistir en la necesidad, todavía con más razón, de configurar al procurador general como órgano independiente del Ejecutivo de manera que éste no pueda cesarle sin más.

²⁴³ Respecto de los tratados, porque es el encargado de su celebración; respecto de las leyes federales, porque el partido al que pertenece cuenta asimismo con mayoría parlamentaria y en la mayor parte de los casos, las leyes aprobadas lo han sido por iniciativa legislativa presidencial.

interpretación malintencionada sostener que la dependencia respecto del Ejecutivo del procurador supone que éste une, en principio, su suerte al buen servicio al presidente, y parece que este buen servicio incluye, por lo pronto, la falta de oposición frente a las leyes de cuya autoría es responsable, directa o indirectamente, la Presidencia de la República, cuando menos en sus líneas básicas.²⁴⁴

Ocurre, sin embargo, que no es absolutamente necesario llegar a ese resultado, al que se ha arribado, a mi juicio, a partir de una interpretación demasiado apegada a la letra de la ley, y que ha prescindido de otros criterios hermenéuticos de relevancia.

El dato clave que, en este punto, ha de tenerse presente, a mi juicio, y que hasta ahora ha pasado un tanto desapercibido, es que, en la iniciativa de reforma constitucional del presidente de la República, trataba de justificarse esta remoción del procurador general por el titular del Ejecutivo en los siguientes términos, tan claros y terminantes como decisivos a la hora de interpretar un precepto que no sufrió enmienda alguna en el Parlamento:

se considera necesario que permanezca el régimen de remoción *libre* por el Ejecutivo, *toda vez que, por ser éste el responsable último de velar por la aplicación de la ley en el ámbito administrativo, debe estar facultado para actuar firmemente cuando perciba que la institución se desempeña de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal.*

Así pues, lo que se propugna en la iniciativa presidencial es una remoción, en efecto, “libre” del procurador general por el presidente de la República, pero no en el sentido de “libérrima” o *absolutamente libre*, sino más bien en el sentido bien distinto de discrecional, por cuanto que la libertad de la remoción aparece condicionada a un ejercicio negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal. El propio presidente habla, así pues, en su iniciativa de reforma de remoción “libre”, pero no se limita a ello sino que expone la justificación por la que

²⁴⁴ El único límite que tendría el presidente es el control político de las minorías y, especialmente, de la opinión pública y los medios de comunicación, aspecto éste cuya importancia no puede en modo alguno minusvalorarse, especialmente cuando en el nombramiento del procurador general de la República haya existido un cierto consenso entre el gobierno y la oposición, como hasta ahora ha ocurrido. Pero es obvio que ello no es, en absoluto, suficiente, pues no podría impedir, en términos de estricto derecho, la destitución sin causa alguna por el presidente.

la remoción es “libre”, el sentido en que debe entenderse esta expresión en la concepción del autor de la iniciativa de reforma, iniciativa que —sin cambio alguno en este punto— pasó a ser ley de reforma constitucional, hoy ya en vigor.

Recordemos una vez más que el motivo que explica y da sentido a la facultad presidencial de “remoción libre” del procurador es el hecho de que al ser el presidente de la República “el responsable último de velar por la aplicación de la ley en el ámbito administrativo, debe estar facultado para actuar firmemente cuando perciba que la institución se desempeña de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal” y, naturalmente, sólo en ese caso de actuación negligente o indolente²⁴⁵ en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, primordialmente la señalada en el párrafo segundo del artículo 102.A) de la Constitución:

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

En efecto, entiendo que, aunque el ejercicio negligente o indolente viene referido en la iniciativa a la persecución de los delitos federales, como función característica por antonomasia del procurador general de la República, resulta obvio que un ejercicio viciado de cualquiera de sus otras atribuciones básicas puede ser suficiente para justificar la remoción del procurador. Es claro que la referencia a aquella específica función no puede tener una finalidad enumerativa o agotadora, sino sólo ejemplificativa, con relación precisamente a la que es la función emblemática del procurador general de la República, pero no su única función. Así lo exige la operatividad lógica del precepto, tanto más si se tiene presente

²⁴⁵ La apreciación de si hay o no un ejercicio indolente o negligente (necesariamente grave) corresponde, en primer lugar, al presidente de la República, cuya decisión ha de gozar de un margen de confianza, por así decirlo, pero sin que ello cierre en modo alguno el control judicial para los casos en que sea claro o patente la inexistencia de tal vicio. La referencia a un ejercicio negligente o indolente no es más que un concepto jurídico indeterminado, técnica perfectamente conocida por los juristas, y cuya utilidad y eficacia no se presta a dudas.

que el mismo artículo de la Constitución, un poco más adelante, establece la responsabilidad del procurador general de la República por toda falta, violación a la ley u omisión en que incurra “con motivo de sus funciones”; y ha de entenderse que también el ejercicio indolente o negligente se refiere también al ejercicio de sus funciones en general, y no sólo al ejercicio de la más emblemática de ellas. Esta interpretación extensiva aparece avalada por el hecho de que lo que se interpreta no es el texto mismo de la Constitución, sino sólo el texto de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, que no es más que un criterio hermenéutico del texto constitucional mismo, por más importante que en este caso sea tal criterio.

El único obstáculo que podría encontrarse para una interpretación como la aquí sostenida es que la aludida determinación del presidente de la República por la que se vincula la remoción libre al desempeño de la institución “de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal”, no quedó plasmada, de manera expresa, en el texto constitucional reformado, pero —aunque no deja de ser un inconveniente no pequeño— hay una serie de datos que acaso consientan y aconsejen tenerla en cuenta a la hora de interpretar el precepto constitucional:²⁴⁶

a) tal determinación no se plasmó tampoco en el texto de reforma constitucional propuesto por el propio presidente de la República para el artículo 102 constitucional, a pesar de lo cual la interpretación que en la exposición de motivos del “Proyecto de Decreto de Reforma” sostenía el presidente es la que acabamos de suscribir;

b) tal interpretación era conocida por los Diputados y Senadores que votaron sobre el proyecto de Decreto, sin que se suscitara opinión en contrario ni, desde luego, se propusiese otra redacción que cerrase de plano aquella posibilidad, por lo que la interpretación de quien ejerció la iniciativa debe entenderse aceptada y asumida por quien la votó favorablemente y no formuló objeción, ni manifestó tampoco su opinión en contra de ninguna forma. El presidente entendía por destitución libre la que en realidad era discrecional y ese entendimiento fue aceptado por el legislador de reforma constitucional.

²⁴⁶ Todo ello, por cierto, no hace sino confirmar que el viejo adagio *in claris non fit interpretatio* no es más que una falacia, experiencia hoy común del menos avezado de los juristas.

Todo ello, salvo que nos apeguemos a una empobrecedora literalidad en la interpretación o a una obediencia ciega a la letra legal superada hoy —acaso ya mucho antes, al menos a nivel práctico— por una obediencia pensante (*denkenden Gehorsam*), no deja de tener consecuencias. Una interpretación como la sustentada abre la puerta a un control de legalidad por los tribunales, pues la remoción no es absolutamente libre, sino más bien discrecional, y hay además parámetros muy claros conforme a los cuales es posible enjuiciar una determinada remoción, que no es una facultad de poder desnudo del presidente, sino sólo una facultad presidencial de naturaleza discrecional, con límites amplios pero concretos y que pueden hacerse valer ante los tribunales. Naturalmente que este límite juega frente al legislador, que no podrá establecer una remoción del procurador general libérrima, “sin justa causa”, correspondiendo a la Suprema Corte, en su caso, hacer respetar al mismo legislador ese límite.

Esta concepción del procurador como órgano independiente no aparece, por lo demás, sino reforzada por una interpretación sistemática de la Constitución, especialmente atendiendo al importante dato de que el artículo 102 de la Constitución, reformado también en 1994, priva ya al procurador general de la República de su labor, característica hasta entonces, de actuar como “Consejero jurídico del Gobierno”, labor que ahora se atribuye a una “dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley”, lo que se explica por la posición de independencia que ocupa ahora el procurador. La atribución, en fin, de legitimación al procurador general quedaría asimismo desvirtuada si se admitiese la dependencia absoluta del procurador general respecto del Ejecutivo.

No podemos tampoco dejar de hacernos eco de la interpretación de un ministro de la Suprema Corte por la que trata de salvarse también el absurdo a que la interpretación puramente literal del artículo 102 conduce, si bien se trata de una interpretación orientada en un sentido diametralmente opuesto a la interpretación por nosotros propugnada. Más aún, en rigor, en estricta puridad, no es una interpretación sino una propuesta de prescindir, pura y simplemente, de la legitimación otorgada al procurador para interponer la acción de inconstitucionalidad por ser contraria a la dependencia del procurador respecto del Ejecutivo, verdadero

dogma del que se parte. Estos son los términos en que se expresa el Ministro Castro y Castro:

[La impugnación de una ley federal o de un tratado internacional por el Procurador General] sería a lo menos desconcertante. Instauraría la hipótesis de que un *Nuevo Poder* ha nacido en nuestra vida constitucional al lado de la Federación (con su distribución en Ejecutivo, Legislativo y Judicial); de los Estados Federados (¿y el Distrito Federal?); de los municipios; y del Poder Reformador de la Constitución [...] Manifiestamente no es de creerse que ése hubiese sido el propósito del Poder Constituyente (o si se quiere mejor del Poder Reformador de la Constitución), al aprobar un nuevo artículo 105 constitucional. Creo que es manifiesto el que (independientemente de que no se daría la hipótesis que vengo manejando, por *obvias razones políticas*) el Procurador de la República no puede oponerse a leyes federales promovidas por el Ejecutivo Federal, o tratados firmados, por él. Y recuérdese que éste puede remover libremente a aquél. Si se trata de leyes no iniciadas por el Presidente de la República tampoco creo que pudiera oponerse el Procurador General [...] Es perfectamente entendible que es ésa [el veto presidencial] la más antigua forma en que el Ejecutivo Federal se ha opuesto a las leyes, entre otras muchas razones por las de una inconstitucionalidad que aprecia. Para esto no necesita al Procurador General, puesto que el procedimiento constitucional apropiado existe; y en caso de que el Presidente vetara la ley, la nueva mayoría que exige la Constitución (para superar el veto: dos tercios de los votos), difícilmente daría cabida al 33% opositor. Si insistiéramos en que el Procurador General puede, sin necesidad de consultar al Presidente, impugnar como inconstitucional una ley federal —y suponiendo que este último funcionario no lo cesa y lo sustituye— todavía quedaría una hipótesis remota por resolver: ¿también podría impugnar el Procurador una ley vetada por el Ejecutivo, devuelta, y votada nuevamente por los dos tercios de las Cámaras del Congreso? La llamamos hipótesis remota porque la nueva votación es de dos tercios, y se supone que hay la posibilidad matemática de un tercio restante que pudiera seguir estando en contra de la ley federal aprobada. Y una final advertencia: El Procurador General no juega por tercios; existentes o inexistentes. Tan sólo requiere su propia voluntad, aunque yo insisto en que lo que necesita es la voluntad del Ejecutivo Federal.²⁴⁷

²⁴⁷ Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, cit., pp. 199-200.

Me parece que la cita anterior de un calificado ministro de la nueva Suprema Corte es la mejor confirmación posible de los resultados absurdos a que una interpretación apegada a la literalidad puede llevar, resultado que, justamente por su disfuncionalidad, el hermeneuta debe evitar, y tanto más cuando hay elementos interpretativos claros que así lo consienten. Debe hacerse un esfuerzo, centrado en elementos interpretativos distintos del estrictamente literal, a fin de evitar ese resultado. Pero lo que, a nuestro juicio, no es admisible en este caso es prescindir, lisa y llanamente, de la legitimación otorgada con toda claridad al procurador, por una norma constitucional, para interponer la acción de inconstitucionalidad. Ése es, precisa e indiscutiblemente, un límite para toda interpretación.

Y si esa legitimación del procurador casa mal con su pretendida dependencia absoluta del Ejecutivo, habrá que formular las objeciones correspondientes e incluso hacer las pertinentes consideraciones *de lege ferenda*. Lo que, en todo caso, no puede hacerse es prescindir de una disposición constitucional por el simple hecho de que case mal con otra disposición de la misma Constitución: lo que habrá que hacer es, más bien, lograr una interpretación conciliadora de ambos preceptos a fin de evitar un resultado absurdo. Ello creo que no hace sino reafirmar la necesidad y oportunidad de una interpretación como la que sustento.

Y se admita o no la interpretación aquí sostenida sobre el *status* del procurador general en cuanto a su independencia frente al presidente de la República, no podemos dejar de hacernos eco de la opinión pujante en la doctrina mexicana en el sentido de potenciar, *de lege ferenda*, la independencia del procurador general por medio de una reforma constitucional que atribuya al Congreso de la Unión la facultad de su nombramiento por una mayoría reforzada,²⁴⁸ consagrando de este modo con claridad su absoluta independencia respecto del presidente de la República. Mientras esa reforma llega, habrá quizás que determinar si puede prosperar o no una interpretación como la aquí propugnada. De lo que no cabe duda es de que México también ha contribuido a dar continuidad histórica a la célebre exclamación de Goldschmidt hace décadas, y que recientemente nos recordaba Montero Aroca:²⁴⁹ “¡Qué naturaleza protei-

²⁴⁸ Es, por ejemplo, la propuesta de Cárdenas Gracia, Jaime, “La ubicación constitucional del ministerio público”, en *La justicia mexicana...*, cit., p. 279.

²⁴⁹ Montero Aroca, Juan, “El ministerio público en España (un intento de explicación de lo inexplicable)”, en *La justicia mexicana...*, cit., p. 302.

ca tiene el procurador general!” (¡*Welche Proteusnatur hat die Staatsanwaltschaft!*!), en referencia a la multiplicidad de formas que podía adoptar Proteo, el pastor de los rebaños de Poseidón, de modo análogo a como acontece con el ministerio público a nivel del derecho comparado.

Podemos en fin, concluir, en esta misma línea de *lege ferenda*, con las atinadas palabras de Soberanes Fernández:

En nuestra modesta opinión, pensamos que el *iter* no ha terminado, es preciso dar autonomía técnica y funcional al Ministerio Público; que éste ya no dependa del Poder Ejecutivo, que sea independiente, pues se trata del representante social, no del representante del gobierno. Por ello, proponemos que su titular sea designado por el Congreso de la Unión o alguna de sus Cámaras, sin intervención del Ejecutivo, y que el mismo responda ante la Ley y ante la sociedad, no ante el titular del Ejecutivo [...] De la misma manera, sería conveniente que el Procurador fuera neutral, o al menos no haberse destacado como dirigente de partido, ya que de lo contrario se corre el riesgo, como ahora, de señalar que el Procurador se mueve por intereses partidarios, no por interés de la sociedad.²⁵⁰

C. Los partidos políticos

Si bien la reforma constitucional de 1994 excluyó la materia electoral de todo control por esta vía procesal, la de 1996 suprimió esa exclusión injustificada de las leyes electorales como objeto de la acción de inconstitucionalidad, y otorgó una legitimación específica a los partidos políticos para impugnar tales leyes. Pero distingue ahora el artículo 105, en su redacción posterior a la reforma de 1996, según que las leyes electorales impugnadas sean federales o locales:

- Si las disposiciones electorales sobre cuya constitucionalidad se suscitan dudas son federales, sólo se otorga legitimación a aquellos partidos políticos “con registro ante el Instituto Federal Electoral”.
- Si, en cambio, las disposiciones electorales que se impugnan son de ámbito estatal o local, estarán legitimados no sólo los partidos registrados en el Instituto Federal Electoral, sino también los partidos con registro estatal, si bien en este último caso, como es

²⁵⁰ Soberanes Fernández, José Luis, “Nueva justicia constitucional...”, *cit.*, p. 16.

enteramente natural, sólo respecto de las leyes “expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro” o, dicho de otro modo, únicamente respecto de las leyes del Estado al que el partido en cuestión reduce su ámbito de actuación.

Dado que no se trata ahora tanto de precisar el objeto de la acción de inconstitucionalidad, tema al que enseguida nos referiremos, cuanto de analizar la legitimación, hemos de decir que estamos ante un supuesto que previsiblemente tendrá una eficacia inmediata muy beneficiosa en la sociedad y la política mexicana. Si en principio parece no justificarse un tratamiento diferenciado de las leyes electorales respecto de las demás en cuanto al control de su constitucionalidad, en el particular contexto político mexicano creo que una regulación de este estilo sólo puede merecer alabanzas.

La decisión básica, y que merece ser destacada, es que se rompe así con una larga tradición de inimpugnabilidad constitucional de las leyes electorales, en lo que constituía una clara laguna, tan profunda como lamentable, en la supremacía constitucional. Esta larga tradición se consagró de manera expresa en la reforma de 1994 respecto del nuevo mecanismo de control constitucional que era la acción de inconstitucionalidad, que procedía contra toda clase de leyes, salvo precisamente las referidas a materia electoral. La reforma de 1996 rompe, también de manera expresa y frontal, con esa inveterada tradición.

Pero no ofrece dudas que la sinceridad de una reforma de este tipo, así como de la virtual eficacia del control, dependen de su concreta articulación positiva, y muy especialmente del círculo de sujetos legitimados. Y en este sentido, antes de referirnos a esta legitimación específica de los partidos políticos respecto de las leyes electorales, hay que aclarar algo difícilmente discutible y es que se trata, en todo caso, de una legitimación cumulativa, y no excluyente respecto de la regulada en los cinco apartados anteriores del artículo 105.II.

Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que la mentada reforma de 1966 ha suprimido la referencia expresa a la “materia electoral” como excluida del objeto de la acción de inconstitucionalidad y si bien es cierto que, junto a ello, se introduce un nuevo apartado f) en el mismo artículo 105.II por el que se regula específicamente la legitimación respecto de las leyes electorales, es patente que, suprimida con carácter general la “excepción electoral” (por así llamarla), no hay motivo alguno en el texto

constitucional para entender no incluidas dentro de las “leyes de carácter federal” (apartados a-b-c) o “estatal” o “del Distrito Federal” (apartados c-d-e) a las que tengan por objeto la materia electoral. Tal exclusión ha perdido ya toda la base constitucional, clara y rotunda, que antes sí encontraba.

Si ahora se añade una nueva legitimación, en favor de los partidos políticos, respecto de las leyes electorales, ésta constituirá un nuevo supuesto específico, en ningún caso excluyente de la impugnación de las leyes electorales “por el régimen común” (por así decirlo), esto es, por el régimen por el que se impugna cualquier otra ley estatal o federal.

No obsta a la interpretación arriba sostenida lo preceptuado, también tras la referida reforma de 1996, por el propio artículo 105.II en el segundo párrafo de su letra f) en el sentido de que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”. Más bien, ocurre todo lo contrario, pues no se dice que la única vía sea la del subapartado f), sino la prevista en el artículo 105, lo cual es enteramente distinto y comprende, en principio, a todos los supuestos previstos en los apartados anteriores. La dicción de este párrafo, pues, lejos de excluir la “acumulatividad” de las legitimaciones respecto de las leyes electorales, la confirma por completo. Así pues, la legitimación en materia de acción de inconstitucionalidad frente a leyes electorales es la siguiente:

a. Respecto de las leyes (electorales) *federales o del Distrito Federal*, están legitimados: “el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión” (apartado a) o “del Senado” (apartado b), así como el procurador general de la República (apartado c) y los “partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral”. Respecto de las leyes (electorales) del Distrito Federal tiene además legitimación el “equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal” (apartado e), pero no los partidos de ámbito del Distrito Federal pues éstos no existen por cuanto que, también en este punto, como en tantos otros,²⁵¹ el régimen jurídico del Distrito Federal es distinto al de los estados y, conforme al artículo 122.C (que establece las

²⁵¹ Artículo 43 de la Constitución: “Las partes integrantes de la Federación son los Estados de (...) y Distrito Federal”. Artículo 44: “La Ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos”. Su concreto régimen jurídico está contenido, fundamentalmente, en el extenso artículo 122 de la Constitución.

Bases a que ha de sujetarse el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal), Base Primera, V, apartado f), inciso final: “En estas elecciones [las locales del Distrito Federal] sólo podrán participar los partidos políticos con registro nacional”.

b. Respecto de las leyes (electorales) *de los Estados*, están legitimados tanto el Procurador General de la República (apartado c) como “el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes” del órgano legislativo del Estado que aprobó la norma (apartado d), como asimismo los partidos políticos con registro en dicho Estado y también los registrados ante el Instituto Federal Electoral.

Esto supone, en suma, ampliar la legitimación en la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales, respecto de las cuales el círculo de legitimados se extiende, bajo ciertas condiciones formales y territoriales, a los partidos políticos, lo que se explica por el especial interés que éstos tienen en cuanto tales respecto de tal tipo de leyes, así como por la necesidad de fortalecimiento de las minorías, muy especialmente en el campo electoral, en el que pueden sufrir muy serios fraudes de otra forma, que redundarían no sólo en su propio perjuicio, sino sobre todo en el del sistema en su globalidad, en el del proceso democratizador, así como en la credibilidad y transparencia del entero proceso electoral.

Y es que esta nueva legitimación de los partidos políticos responde también a una nueva sensibilidad hacia los mismos, que —como dice el artículo 122.I tras su nueva redacción de 1996—

son entidades de interés público [...] tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo.

Desde esta perspectiva, la ampliación de la fiscalización constitucional a las leyes electorales y la contemplación de una legitimación específica (cumulativa) frente a las leyes electorales en favor de los partidos políticos es una opción absolutamente coherente con la nueva definición constitucional de éstos como entidades de interés público, así como con las

importantes funciones que en este campo la Constitución reformada les atribuye.

Es claro que son ellos los principales interesados en velar por el respeto a las reglas de juego en el proceso electoral tendente a elegir democráticamente a los representantes del pueblo en los diversos niveles de gobierno. Ello no justificaría, no obstante, la exclusión de los legitimados por el régimen común para impugnar las leyes electorales y, por ello mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden jugar un papel de relevancia en esta tarea de control, por más que resulte difícil imaginar una actuación autónoma de alguno de esos legitimados sin que, al mismo tiempo, se produzca una impugnación de la misma ley electoral por algún partido político. Más bien, será frecuente la concurrencia de los legitimados por el régimen común y los especialmente legitimados en materia electoral, ante todo por medio de la superposición de la demanda de partidos políticos y minorías parlamentarias.

Hay que aclarar, en todo caso, que esta legitimación específica tiene una mayor amplitud que la de las minorías parlamentarias pues se contempla con mucha generosidad, en la medida en que cualquier partido legalmente constituido, cualquiera que sea su fuerza parlamentaria —e incluso si no tiene representación alguna, sea por no haberla obtenido, sea por no haber concurrido nunca todavía a unos comicios—, puede acudir por vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte.

No se requiere, pues, haber obtenido una determinada representación sino que basta con que el partido político impugnante de la ley esté registrado,²⁵² bien a nivel nacional (respecto de las leyes electorales federales), bien a nivel local (respecto de las leyes electorales del Estado en que se haya registrado), mientras que el régimen de la legitimación respecto de las restantes leyes (no electorales) exige el acuerdo de al menos un 33% de los parlamentarios de que en cada caso se trate, normalmente pertenecientes todos ellos a un mismo partido o a varios, con lo que implícitamente se exige que el partido o partidos impugnadores (que son quienes están realmente detrás de los parlamentarios) tengan por sí o conjuntamente una determinada, y nada pequeña por cierto, representatividad, sea a nivel federal o estatal.

²⁵² Sobre el registro de los partidos nacionales, véanse los artículos 24 a 29 COFIPE (requisitos y procedimientos de constitución) y 30-31 (sobre admisión o no).

Por lo que se refiere al requisito de que el partido esté registrado, es preciso hacerse aquí eco de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia, según la cual

si el partido promovente [de la acción de inconstitucionalidad] demuestra haber solicitado el registro condicionado [ante el Instituto Federal Electoral, o ante el registro estatal, según sea un partido de ámbito federal o local] conforme a la convocatoria expedida por la autoridad electoral y ésta le negó el registro, debe estimarse que carece de legitimación procesal para ejercitar la acción constitucional de mérito, por no acreditar con el certificado respectivo, expedido en términos de lo dispuesto por los artículos 22 y 23 COFIPE.²⁵³

Por último, debe decirse que los partidos políticos que hagan uso de su legitimación habrán de hacerlo a través de sus dirigencias, por así determinarlo expresamente la Constitución, como por otra parte es natural. Cuando sean partidos con registro a nivel nacional, en el Instituto Federal Electoral, la pertinente decisión de interposición de la acción habrá de adoptarse por las “dirigencias nacionales” pues así lo determina también el nuevo apartado f) del artículo 105.II. Y ello incluso para el caso de que la ley que se impugne sea estatal y no nacional; incluso en este caso, en cuanto que el partido es de ámbito federal, se exige que sea su dirección nacional la que adopte la decisión de impugnar una ley de ámbito estatal. La solución es, obviamente, distinta cuando el partido político tenga registro estatal, pues en tal supuesto dice el precepto constitucional que los partidos ejercen esta legitimación “a través de sus dirigencias”, dirigencias que son las de ámbito estatal.

II. OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *Generalidades*

Aunque el número II del artículo 105 constitucional comienza diciendo que la acción de inconstitucionalidad procederá contra “normas de ca-

²⁵³ Acción de inconstitucionalidad 7/96, de 7 de enero; tesis 16/1977, de 10 de febrero.

rácter general”,²⁵⁴ de lo cual podría deducirse inicialmente una extraordinaria amplitud en la configuración del objeto de la acción de inconstitucionalidad, que bien podría incluso llegar a desvirtuarla por desbordamiento, es lo cierto que el propio precepto precisa y delimita en la regulación ulterior ese objeto, concretándolo —conforme a un sistema restrictivo de *numerus clausus*— en las siguientes “normas generales”: a) las leyes, sean éstas federales, estatales o del Distrito Federal; b) los tratados internacionales.

Los sujetos legitimados para interponer la acción, como ya hemos visto, no son los mismos respecto de todas las normas, sino que varían en función precisamente de cuál sea la naturaleza de la norma a impugnar, de tal forma que existe una estrecha relación entre el objeto y la legitimación, como es por otra parte natural. Un cuadro orientativo de los sujetos legitimados y el objeto (tipo de normas generales) que éstos pueden impugnar es el siguiente:

	33% CD	33% CS	33% Lgra	33% D.F.	PGR	PP*
Ley Federal	sí	sí	no	no	sí	sí
Ley Estatal	no	no	sí	no	sí	sí
Tratados int.	no	sí	no	no	sí	no
Ley del D. F.	no	no	sí	sí	sí	sí

33% CD = 33% de los miembros de la Cámara de Diputados.

33% CS = 33% de los miembros de la Cámara de Senadores.

33% Lgra = 33% de los miembros del órgano legislativo estatal.

33% D.F. = 33% de los miembros de la Cámara de Representantes del Distrito Federal.

PGR = Procurador General de la República.

PP = Partidos Políticos.

* Los partidos políticos sólo pueden impugnar leyes electorales, y en el caso de los de ámbito estatal sólo pueden impugnar las leyes electorales de su propio Estado. Igual limitación territorial rige para las legislaturas locales.

Lo que no puede suscitar dudas, al margen de su acierto o desacierto, es que sólo las leyes formalmente tales están sujetas al control de cons-

²⁵⁴ Así, en la acción de inconstitucionalidad 2/97 de 13 de febrero, se sobresee el proceso en cuanto que del análisis integral del escrito de demanda se deduce que se combaten actos concretos, sin que en ningún momento se cuestione disposición general alguna por contravención de la Constitución federal.

titucionalidad por medio del instituto procesal aquí estudiado y ello sólo respecto de las leyes aprobadas, promulgadas y publicadas en la fecha de entrada en vigor de la LR105.²⁵⁵ Ello excluye no sólo a los reglamentos administrativos,²⁵⁶ a los que en seguida nos referiremos, sino también a las normas con fuerza de ley que, por delegación extraordinaria y excepcional del Congreso de la Unión, puede aprobar el Ejecutivo en las dos hipótesis contempladas en el artículo 49 de la Constitución, por relación con los artículos 29 (situaciones de emergencia: casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflicto para la sociedad) y 131 (algunos aspectos relacionados con el comercio exterior, la economía del país y la estabilidad de la producción nacional) del mismo texto legal; aunque sí pueden ser objeto de control por esta vía las “prevenciones generales” del decreto de suspensión de garantías a que se refiere el artículo 29 cuando las apruebe el Congreso (pero no la Comisión Permanente), así como la aprobación (o rechazo) por el Congreso del uso que haga el Ejecutivo de la facultad a que se refiere el propio artículo 131 en su parte final.²⁵⁷ Resultan asimismo excluidas las normas de valor legislativo que el propio Ejecutivo puede dictar en el específico supuesto del artículo 27 constitucional, en que se concede al presidente de la República, directamente y no por delegación del Congreso, facultad legislativa para reglamentar la extracción y utilización de las aguas del subsuelo “que pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales” por el dueño del terreno donde broten, así como para establecer zonas vedadas respecto de dichas aguas y de las de propiedad nacional. Quedan asimismo excluidas de la impugnación por la acción de inconstitucionalidad las normas con fuerza de ley que los gobernadores de los estados puedan emitir en ejercicio de las facultades extraordinarias que les hayan podido ser otorgadas a estos efectos por las legislaturas.

No se han respetado así las consideraciones que ya hiciera Kelsen, y que nos parecen enteramente vigentes aún hoy en día: “la jurisdicción

²⁵⁵ Tampoco puede suscitar dudas que no cabe este control respecto de leyes anteriores a la reforma constitucional de 1994, solución prudente y comprensible, en cuanto que no hay un cambio de régimen, como sí lo hubo en Italia con la Constitución de 1947, en Alemania con la Ley Fundamental de 1949 o en España con la Constitución de 1978.

²⁵⁶ Mateos Santillán, Juan José, “La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, núm. 1, enero-abril de 1995, p. 64.

²⁵⁷ Fix-Fierro, Héctor, “la reforma judicial...”, *cit.*, p. 122.

del órgano de justicia constitucional no debe limitarse al control de constitucionalidad de las leyes”, sino que debe, sobre todo, extenderse “a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución cuya regularidad consiste exclusivamente” “en su constitucionalidad”, que es el caso fundamentalmente de los Reglamentos o Decretos de necesidad, respecto de los cuales

el control de constitucionalidad es tanto más necesario cuanto que, al autorizarlos la Constitución sólo bajo ciertas condiciones rigurosas, el peligro de un empleo inconstitucional de los mismos es tanto mayor. En efecto, la experiencia enseña que, aunque la Constitución autorice estos reglamentos de necesidad, su constitucionalidad es siempre, con razón o sin ella, contestada apasionadamente. Es, por todo ello, importante que exista, para decidir estas controversias, un órgano supremo cuya objetividad esté fuera de discusión, especialmente si, por exigirlo las circunstancias, dichos Decretos inciden en sectores importantes.²⁵⁸

Por lo que a los *reglamentos* se refiere, debe distinguirse entre los reglamentos ejecutivos, que son aquellos que se dictan con el fin de permitir la mejor aplicación y ejecución de una ley del Congreso preexistente y que únicamente detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales; y, por otro lado, los reglamentos independientes, que son los que autoriza la misma Constitución sin necesidad de que exista una ley del Congreso para que puedan ser dictados. Respecto de estos últimos, como nos recuerda Bachof en un discurso rectoral de 1959 que ha devenido clásico (*Grundgesetz und Richtermacht*), “la administración se ve directamente confrontada con la Constitución”,²⁵⁹ con lo cual el único parámetro para enjuiciar su validez es la Constitución misma, mientras que respecto de los primeros (la inmensa mayoría) el juicio de contraste puede y debe hacerse no sólo respecto de la Constitución, sino también respecto de la ley o, en su caso, de los reglamentos de jerarquía superior. En cualquier caso, ese juicio de contraste corresponderá hacerlo a los jueces y tribunales por vía de amparo, no siendo en cambio posible la impugnación de reglamentos por la vía de acción de inconstitucionalidad, si bien ello no impide que la Suprema Corte pueda conocer de la constitucionalidad de esos reglamentos por la vía de la controversia consti-

²⁵⁸ Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale...”, *cit.*, pp. 177-178.

²⁵⁹ Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, *cit.*, p. 43.

tucional, vía por la que también podrá decretarse la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, con efectos *erga omnes*.

En cuanto a los *reglamentos parlamentarios*, en diversos países se ha discutido su naturaleza legislativa, pero en México es ésa una cuestión cerrada por el propio texto constitucional que, tras la reforma de 1977, atribuye en su artículo 70 competencia al Congreso de la Unión para que expida su propia *ley orgánica* para regular su estructura, organización y funcionamiento: el Reglamento parlamentario es, sin duda posible, una ley y, por ello mismo, está sujeta al control por esta vía.

2. Las leyes, con especial referencia a las electorales

Quedan sujetas a control todo tipo de leyes formalmente tales, es decir, no sólo las leyes de la Federación aprobadas por el Congreso de la Unión, sino también las leyes de los diferentes Estados aprobadas por sus respectivos órganos legislativos, así como las leyes que el Congreso de la Unión apruebe para el Distrito Federal.²⁶⁰ Todas ellas están sujetas al control por vía de la acción de inconstitucionalidad, si bien —como hemos visto— la legitimación para interponer frente a ellas la acción de inconstitucionalidad es distinta en cada caso.

Pero, cerrada la cuestión de si hay, desde una perspectiva formal, algún tipo de ley excluido de este control, pueden suscitarse dudas respecto de si hay alguna exclusión desde una perspectiva material: si hay leyes, en suma, que por razón de su contenido o de la materia que regulan, quedan exentas de todo control de constitucionalidad por la vía procesal a que venimos refiriéndonos. Es claro, por lo pronto, que si quisiera excluirse alguna materia del objeto de la acción de inconstitucionalidad, tal excepción habría de constar expresamente en la Constitución —y el artículo 105 sería su sede natural— o, a lo sumo, deducirse de una manera clara y terminante de una interpretación sistemática de diversas prescripciones constitucionales. El hecho de que el legislador de reforma haya incluido en la regulación originaria esa excepción de la materia electoral, hoy suprimida, y la haya mencionado expresamente, para excluirla de manera terminante, no es sino una confirmación de que

²⁶⁰ A las reformas constitucionales como leyes sujetas a esta vía de control aludiremos más adelante.

sólo quería excluir esa materia y no ninguna otra. Al suprimirse por la reforma de 1996 la exclusión de la materia electoral, parece que todas las leyes, sin excepción posible y cualquiera que sea su contenido, están sujetas al control a través de la acción de inconstitucionalidad;²⁶¹ la única excepción que quiso inicialmente establecer el legislador de reforma, la introdujo expresamente y, derogada ya tal excepción, parece que no hay exclusión material de ninguna ley.

El único motivo que hoy podría buscarse para justificar una exclusión de ese tipo sería considerar que no nos encontramos ante una ley: el campo de discusión, por tanto, ha de venir referido ya no a las leyes excluidas, sino a si nos encontramos o no ante una verdadera ley en sentido formal,²⁶² con absoluta independencia, pues, de cuál pueda ser su contenido concreto.

Por lo que se refiere a la exclusión inicial de las leyes electorales como objeto de la acción de inconstitucionalidad, debe señalarse que la misma motivó una muy severa crítica de la doctrina constitucional mexicana más autorizada, crítica que sin exageración puede decirse que fue generalizada,²⁶³ casi unánime.

²⁶¹ Cuestión distinta es que exista un plazo de treinta días para impugnar las leyes, a computar desde el día de su publicación, de tal forma que si esas leyes no se impugnan dentro del plazo devienen inimpugnables. Pero tales leyes no quedan en cuanto tales excluidas del objeto de la acción de inconstitucionalidad; sólo ocurre que, por razones de seguridad jurídica, a partir de un determinado plazo devienen “firmes”, por así decirlo, y no es posible ya hacer valer su inconstitucionalidad por esta vía, lo que sin embargo no excluye que, como es enteramente natural, sí pueda hacerse valer a través del amparo.

²⁶² Y claramente no son leyes ni los criterios jurisprudenciales, ni las disposiciones generales del Consejo de salubridad a que se refiere el artículo 73.XVI.1^a, ni los decretos parlamentarios, ni la declaración senatorial de la desaparición de los poderes de un estado o la convocatoria a un periodo extraordinario de sesiones, supuestos a los que confusamente alude Arteaga como “materias excluidas”; en rigor no lo son, simplemente no son leyes, lo cual es enteramente distinto. Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco*, México, Monte Alto, 1996, pp. 54-55.

²⁶³ Flores Medina, Rubén Jaime, “Estado democrático...”, *cit.*, p. 89; Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, *cit.*, p. 262; Mateos Santillán, Juan José, “La reinstauración de los juicios...”, *cit.*, p. 65; Villanueva Gómez, Juan Manuel, “Algunas consideraciones en torno a la última reforma constitucional relativa a la impartición de justicia”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 31-32; Estrada Sámano, José Antonio, “Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 19, núm. 19, 1995, p. 423 (quien habla de “isla inhabitada de los beneficios de la Justicia” constitucional); Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, p. 836; Barragán, José, “La novísima reforma...”, *cit.*, p. 318; y categóricamente, García Ramírez, Sergio, “Constitucionalidad de leyes...”, *cit.*, p. 996.

Así, Fix-Fierro juzgó que tal exclusión

no tiene ninguna justificación, como no sea un temor de la fuerza política dominante, que puede resultar contraproducente, pues se priva a sí misma de la posibilidad de impugnar leyes electorales donde sea minoría. Por otro lado, la improcedencia de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral puede traducirse en una pérdida de legitimidad de la Suprema Corte, cuando se achaque a ésta, y no a la reforma, falta de voluntad, o de imparcialidad, en el examen de la constitucionalidad de ciertas normas. Mientras esta anomalía se subsana, es necesario que la Corte haga una interpretación sumamente restrictiva de la excepción constitucional, precisamente por su carácter de tal.²⁶⁴

La anomalía a que Fix-Fierro se refería no tardó mucho, ciertamente, en subsanarse, pues la reciente reforma constitucional de agosto de 1996 a que nos hemos referido ya en un momento precedente, va a eliminar esa excepción,²⁶⁵ por lo que las leyes electorales no van a tener una regulación especial respecto de las demás leyes, federales o estatales, sino que son impugnables por vía de acción de inconstitucionalidad en los mismos términos que éstas, sin perjuicio de la legitimación especial o específica de los partidos políticos, a que ya hemos aludido, para impugnar las leyes electorales, con lo cual dichas leyes ya no quedan excluidas del control de constitucionalidad, sino que éste resulta particularmente reforzado frente a ellas.

La exclusión originaria de la materia electoral resultaba, por lo demás, incongruente con la voluntad manifestada en la iniciativa de reforma presidencial de “llevar *hasta sus últimas consecuencias* el principio de la supremacía constitucional”.²⁶⁶

²⁶⁴ Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la...”, *cit.*, p. 54.

²⁶⁵ Otras disposiciones constitucionales, también tras esta reforma, introducen significativas innovaciones en una línea de plena juridificación de la materia electoral, tendentes a lograr un sistema completo de garantías electorales. Así, por ejemplo, el artículo 41.IV prescribe con carácter general: “Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación (sin efectos suspensivos) en los términos que señalen esta Constitución y la ley. Dicho sistema dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación, en los términos del artículo 99 de esta Constitución”.

²⁶⁶ Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994...”, *cit.*, p. 121, quien alude también a lo contradictorio que resultaba el que se otorgue legitimación a las minorías parlamentarias, como garantía adicional en el juego democrático, juego en el que el tribunal tiene el papel de árbitro, y se excluyese de todo control precisamente a las reglas de ese juego, más si cabe atendiendo al hecho de que las reglas electorales fundamentales se hayan establecidas en la propia Constitución (p. 122).

Y, por otra parte, frente a cualesquiera alusiones a los riesgos que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de estas leyes pudiera entrañar, se erigía el contundente ejemplo de los principales modelos de jurisdicción constitucional, que conocen en sus respectivos países de la materia electoral. Era éste el caso, y sigue siéndolo, de España,²⁶⁷ Alemania,²⁶⁸ Italia,²⁶⁹ Austria, Francia,²⁷⁰ Portugal²⁷¹ y Estados Unidos,²⁷² entre otros muchos que podrían acaso citarse.²⁷³ Era esta realidad, empecinada, el mentís más grande de cuantas justificaciones teóricas pudieran intentarse para esa exclusión.

Y si la propia realidad mexicana podía justificar alguna peculiaridad en materia de control de constitucionalidad de las leyes, no era precisamente en ese sentido absolutamente restrictivo, sino justamente en un

²⁶⁷ Un análisis reciente de la jurisprudencia constitucional en materia electoral puede verse en: Torres del Moral, Antonio y Álvaro Xosé López Mira, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia electoral. Acotaciones críticas", *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996, pp. 9 y ss. En marzo de 1997, el Defensor del Pueblo ha recurrido una Ley de las Cortes Generales de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias en cuanto que eleva el porcentaje de votos mínimos para tener acceso a la Cámara legislativa autonómica; la cuestión no ha merecido más que una breve nota de prensa.

²⁶⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de septiembre de 1990 del Tribunal Constitucional, por la que se resuelve que la ley electoral para las primeras elecciones generales tras la reunificación alemana es inconstitucional por cuanto contraría el principio de igualdad de oportunidades de los partidos en la antigua RDA en cuanto que preveía una barrera del 5 por ciento aplicable sobre el conjunto del territorio reunificado. El Tribunal señala, sin embargo, que no sería inconstitucional una barrera regionalizada (una para la RFA y otra para la RDA), incluso aunque alcanzara la misma cifra. Para la jurisprudencia anterior, véase Christoph Sasse, "Germany", en el colectivo Hand, Geoffrey Jacques Georgel y Christoph Sasse (ed.), *European Electoral Systems Handbook*, Butterworths, London, 1979, pp. 62 y 68 ss.; y, especialmente, Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986, pp. 266 y ss.; Landfried, Christine, "The judicialization of politics...", *cit.*, pp. 116 y ss.

²⁶⁹ Amoroso, Mario, "Italy", en el colectivo Hand, Geoffrey Jacques Georgel y Christoph Sasse (ed.), *European Electoral Systems Handbook*, *cit.*, p. 160; Cuocolo, Fausto, *Principi di Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 428.

²⁷⁰ Véanse las sentencias del Consejo Constitucional de 6 de diciembre de 1980 (Décision 90-280 DC), de 10 de enero de 1994 (D. 93-331 DC), y de 6 de julio de 1994 (D. 94-341 DC).

²⁷¹ Duarte Silva, A. E., "As inelegibilidades nas Eleições autárquicas", en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência...*, *cit.*, pp. 156 y ss.

²⁷² Véase, entre las sentencias más conocidas, Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962); Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964), sentencia que su ponente —nada menos que Earl Warren— consideraría en varias ocasiones el fallo más significativo de su carrera. Véase Denenberg, R.V., *Para entender la política...*, *cit.*, pp. 93 y ss., y Conway, M. Margaret, *La participación política en los Estados Unidos* (traducción de Elsa Ruth Martínez Conde), México, Gernika, 1986, pp. 127 y ss.; Stanley Ingber, voz "elections", en Kermit, L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1992, p. 248.

²⁷³ En Argentina, por ejemplo, si bien inicialmente se consideró no justiciable la materia electoral, desde hace décadas que tal planteamiento ha sido abandonado. Fix-Zamudio, Héctor y Jorge Carpizo, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVIII, núm. 52, enero-abril de 1985, p. 51.

sentido inverso, de intensificación del control de esas leyes, tal y como de alguna manera ha entendido el propio legislador de reforma constitucional sólo año y medio después de consagrar constitucionalmente esa originaria excepción.

Si había una verdadera voluntad de acabar con una hegemonía del PRI que ha llevado al escritor peruano Mario Vargas Llosa a hablar al respecto de la “dictadura perfecta”,²⁷⁴ si había en suma una genuina voluntad democratizadora del país, un paso inexcusable era que el control de constitucionalidad se extendiese, antes quizás que a ninguna otra materia, a las leyes electorales, a fin de instaurar así un mecanismo por medio del cual pudiesen impedirse o corregirse algunos de los más graves fraudes que de otro modo se hacían posibles en este campo, pues de poco sirve instaurar un control de la administración electoral si se deja en manos del partido mayoritario la regulación de todos sus principios básicos y estructurales sin posibilidad de contraste por una instancia independiente de esa regulación legal con los principios y normas constitucionales. No había garantías serias de respeto nada menos que por el legislador de las reglas de juego del proceso electoral que, cuidadosamente, había diseñado la Constitución.

No deja de ser significativo, por lo demás, que, pese a la prohibición de impugnación de leyes electorales, la primera acción de inconstitucionalidad se plantease precisamente en torno a una cuestión que la Suprema Corte iba finalmente a considerar “materia electoral”, para así excluir de su competencia el control de esa ley. En dicha sentencia, la Suprema Corte iba a sostener, entre otras cuestiones, lo siguiente:²⁷⁵

a) la interpretación de lo que debe entenderse por materia electoral ha de partir del derecho positivo vigente, y siguiendo un criterio hermenéutico de tipo sistemático y no la interpretación puramente literal, que debe descartarse de plano;²⁷⁶

b) deben considerarse normas de carácter general que tienen como contenido la materia electoral “aquellas que establecen el régimen conforme al cual se logra la selección o nombramiento, a través del voto de los ciudadanos y dentro de un proceso democrático, de las per-

²⁷⁴ Así, en su artículo “La revolución posmoderna”, *El País*, 11 de agosto de 1996, p. 9.

²⁷⁵ Sobre el concepto de materia electoral, puede verse Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis Manuel, “El artículo 105 constitucional y el concepto de materia electoral”, *Lex*, 3a. época, año I, diciembre de 1995, núm. 6, pp. 5 y ss.

²⁷⁶ Tesis CXXVII/95.

sonas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal”;²⁷⁷

c) los consejos de ciudadanos del Distrito Federal son órganos de gobierno y de la administración pública del Distrito Federal; y la postulación y registro de candidatos al cargo de consejeros ciudadanos, en cuanto que actos preparatorios de la elección, han de considerarse actos integrantes del proceso electoral pues, aunque sean previos al ejercicio del sufragio, lo cierto es que la diferencia que teórica o doctrinalmente pudiera establecerse entre el derecho a postular y la postulación en sí misma carece de apoyo en el derecho positivo, dado que el mentado derecho a postular “es un derecho que se pretende ejercer precisamente en el proceso electoral, sin que puedan desligarse del efecto o consecuencia que con él se busca, y que no es otro que el de intervenir en tal proceso”.²⁷⁸

Sea como sea, no es preciso hoy profundizar en ese fallo de la Suprema Corte ni en los muchos ejemplos que nos muestra el derecho comparado de control constitucional de la materia electoral como función absolutamente normal de los órganos de constitucionalidad, y ello porque las críticas doctrinales²⁷⁹ aludidas con anterioridad, la opinión pública y el propio sentido común —si se nos permite decirlo así—, surtieron por fortuna un rápido y temprano efecto. Bastó, en efecto, con el curso apenas de año y medio desde la anterior reforma para que, con ocasión precisamente de una reforma electoral de la Constitución, el constituyente constituido se viese obligado a eliminar la exclusión de la “materia electoral” que hasta entonces afectaba a la acción de inconstitucionalidad.

En cualquier caso, es lo cierto que las leyes electorales son hoy susceptibles de ser impugnadas por medio de la acción de inconstitucionalidad exactamente igual que cualquier otra ley, sin otra especialidad que la que se deriva del régimen de la legitimación. Con todo, el controvertido concepto de “materia electoral” seguirá planteando problemas y sigue siendo un concepto cuya precisa delimitación parece ineludible para la aplicación del precepto estudiado. Si bien es claro que las con-

²⁷⁷ Tesis CXXVI/1995.

²⁷⁸ Tesis CXXVIII/95, CXXIX/95, CXXX/95.

²⁷⁹ García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)”.

secuencias de la calificación de una materia como “electoral” no serán tan graves como antes de la reforma de julio de 1996, pues no quedará ya tal materia excluida de una fiscalización de su constitucionalidad por la vía del artículo 105.II, de esa calificación se seguirán derivando con todo, todavía, tres consecuencias de importancia, al menos:

a) En primer lugar, respecto de los sujetos legitimados, por el régimen *sui generis* de la materia electoral en este aspecto, tema éste al que acabamos de referirnos con cierto detalle al tratar de la legitimación. Sólo cuando nos encontremos ante una ley de “contenido electoral” existirá la legitimación específica *adicional* de los partidos políticos.

b) En segundo lugar, porque la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la vía de la acción de inconstitucionalidad (artículo 105.II, penúltimo párrafo), cuyo plazo de ejercicio es ocioso recordar que es de treinta días.

En efecto, el penúltimo párrafo del artículo 105 establece que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”, es decir, la acción de inconstitucionalidad. Ello supone reafirmar el principio de que las leyes electorales no pueden ser objeto de una fiscalización constitucional mediante el amparo contra leyes. Precisamente por ello, es especialmente necesaria en este tipo de leyes una mayor diligencia por parte de los legitimados —especialmente minorías políticas y partidos políticos— en el examen de la constitucionalidad de las mismas, así como en la interposición, en su caso, de la acción ante la Suprema Corte. Pasado el plazo de treinta días desde la publicación de la ley, sean o no afectados uno o mil intereses concretos, la ley ya no es impugnabile, y si tenía un defecto de constitucionalidad, tal defecto ya no es fiscalizable ni siquiera por la Suprema Corte. No es ésta una solución todavía totalmente satisfactoria, pero constituye un avance importante, en todo caso, que se haya admitido la posibilidad de impugnación por vía de la acción de inconstitucionalidad.

c) En tercer lugar, las leyes “electorales”, tanto de la Federación como de los estados, habrán de estar promulgadas y publicadas al menos con noventa días de antelación al inicio del proceso electoral en que hayan de aplicarse.²⁸⁰ De no ser así, nos encontraríamos ante un

²⁸⁰ Dice el último párrafo del artículo 105.II “las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que se inicie el proceso electoral en

claro supuesto, un tanto peculiar, de omisión legislativa inconstitucional.²⁸¹

d) Finalmente, porque las leyes en cuestión, durante el proceso electoral en que vayan a aplicarse, no podrán sufrir modificaciones “fundamentales” (artículo 105.II, último párrafo), término este último de gran amplitud pero que permite sin duda un control claro, en su caso, por la Suprema Corte.

Un problema que se plantea aquí es el referido al caso extremo de la anulación por la Suprema Corte de una ley electoral conforme a la cual se haya regido un determinado proceso electoral que ya ha tenido lugar, en cuanto que, de conformidad con la propia regulación constitucional, las sentencias anulatorias no surten efectos *pro praeterito* sino únicamente *pro futuro*, lo que puede conducir a resultados materialmente insatisfactorios.

Es indudable que la anulación retroactiva plantea siempre ciertos problemas y, en particular, los plantea en casos como el que aquí analizamos en cuanto conduciría a la anulación de unas elecciones, federales por ejemplo, decisión que el tribunal obviamente tendría que sopesar mucho, prestando una atención especial al hecho de si se derivó del vicio de inconstitucionalidad una alteración sustancial del resultado de las elecciones. En cualquier caso el efecto general *pro futuro* del sistema mexicano conlleva, en principio, la imposibilidad de anular unas elecciones realizadas y regidas conforme a una ley inconstitucional.

El remedio para garantizar la efectividad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes electorales sin acudir al expediente extremo de

que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”. El artículo transitorio segundo establece que “las adiciones contenidas en la fracción II del artículo 105 del presente Decreto, únicamente por lo que se refiere a las legislaciones electorales de los Estados que por los calendarios vigentes de sus procesos la jornada electoral deba celebrarse antes del primero de abril de 1997, entrarán en vigor a partir del 1º de enero de 1997” y no, como con carácter general establece el artículo transitorio primero, el 23 de agosto de 1996 (día siguiente de su publicación); “Para las legislaciones electorales federal y locales que se expidan antes del 1º de abril de 1997 con motivo de las reformas contenidas en el presente Decreto, por única ocasión, no se aplicará el plazo señalado en el párrafo cuarto de la fracción II del artículo 105”.

²⁸¹ Sobre el concepto de inconstitucionalidad por omisión puede verse Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1997; *id.*, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXXVI, números 1-2-3, enero-septiembre de 1995 y Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, mayo de 1994, pp. 67 y ss.

la retroactividad de la declaración parecía pasar por una regulación específica del procedimiento en caso de impugnación de las leyes electorales, de forma tal que se obligue a la Suprema Corte a resolver antes de que pueda iniciarse el proceso electoral o, si la causa de la impugnación se refiere a eventuales “modificaciones fundamentales” de la ley durante el proceso electoral ya en marcha, estableciendo un plazo brevísimo e improrrogable para dictar sentencia, anterior en todo caso (en varios días al menos) a la jornada electoral. Así lo ha hecho la LR105, que establece, para las distintas fases procesales, plazos más breves cuando la ley impugnada tenga carácter electoral y, en particular, dispone que la sentencia habrá de dictarse en un plazo máximo de 5 días desde que el magistrado ponente propone al Pleno el proyecto de sentencia (lo que éste por lo demás, habrá de hacer en los 5 días siguientes a haberse agotado el procedimiento).

3. *Tratados internacionales*

Por lo que a los tratados internacionales se refiere,²⁸² si bien el tema no ha sido extrañamente objeto de una reflexión en profundidad por la doctrina relativamente abundante que en México ha analizado la acción de inconstitucionalidad, debe decirse que hay muy serias razones para propugnar un tratamiento especial, que lamentablemente no fue previsto por el constituyente de reforma en 1994 ni tampoco, más recientemente, en 1996. Nos referimos a un control de la constitucionalidad de carácter previo,²⁸³ tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encar-

²⁸² El único Tribunal Constitucional en Europa que no puede conocer de la constitucionalidad de los tratados internacionales, por disposición constitucional expresa, es el polaco, lo cual por lo demás ha dado lugar a una cierta polémica.

²⁸³ La solución no fue, tampoco, atisbada por Kelsen, quien señalaba que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales implicaba un conflicto entre los intereses de la política interna y los de la política exterior, y en caso de que se dé prevalencia a estos últimos, ello llevaría a la exclusión de la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de que se admita entonces la competencia de un órgano internacional, solución que Kelsen consideraba impensable para “el actual desarrollo técnico del Derecho Internacional”. Kelsen, Hans, “La garanzia...”, *cit.*, pp. 181-182.

gada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931).²⁸⁴

Con todo, ha sido, sin duda, el modelo francés el seguido por el constituyente español al prever también en la Constitución de 1978 un control preventivo para los tratados internacionales por diferencia del control *a posteriori* de la constitucionalidad que establece para las leyes. En el caso francés, el control preventivo a que quedaban sujetos los tratados internacionales no suponía —ni supone hoy— romper con el régimen general del control de la constitucionalidad de las leyes, que era y sigue siendo un control de naturaleza *preventiva*. Es precisamente por ello por lo que a continuación preferimos referirnos al ejemplo español, aun cuando sea más reciente que el francés, pues el régimen general español de control de la constitucionalidad es, claramente, más próximo al ahora adoptado en México, en cuanto que es un control *a posteriori*, siendo por lo demás inconcebible en la tradición jurídica mexicana un control *a priori* de la legislación como el que funciona en Francia.

Refiriéndonos ya, pues, a España, debe decirse que la Constitución española de 1978 prevé la posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales de carácter preventivo, frente al control de constitucionalidad *a posteriori* que el Tribunal Constitucional ejerce frente a las leyes. El artículo 95 es el que prevé tal supuesto y así, luego de establecer en su apartado 1 que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, preceptúa que tanto el gobierno como cualquiera de las Cámaras (el Congreso o el Senado) “pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

Resulta, así, que en España cualquier tratado puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, exactamente igual que una ley, una vez que ha entrado en vigor. No hay un régimen distinto en

²⁸⁴ Finalmente, tanto la Constitución como la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales guardaron silencio sobre el control de la constitucionalidad de los tratados, si bien con ocasión de la tramitación de la citada ley el profesor Recaséns Siches propuso en los debates parlamentarios que se previera su control preventivo, tesis que a la postre no sería admitida como tampoco la de su control *a posteriori*, que defendió precisamente el miembro de la Comisión Jurídica Asesora que dos años antes había propuesto en el seno de ésta la previsión de un control preventivo o *a priori* (J. Elola). Remiro Brotons, Antonio, “Artículo 95. Inconstitucionalidad en Tratado Internacional”, en el colectivo Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo XII, cit., pp. 553-554.

este aspecto para los tratados del que rige para las leyes. Pero, para los tratados, prevé la Constitución un procedimiento específico de control preventivo, que puede ser instado por el gobierno, por el Congreso o por el Senado, y que no existe, en cambio, para las leyes. De su regulación por la legislación de desarrollo, merecen ser destacados dos aspectos:

- El objeto de control está constituido por tratados internacionales “cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado”.
- El Tribunal emplaza a todos los órganos legitimados, no sólo al solicitante, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al curso de este plazo ha de emitir el Tribunal Constitucional su declaración, que, de acuerdo con una interpretación sistemática del artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante. Podrá ampliar el tribunal ese plazo sólo en el caso de que haga uso de su facultad de solicitar de los órganos legitimados o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas “cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias”, debiendo ser la prórroga para emitir la declaración del “mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas” y sin que exceda en ningún caso de treinta días.²⁸⁵

Y si el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes,²⁸⁶ sino más bien muy serios

²⁸⁵ Muy positiva nos parece la determinación del artículo 101 de la Constitución de Andorra en el sentido de que “este procedimiento tendrá carácter preferente”, que tiene después una regulación legal en la LQTC acorde con tal principio y absolutamente coherente con un Tribunal de escasa actividad: “El magistrado ponente ha de recoger todos los informes y documentos que estime necesarios para formular su propuesta de dictamen, que, en todo caso, ha de presentar al presidente del Tribunal en un término máximo de quince días hábiles contados desde la fecha de entrada del escrito de contestación. El Tribunal emitirá el dictamen de constitucionalidad dentro de los tres días posteriores al de la formulación de la mencionada propuesta” (artículo 61 LQTC).

²⁸⁶ Esa es, desde luego, la experiencia española, donde se previó por vía legal un control de este tipo, respecto de los Estatutos de las Comunidades Autónomas y las Leyes Orgánicas. Dado que esta competencia no se preveía en el texto constitucional, se plantearon muy serias dudas sobre su constitucionalidad y se generaron enérgicas críticas en cuanto a su utilidad. En 1985, se suprimió mediante ley, lo que ha sido juzgado muy positivamente por toda la doctrina, especialmente teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no venía obligado a resolver en un plazo breve, o fugaz

y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los tratados internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada —y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)—, cualquier tratado que celebren es vinculante *en términos de derecho internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de “disposiciones de derecho interno” y entre ellas se encuentra la propia Constitución, obvio es decirlo.²⁸⁷ Es decir, una vez ratificado el tratado internacional, no hay forma

incluso, tal y como ocurre con el control preventivo de constitucionalidad del Consejo Constitucional en Francia.

La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985 es meridianamente clara sobre el balance final: “[El control previo de la constitucionalidad] se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la ley. El Estado configurado en la Constitución se fundamenta en un inmediato equilibrio de poderes, que se caracteriza por la demarcación estricta del ámbito de actuación política y jurídica de cada uno de éstos, sin interferencias que desequilibren su relación armónica. Pero la configuración del recurso previo de inconstitucionalidad puede suponer una grave fisura de este equilibrado sistema de relaciones, con incidencia negativa del Poder Legislativo y del Tribunal Constitucional. Las Cortes Generales, en efecto, pueden ver interferida su acción legislativa en cualquier fase de procedimiento de creación normativa, lo que no permite la plena conformación de la voluntad del órgano parlamentario. Puede incidirse así, y de forma negativa, en el ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución atribuye sin limitaciones a las Cortes Generales. El Tribunal Constitucional, por su parte, órgano jurisdiccional, y, por tanto, alejado de los avatares políticos de la práctica parlamentaria, se ve lanzado a una función que no responde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, interviniendo en el procedimiento de formación legislativa aun antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente”.

²⁸⁷ Ello es algo indiscutible en el ámbito internacional y así lo ha sostenido rotundamente tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) como el Tribunal Internacional de Justicia (TPI) e inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero sostiene, por ejemplo, lo siguiente: “Se debe observar, sin embargo, que si, por una parte, conforme a los principios

de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento,²⁸⁸ incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia²⁸⁹ para celebrar tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Fuera de este caso, y siempre que se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino sólo del derecho internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (TPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24). Conviene aclarar, en cualquier caso, que ello no supone una primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pues ése es un terreno donde el derecho internacional público deja libres a los respectivos derechos internos, pero lo que sí es indiscutible es que el incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Hay ordenamientos, como el portugués, que previsoramente establecen algún tipo de regulación especial. Es el caso de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 277.2 establece que “la inconstitucionalidad orgánica y formal de tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el ordenamiento jurídico portugués, desde el momento en que tales normas sean aplicadas en el ordenamiento jurídico de la otra parte”, si bien a renglón seguido establece una excepción, respecto de la que —aparte de su problemático alcance— se plantea la cuestión aludida en el texto: se exceptúan los casos en que “tal inconstitucionalidad resulte de la violación de una disposición fundamental”. Aparte de ello, la doctrina portuguesa es unánime en entender que la norma en cuestión no se aplica a la inconstitucionalidad material. Araújo, António de, “Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (A norma do artigo 277,2 da CRP)”, en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência...*, cit., pp. 9 y ss.

²⁸⁸ Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Internacional de La Haya, con base en la costumbre, “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”, sin que la falta de previsión expresa de esa obligación de reparar en el contexto de la norma infringida afecte a su imperatividad. Me refiero al caso de la fábrica de Chorzow de 26.7.927 y 13.9.928.

²⁸⁹ Por lo que parece, si hacemos caso a Gutiérrez Baylon, no serían escasos los ejemplos de incompetencia en la praxis mexicana. Véanse varios ejemplos en Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones...”, cit., p. 42.

Ése es el inconveniente que ha sabido salvarse,²⁹⁰ entre otros países en:

- España,
- Alemania,²⁹¹
- Francia,²⁹²
- Portugal,²⁹³
- Colombia,²⁹⁴

²⁹⁰ Y tal fórmula se reveló muy útil, por cierto, en todos estos países para la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992). Sobre este tema, véase Favoreu, Louis, “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du *Droit constitutionnel international*”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. XCVII, 1993, pp. 39-66; Weber, Albrecht, “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995, pp. 31 y ss., quien destaca como “considerado desde el punto de vista del derecho comparado, el control de normas preventivo de obligaciones asumidas mediante tratado, posee frente al control ‘posterior’ de normas [...] importantes ventajas” (p. 35).

²⁹¹ Aunque la Constitución (artículo 100.2) y la BVGG (artículo 13 BVGG y sección 12 de la parte III (*Besondere Verfahrensvorschriften*)) sólo prevén el control *a posteriori*, el Tribunal Constitucional —sin apoyo legal y en una resolución claramente creativa— admitió en su sentencia de 8 de diciembre de 1952 la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados previamente a su ratificación con ocasión de un dictamen solicitado por los gobiernos de los *Länder* o por la tercera parte de los miembros del Bundestag (BVerfE 2,79). Favoreu, Louis, *Les Cours...*, *cit.*, p. 59; Hans Joachim Faller, “Defensa constitucional...”, *cit.*, pp. 61-63.

Cfr. BVerfGE 1, 396 (411 ss.); 4, 157 (162); 12, 205 (220 ss.). Como nos recuerda Hesse, si aquí el control del Tribunal es lícito incluso *ya previamente* al otorgamiento y publicación (*vor der Ausfertigung und Verkündung*) de la norma, aunque sólo cuando el proceso en los cuerpos legislativos esté cerrado, ello se debe a que se trata de este modo de evitar que “sean asumidas obligaciones internacionales en contradicción con el derecho interno del Estado”. Hesse, Konrad, *Grundzüge...*, *cit.*, p. 268, nota 15. Véase también Jöhn, Hartmut, “Die abstrakte Nomenkontrolle”, *cit.*, pp. 314-315.

²⁹² En Francia, tanto el presidente de la República como el primer ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado y, por último —tras la reforma constitucional de 25 de junio de 1992 (Ley n° 92-554)—, sesenta diputados o sesenta senadores pueden remitir al Consejo Constitucional todo acuerdo internacional pendiente de ratificación con la finalidad de verificar la conformidad a la Constitución de una o más de sus cláusulas y, en caso de que la no conformidad sea constatada, el acuerdo internacional no podrá ser ratificado hasta que la Constitución sea revisada (“*si le Conseil constitutionnel... a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’e après la révision de la Constitution*”). Véase, asimismo, los artículos 18 y ss. de la LOCC, reformada también por Ley Orgánica 95-63, de 19 de enero de 1995.

²⁹³ El presidente de la República puede acudir al Tribunal Constitucional por la vía del control preventivo para verificar la constitucionalidad de los tratados y acuerdos internacionales y, en caso de ser declarados inconstitucionales, obligar a la Asamblea de la República a decidir sobre el mantenimiento de las disposiciones declaradas inconstitucionales por mayoría de dos tercios. Cfr. artículos 278 y 279 Constitución y título III, capítulo II, subcapítulo I, sección segunda (*Processo de fiscalização preventiva*), artículos 57 a 61, LTC.

²⁹⁴ El artículo 240, punto 10, de la Constitución establece que es competencia de la Corte Constitucional: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de

- Costa Rica,
- Bolivia,
- Eslovenia o
- Andorra.²⁹⁵

Experiencia comparada que, por las razones que sean, no ha tomado en cuenta el constituyente mexicano, lo que, a nuestro juicio, constituye un entero desacierto, que habrá de enmendarse en una futura reforma constitucional en esta materia, especialmente atendiendo al dato de la ratificación automática por el Senado de todos los tratados internacionales.²⁹⁶

En relación también a los tratados internacionales, hemos de hacernos eco de otra cuestión, suscitada por Arteaga Nava,²⁹⁷ quien opina que, al referirse el artículo 105 constitucional a los “tratados” exclusivamente, no comprende a los “convenios internacionales”, puesto que la Constitución distingue entre unos y otros en sus artículos 15 y 76.I. Tal opinión, en la que no profundiza el autor sino que apenas la apunta, no nos parece susceptible en modo alguno.

En primer lugar, y conforme a un criterio literal, la Constitución no distingue en esos artículos entre tratados y convenciones internacionales solamente, sino que, mientras el primero de ellos habla de convenios o tratados, el segundo habla de tratados internacionales y convenciones diplomáticas. De su contexto se deduce, por otra parte, que no hay vo-

las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”. La Corte ha ejercido esta facultad, por ejemplo, en las sentencias C-447 de 6 de agosto de 1992, C-574 de 28 de octubre de 1992 y C-027 de 5 de febrero de 1993.

²⁹⁵ Artículo 98 de la Constitución: “El Tribunal Constitucional conoce:... b) De los requerimientos de dictamen previo de inconstitucionalidad sobre leyes y tratados internacionales”; artículo 101: “1. Los copríncipes, en los términos del artículo 46.1.f), el Jefe de Gobierno o una quinta parte de los miembros del Consejo General, pueden requerir dictamen previo de inconstitucionalidad sobre los tratados internacionales antes de su ratificación. Este procedimiento tendrá carácter preferente. 2. La resolución estimatoria de inconstitucionalidad impedirá la ratificación del tratado. En todo caso, la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones que contradigan la Constitución exigirá la previa reforma de ésta”. Véase además el título IV, capítulo III (*Del procediment previ de control de constitucionalitat dels Tractats internacionals*) de la LQTC.

²⁹⁶ Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones...”, *cit.*, p. 43.

²⁹⁷ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional...*, *cit.*, p. 55.

luntad alguna de distinguir entre unos y otras, sino que se emplean como términos sinónimos.

Y lo que es más importante, el artículo 89 de la Constitución —que es el artículo básico en la materia, por cuanto que se refiere a la competencia para la celebración de las normas a que venimos refiriéndonos— determina que es una facultad del presidente la de “celebrar tratados internacionales”, sometiéndolos, eso sí, “a la aprobación del Senado”,²⁹⁸ y no se establece en dicho precepto ninguna diferenciación de aquéllos con respecto a los convenios o a las convenciones, a los que simplemente no se hace mención alguna.

Naturalmente, tampoco se alude en ningún lugar de la Constitución a quién es competente para celebrar esos convenios o convenciones internacionales pretendidamente diversos de los tratados. Lejos de ello, el artículo 76 determina que es facultad exclusiva del Senado aprobar (ratificar) los tratados internacionales y convenciones diplomáticas “que celebre el Ejecutivo de la Unión”. De ello se deduce que el constituyente no pretendió, con la utilización de términos distintos, distinguir entre tratados y convenciones (ni tampoco unos y otras de los convenios), sino que los utilizó como sinónimos. No hay base constitucional para diferenciar entre unas normas internacionales y otras.²⁹⁹

Y si la diferenciación hipotética entre tratados y convenios carece de toda base constitucional, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria es todavía más claro que una diferenciación de unos y otras no es de recibo. En efecto, la Ley sobre la Celebración de Tratados, de 2 de enero de 1992, establece en su artículo 2, fracción I, que en el ordenamiento jurídico mexicano se entenderá por tratado internacional

el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación se requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, *cualquie-*

²⁹⁸ Tras la reforma de 1988, pues con anterioridad se decía, en abierta contradicción con los artículos 76 (facultad exclusiva del Senado su ratificación) y 133 (su valor como Ley Suprema de la Unión), que esa aprobación correspondería al “Congreso Federal”.

²⁹⁹ En el artículo 76 no hay criterio alguno que pueda posibilitar, siquiera hipotéticamente, esa diferenciación entre unos y otros. Por lo que al artículo 15 se refiere, el uso de la conjunción disyuntiva (“o”), no copulativa, es indicativo de que constitucionalmente no se establece ninguna distinción entre los convenios y los tratados.

ra que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos mexicanos asumen compromisos.

Es una confirmación, rotunda, por el legislador ordinario, de la falta de todo apoyo jurídico-positivo de esa distinción.

Si todo ello es claro a nivel del derecho (constitucional) interno mexicano, en el ámbito internacional es una cuestión indiscutible. En efecto, es la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, la que se refiere expresamente a esta cuestión terminológica casi en su mismo frontispicio. Y lo hace cuando, al definir en su artículo 2 al tratado como todo “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados³⁰⁰ y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, termina esta definición con la importante precisión de que se entiende por tratado cualquier acuerdo internacional que cumpla esos requisitos “*cualquiera que sea su denominación particular*”, expresión esta última que después ha tomado literalmente la ley mexicana sobre la Celebración de Tratados en su artículo 2, como ya hemos visto.

Resultaría difícil imaginar un mentís más claro y rotundo de la tesis que pretende sostener alguna distinción entre Tratados y Convenios o Convenciones internacionales, que el artículo 2 de la Convención de Viena o el mismo artículo de la Ley de Celebración de Tratados. Es natural, así, que la doctrina iusinternacional mexicana más autorizada, como la de los demás países, ignore por completo esa distinción (entre tratados y convenios) en la clasificación de los Tratados, distinción que hoy nadie sostiene, ni en el ámbito internacional, ni en el interno.

En España, por su parte, haciéndose eco justamente de lo expresado por el citado artículo de la Convención de Viena, ha podido Rodríguez Carrión subrayar que “el término tratado es genérico y comprende denominaciones tan variadas como las de convenio, convención, acuerdo, pacto, estatuto, carta, constitución, declaración, compromiso, concordato, etcétera”. Ello precisamente le lleva a censurar la “incorrección técnica” de la Constitución española cuando utiliza junto al término “tratado”,

³⁰⁰ O también entre Estados y Organizaciones Internacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, ratificada por México en 1988.

los vocablos de “convenio” o “acuerdo” “*como si se tratara de especies diferentes*”,³⁰¹

Una última cuestión que merece ser debatida es la que se refiere a la distinción, introducida por la citada Ley de Celebración de los Tratados, entre tratados internacionales y acuerdos interinstitucionales, definiéndose a estos últimos como todo

Convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, estatal o municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado...

A esta definición debe añadirse la precisión de que el ámbito material de los acuerdos interinstitucionales debe circunscribirse “exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben”.

No entraremos aquí en los problemas de constitucionalidad que su misma existencia suscita, pues es más que discutible desde la perspectiva constitucional la introducción, por vía de ley ordinaria, de esta nueva categoría,³⁰² sino que lo que verdaderamente nos interesa es dilucidar si estas normas, caso de ser constitucionalmente admisible su existencia, están o no sujetas al control de la Suprema Corte, por medio de la acción de inconstitucionalidad. La respuesta ha de ser negativa, pues precisamente la razón de ser de los acuerdos interinstitucionales es su diferenciación respecto de los tratados internacionales, básicamente en cuatro puntos:

a) Mediante su celebración los Estados Unidos Mexicanos no “asumen compromisos”, no quedan comprometidos internacionalmente;

b) Estos acuerdos interinstitucionales no serán, en ningún caso, Ley Suprema de la Unión, como sí ocurre con los tratados (artículo 133 de la Constitución), por así disponerlo la propia ley;

³⁰¹ Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 171. Véase también Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 101 y ss.

³⁰² En este sentido, puede verse López Mata, Rosendo, “Notas para el análisis sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley sobre la Celebración de Tratados”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, pp. 237 y ss.

c) Tales Acuerdos no han de ser aprobados por el Senado, como sí habrán de serlo los tratados internacionales;

d) Por último, los sujetos que pueden celebrar los acuerdos interinstitucionales son “cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, estatal o municipal”, y pueden celebrarlos con “uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”. Los tratados, en cambio, sólo pueden celebrarse entre el *gobierno de los Estados Unidos Mexicanos* y *cualesquiera sujetos de derecho internacional público*.

Todo ello aparta a estos acuerdos de la noción de tratado internacional y no permite considerarlos tratados, ni siquiera en sentido amplio, a los efectos del artículo 105 constitucional. Cuestión distinta, y que queda abierta,³⁰³ es si esta nueva fuente del derecho es admisible desde la perspectiva del derecho constitucional, cuestión que nos llevaría demasiado lejos tratar aquí.

4. Las reformas constitucionales

A. La posibilidad de su control (formal) de constitucionalidad

Algún sector doctrinal ha sostenido que, por medio de la acción de inconstitucionalidad, no pueden impugnarse las reformas constitucionales: ni la genérica del artículo 135 constitucional, ni las especiales —que son obra exclusiva del Congreso de la Unión sin el concurso de las legislaturas de los estados— (artículo 73.I, IV y V). Y ello, a juicio de Arteaga Nava, porque “una vez que concluye el proceso legislativo, forman parte integrante de la Constitución a pesar de que, como se ha dicho, son obra del Congreso de la Unión. Lo mismo puede afirmarse por lo que toca a las normas de naturaleza transitoria que regulan la entrada en vigor de las reformas constitucionales”.³⁰⁴

³⁰³ Justamente la reforma de 1994 podría haber sido una buena oportunidad para constitucionalizar expresamente esa diferenciación entre tratados y acuerdos interinstitucionales, si se hubiese juzgado oportuno, por medio de la regulación frontal de la cuestión o incluso, aunque más discutiblemente, mediante la referencia separada a los tratados y a los acuerdos interinstitucionales en el artículo 105 constitucional. Sea como sea, no se ha hecho así y la cuestión sobre la constitucionalidad de esta fuente permanece abierta.

³⁰⁴ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional...*, cit., p. 53.

En el mismo sentido se pronuncia Madrazo, quien señala explícitamente que

por último, y en relación con la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apreciar probables vicios en la tramitación de una reforma constitucional, es incontestable que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tal posibilidad es inexistente, pues para ello sería necesario que así lo declarase la propia Constitución, sumando al poder revisor de la Constitución el órgano y la instancia judicial, lo que en la especie no sucede. Hasta ahora el amparo es un medio de control de la constitucionalidad y no de la Constitución. Sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente.³⁰⁵

Tal exclusión, sin embargo, no nos parece de recibo, opinión muy común en Europa³⁰⁶(salvo, quizás, en Francia) y no sólo allí.³⁰⁷ Es obvio que la reforma constitucional no se aprueba por medio de un acto o una norma administrativa del Congreso de la Unión, sino por medio de una ley: ése es, justamente, el instrumento técnico utilizado, y no otro, pues las reformas constitucionales no son sino *leyes de reforma*³⁰⁸ expedidas por

³⁰⁵ Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, en el colectivo *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995, t. II, p. 1375.

³⁰⁶ En España, véase Aragón Reyes, Manuel “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Óscar Alzaga (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII, pp. 178 ss.; en Alemania, Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 84; en Italia, Barile, Paolo, “La revisione de la Costituzione”, en sus *Scritti di Diritto Costituzionale*, Pádova, CEDAM, 1967, p. 75 (y los autores allí citados y la réplica a la posición contraria de Mortati); en Portugal, Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, cit., p. 994 y 1137 y ss.; y Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra, 1991, t. II, p. 189. En general, Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, cit., p. 110.

³⁰⁷ Art. 73 ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica; art. 120 j) de la Constitución boliviana. El tribunal constitucional sudafricano no sólo examinó la constitucionalidad de una reforma constitucional, sino que incluso llegó a declararla en varios aspectos inconstitucional (sentencia de 6 de septiembre de 1996) como también lo hizo respecto de una Constitución provincial en otra sentencia de la misma fecha.

³⁰⁸ Sobre la naturaleza legislativa de las reformas constitucionales, puede verse, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 1996, pp. 656-657. Debe tenerse presente, además, que las reformas constitucionales han tenido su origen por lo general en la iniciativa del presidente, en aplicación de lo que para el procedimiento legislativo ordinario prevé el artículo 71. I constitucional, a falta de disposición específica para las reformas constitucionales, lo cual es enteramente natural pues, aunque tengan una naturaleza *sui generis* y un valor jerárquico superior a las restantes leyes, su naturaleza legislativa es indiscutible. Este argumento también se ha utilizado en España, por ejemplo, por Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 37 y ss. Si bien en España esa solución no se revela tan clara como en México. Sobre esto

el Congreso de la Unión con mayoría reforzada y con la aprobación adicional de la mayoría de las legislaturas locales. Y dado que el actual artículo 105 constitucional no excluye a tales leyes del control a través de la acción de inconstitucionalidad, ni tampoco se deduce ello de otro precepto constitucional, no hay razón alguna para sostener su exclusión, al margen de cual sea la opinión *de lege ferenda* que cada cual pueda libremente sostener e, incluso, de algún precedente de derecho comparado que acaso pueda encontrarse.

No cabe alegar que una vez que se aprueben por el Congreso de la Unión, “forman parte integrante de la Constitución”.³⁰⁹ Tal argumento está viciado, pues precisamente lo que se está discutiendo es éso: si la reforma constitucional ha cumplido los requisitos que el constituyente originario ha querido que se respetaran para, de ser así, y sólo en la medida en que así fuera, considerar a esas leyes como parte integrante de la Constitución. Pero si esos requisitos no se cumplen, es obvio que no se ha respetado la voluntad constitucional, y la pretendida reforma no puede tener validez, precisamente porque no es, ni se presenta como, una nueva Constitución, aprobada por un poder constituyente originario —libre y soberano—, sino como una simple reforma, obra del poder constituyente *constituido*. Y éste, justamente en cuanto que “constituido”, está sometido a la voluntad más fuerte del poder constituyente originario y a las reglas por éste establecidas para su reforma.

Pues bien, la Constitución mexicana prevé unos mecanismos de reforma de la misma en sus artículos 135 y 73 y es evidente que esas previsiones no se sitúan fuera del *corpus* constitucional, sino que se integran en él, forman parte de la Constitución. A esas disposiciones se extiende también la supremacía normativa de la Constitución; la Cons-

último, véase Aragón Reyes, Manuel, “competencias del Tribunal Constitucional...”, *cit.*, pp. 178 y ss.

³⁰⁹ Por lo demás, el anterior presidente de la Suprema Corte de Justicia, con anterioridad a la reforma de 1994, sostenía expresamente: “las reformas nunca pueden cuestionarse por los contenidos que llegaren a incorporar, pero sí por los vicios formales que tuvieran, esto es, por desconocer los procedimientos o requisitos de integración de los órganos. Siendo el juicio de amparo procedente a instancia de parte agraviada, según lo determina la fracción I del artículo 107 constitucional, la impugnación de una reforma constitucional por vicios de forma sólo podrá plantearse al resultar afectado algún particular”. Se afirmaba así explícitamente la posibilidad del control de constitucionalidad de las reformas por la vía del amparo, y nada menos que por el presidente de la Suprema Corte. Es ésta, en todo caso, una cuestión distinta del objeto de nuestro análisis, en la que por ello no entramos, aunque relacionada con el mismo y muy significativa por lo demás.

titución ha querido que su reforma se rodease de unas ciertas garantías. Es claro que toda reforma de la Constitución ha de cumplir los requisitos que ésta ha previsto para su reforma. Y, en tanto las leyes de reforma no se excluyan constitucionalmente, y de manera expresa, del control de constitucionalidad, éste también ha de extenderse a ellas.

Aunque Madrazo no afirme expresamente que las leyes de reforma “forman parte de la Constitución”, implícitamente parece sustentar esa opinión cuando afirma que “sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente”.³¹⁰ Es obvio que el Poder Judicial es un poder constituido, pero conviene no olvidar que el poder constituyente permanente, en cuanto que se presenta como *re-formador* del texto constitucional, está también sometido a éste, y precisamente en este sentido es un poder constituyente *constituido*: puede reformar la Constitución, sí, en efecto, pero sólo con respeto a las reglas por ella misma previstas para su reforma.³¹¹

Y no cabe alegar tampoco que, si se admite el control de constitucionalidad en estos supuestos, entonces lo que ocurre es que quien se sitúa al mismo nivel del poder constituyente originario es el órgano de constitucionalidad, aquí la Suprema Corte conociendo de la acción de inconstitucionalidad. Esa vieja objeción es ya conocida; pero, como García de Enterría señala, el órgano de constitucionalidad es un poder neutro, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional,

pero que en modo alguno le configura y, menos aún, impide su cambio. Es en la facultad de acordar este cambio donde justamente hay que ver la nota de la soberanía y lo que constituye el límite infranqueable de la justicia constitucional. Esta no sólo no puede impedir la revisión de la Constitución, sino que, justamente [...] viene a garantizar que esa revisión tenga que hacerse por los cauces que las técnicas de rigidez constitucional le reservan.³¹²

³¹⁰ Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, en el colectivo *Constitución Política...*, cit., p. 1375.

³¹¹ Insisto en que queda siempre abierta la posibilidad fáctica de actuación del poder constituyente originario, que como nos recuerda Blanco Valdés, es “un poder, por definición, superior a los poderes constituidos”, incluido el poder constituyente permanente. Blanco Valdés, Roberto L., *La configuración del concepto...*, cit., p. 22.

³¹² García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., pp. 198-199.

En efecto, la Constitución es, en cuanto que obra del poder constituyente, superior al Poder Legislativo ordinario,

que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma; sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario, doctrina virtualmente general, con la única excepción relevante (hoy ya pintoresca, como tantos otros tradicionalismos ingleses) de Inglaterra. El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez; la asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello, la revisión constitucional, pero deberá hacerlo como tal, con observancia de los procedimientos, quórum y eventuales refrendos populares que la Constitución haya dispuesto, razón por la cual no será válida una Ley ordinaria que intente alterar la Constitución (o que la contradiga, lo cual es lo mismo) fuera de estos cauces.³¹³

Por otro lado, de nada serviría reconocer la supremacía de todas y cada una de las normas constitucionales materiales, si después se permite que la Constitución sea modificada (en realidad, vulnerada) por mecanismos que no son los previstos constitucionalmente, modificaciones que podrán libremente afectar a cualesquiera disposiciones de la Constitución sin que haya forma de controlar la constitucionalidad misma de la reforma. Salvo que partamos de la concepción de la Constitución como una hoja de papel sin más valor o como mero programa, y no como una auténtica norma jurídica, es claro que allá donde exista un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse también a las reformas constitucionales pues, de lo contrario, habremos introducido un verdadero “caballo de Troya” en el campo de la supremacía constitucional, valga la expresión.

El más conocido pasaje de la sentencia constitucional también más célebre y más citada en el mundo entero, la del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Marbury versus Madison* (1803), es terminante en este punto:

No hay una solución intermedia entre estas alternativas. O la Constitución es la ley suprema *que no puede ser variada por medios ordinarios, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y como cualquier otra disposición legislativa puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla*. Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un

313 *Idem*, pp. 189-190.

acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable (cursiva mía).

Y el profesor De Vega, de manera no menos categórica, ha sostenido en un conocido estudio que

la problemática de la reforma [...] quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites.³¹⁴

Precisamente por todo ello, ante el silencio constitucional sobre las reformas constitucionales como objeto de control de la constitucionalidad, un sector de la doctrina española ha entendido que nos encontramos en ese supuesto ante “una competencia implícita [del Tribunal Constitucional], derivada de la condición jurídica de la Constitución”.³¹⁵

B. *La posibilidad de su control material de constitucionalidad*

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo al control de constitucionalidad de carácter formal, es decir, a un control sobre la observancia del procedimiento legislativo *ad hoc* previsto en la propia Constitución para la aprobación de las reformas de su texto. Pero, junto a este control de constitucionalidad de carácter formal, se plantea la posibilidad de otro de naturaleza sustancial. El presupuesto indispensable para un control de este tipo es, lógicamente, la existencia en la propia Constitución de unos límites materiales a su reforma, esto es, el establecimiento de un ámbito o unos principios que no podrán ser alterados por el legislador de reforma.³¹⁶

³¹⁴ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 296.

³¹⁵ Es la posición de Aragón Reyes, Manuel, “Competencias del Tribunal Constitucional. Comentario al artículo 161”, en Óscar Alzaga (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII, p. 179, quien deduce esa competencia de diversos preceptos constitucionales, ninguno de los cuales atribuye expresamente esta competencia al Tribunal Constitucional.

³¹⁶ La admisión de estas cláusulas de intangibilidad, y en general de límites materiales (aunque sean implícitos), exige distinguir entre el poder de reforma (de la Constitución), que tiene límites precisamente en cuanto que poder constituido, y el poder constituyente, que “permanece indemne en toda su pujanza” y al que siempre será posible reformar la Constitución existente o establecer

Hay Constituciones que establecen expresamente esos límites por medio de lo que se conoce como cláusula de intangibilidad (Alemania),³¹⁷ pero otras no lo hacen así, a pesar de lo cual la doctrina entiende que existen también algún tipo de límites a la reforma constitucional. En este punto, es necesario aludir a una distinción tradicional en la doctrina europea entre tres clases de límites:

a) límites expresos, que son aquellos que se deducen inmediatamente del texto constitucional, de la letra del texto positivo;

b) límites inmanentes, que serían aquellos mediatizados por una interpretación doctrinal o jurisprudencial que los incorpora de cualquier modo al orden interno y que se deducen de un orden (el orden natural) que, según los intérpretes, escapa a una comprensión sensible y que, en este sentido, es metafísico y prepositivo (estos límites jugarían también respecto del propio poder constituyente originario o material);

c) límites implícitos, que sería una categoría intermedia entre los límites expresos y los inmanentes, pues su fuente es la Constitución o una regla constitucional no escrita (como una costumbre), pero entendida no meramente en su literalidad, sino según el significado que, mediante una labor interpretativa, se deduce de su espíritu: son límites que la Constitución no establece expresamente pero que se deducen claramente como

una nueva, si bien “su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos sino por las vías de hecho”. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 220 y ss y 238.

³¹⁷ Hasta el punto de que se ha convertido en “una especie de práctica necesaria” en las constituciones más modernas. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 246. Loewenstein se refiere, en uno de sus más conocidos artículos, a la “ilusión creciente de que ciertas cuestiones fundamentales pueden hacerse ‘irreformables’” (“the increasing illusion that certain fundamentals can be made ‘unamendable’”). Loewenstein, Karl, “Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age”, en el colectivo Zurcher, Arnold J. (ed.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, Washington/New York, New York University Press, 1951, p. 215, y del mismo autor, su trabajo clásico *Über wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, especialmente pp. 42 y ss. Véase también Brenner, Michael, “Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts”, *Der Staat*, 1993, t. 32, núm. 4, pp. 493 y ss., donde se contiene un estudio sobre estas cláusulas, su alcance en general y también su ineficacia (en discutible tesis del autor) respecto del derecho de asilo, en cuanto que éste no constituye una manifestación de la dignidad humana sino más bien un “acto de generosidad” del poder constituyente [literalmente: “Der Verfassungsgesetzgeber betrachtete die Asylgewährung vielmehr als einen Akt der Generosität”], tesis que —por cierto— no es preciso subrayar lo importante que puede llegar a ser, de admitirse, en un país como Alemania.

imposiciones de la Constitución, de la “voluntad de la Constitución” (*Wille der Verfassung*).³¹⁸

Por lo que aquí interesa —y más allá de la oportunidad, corrección y utilidad de éstas u otras distinciones— hay que empezar precisando que en la Constitución mexicana no existe, claramente, ningún tipo de límites expresos³¹⁹ al ejercicio del poder de reforma de la Constitución. Éste es también el caso de la Constitución española, no obstante lo cual, un sector de la doctrina (De Vega García³²⁰ y Fernández Segado,³²¹ entre otros) ha podido sostener la existencia de unos límites constitucionales immanentes (implícitos, según la clasificación anterior) al ejercicio del poder de reforma de la Constitución.

Y al margen de la eficacia real de estos límites,³²² tanto más cuando sean implícitos, lo que es obligado reconocer es que constituyen, de ser jurídicamente aceptados, verdaderos criterios materiales para enjuiciar la

³¹⁸ Así, Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituyente*, Bruselas, Ferdinand Larcier, 1985, p. 204; véase también Gomes Canotilho, José Joaquim, *Dereito constitucional*, cit., pp. 1129 y ss.

³¹⁹ Los límites (materiales) expresos más relevantes en el ámbito comparado han sido reconducidos por Rigaux a los siguientes: a) la prohibición de revisar la naturaleza política del régimen; b) la interdicción de modificar la estructura política del Estado; c) la prohibición de modificar los fundamentos ideológicos del Estado, ya se trate de una ideología política o religiosa; d) la protección de los derechos fundamentales; e) la prohibición de afectar la integridad territorial del Estado. Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites...*, cit., pp. 45 y ss.

³²⁰ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 283 y ss., 242-243 y 267 y ss, quien, por cierto, defendió ya a lo largo del proceso constituyente que se incorporasen a la Constitución ciertas cláusulas de intangibilidad. Sobre los límites implícitos en general, formales y materiales, véase el conocido trabajo de 1934 de Carlo Esposito, *Le validità delle leggi*, que citamos por la reimpresión en Milán, Giuffrè, 1964, pp. 190 y ss.; y más recientemente, Allegretti, Umberto, “Il Problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale”, en Ripepe, Eugenio, e Roberto Romboli (coord.), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, G. Giappichelli, 1995, pp. 23 y ss.

³²¹ Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, núm. 65, enero-junio de 1995, Madrid, pp. 516-517. Es también la posición de Ruiz Miguel respecto de la dignidad de la persona como fundamento del orden político (artículo 101 CE). Ruiz Miguel, Carlos, “El significado jurídico del principio de dignidad de la persona en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1996, p. 183.

³²² El propio Alzaga, con ocasión de los debates constituyentes de 1978 en España, se apoyó precisamente en la más que dudosa eficacia de estas cláusulas en la práctica para rechazar su incorporación (y proponer en su lugar un procedimiento agravado de reforma): “No tiene demasiado sentido la pretensión ingenua de los constituyentes, que se ha repetido en muchas ocasiones a lo largo de la historia, de dotar a su obra de eternidad; como se ha dicho, sólo la Biblia se ha escrito para miles de años”. Su intervención en la Comisión de Asuntos Constitucionales el día 20 de junio de 1978 puede consultarse en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por Sainz Moreno, Fernando, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, t. II, p. 1736.

constitucionalidad de cualquier reforma de la *Lex Magna*. No se presta a dudas, sin embargo, que un control de constitucionalidad de este tipo se dará, ante todo, en situaciones patológicas, desde la perspectiva político-constitucional, de especial intensidad y en las que es posible que la jurisdicción constitucional ya poco pueda aportar para hacer *realmente* operativos esos límites.

Sea como sea, y centrando ya nuestra reflexión en la Constitución mexicana, tampoco hay en este caso consenso en la doctrina sobre la existencia o no de límites implícitos. No interesa ahora tanto entrar en esa discusión, que nos llevaría demasiado lejos, cuanto dejarla apuntada y señalar que, de aceptarse una postura de este tipo, se haría posible un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales más allá de su regularidad formal, extendiéndose hasta su validez material en cuanto fuesen o no compatibles con esos límites.

La posibilidad misma de límites de esta naturaleza, su determinación y el alcance concreto de los mismos es algo en lo que, sin embargo, no podemos entrar.³²³ Baste dejar señalado que si el control *formal* de constitucionalidad de las reformas constitucionales es una tarea que, en la medida de lo posible, debe serle evitada a la Suprema Corte, con mucha mayor razón habrá de ser así respecto del control material, tanto más cuando éste haya de tener como base unos límites implícitos. Ello, por lo demás, sólo es imaginable en supuestos de extrema gravedad, en los que quizás la opinión de la Suprema Corte ya no tenga fuerza, ni autoridad para imponerse.

Digamos, en fin, que no debe confundirse este control material con otro bien distinto, aunque de algún modo próximo: el que se precisa en

³²³ No deja de ser curioso que, entre otros muchos, defienda la existencia de estos límites el mismo autor que niega a la Suprema Corte toda posibilidad de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales: "Al respecto [sobre la existencia de límites inmanentes a la reforma constitucional], yo no puedo sino volver a estar de acuerdo con el maestro De la Cueva, cuando afirma que el procedimiento de reforma parcial, como es el del artículo 135, sólo puede conducir a modificaciones concretas, pero nunca al cambio de los principios fundamentales. De este modo, el poder reformador de la Constitución debe detenerse ante lo que el propio maestro De la Cueva llamó 'los principios que contribuyen a la integración del estilo de vida política del pueblo', expresión que pudiera ser equivalente a la de los valores ideológicos fundamentales acuñada por Karl Loewestein". Madrazo, Jorge, "El artículo 135", *cit.*, p. 1375. Otros autores que defienden la existencia de límites al poder de reforma son Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, pp. 131 y ss.; Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, *cit.*, pp. 383, 656 y 657; Canudas, Luis Felipe, "Irreformabilidad de las constituciones políticas de la Constitución", *Revista de Jurisprudencia*, México, núms. 1, 18, 19 y 20, pp. 107-108 [cito a los tres por Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano...*, *cit.*, p. 44].

aquellos sistemas (como el español) que distinguen según que la reforma constitucional afecte, o no, a determinadas normas o principios constitucionales que se estiman básicos, para, en caso afirmativo, someter dicha reforma a un procedimiento “superagravado” (o de segundo grado) de reforma. En estas hipótesis, habrá que determinar si una determinada reforma afecta o no a ese ámbito fundamental, a ese núcleo constitucional superprotegido, pero no a efectos de negar a la reforma su legitimidad, sino sólo para verificar que se respeta el procedimiento “superagravado” que la Constitución prevé para tales supuestos. He ahí la diferencia fundamental: es un control formal (procedimental), pero no material en sentido estricto.

Todo esto por lo que se refiere a las reformas a la propia Constitución federal porque, con respecto a las reformas a las Constituciones de los estados, hay que señalar que están plenamente sometidas a la Constitución federal y, en particular, a las disposiciones de ésta que establecen las bases generales de la organización político constitucional a nivel estatal (o del Distrito Federal).

Capítulo cuarto
LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

I. Algunas observaciones	167
1. El riesgo de sustitución de la Constitución como parámetro objetivo de control por los libres criterios del órgano de la constitucionalidad como parámetro subjetivo.	171
2. La función legitimadora de la argumentación en la justicia constitucional	184
3. La plena compatibilidad del método jurídico con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos.	190
4. La posición preferencial (<i>preferred position</i>) de los derechos fundamentales en la función de control constitucional	197

CAPÍTULO CUARTO

LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

I. ALGUNAS OBSERVACIONES

Como es sabido, el control de constitucionalidad supone realizar un contraste entre una norma legal y otra constitucional, para determinar si la primera, en cuanto que norma jerárquicamente inferior, es compatible con la segunda o si, por el contrario, la contraría, en cuyo caso el órgano de constitucionalidad habrá, en principio, de declararla inconstitucional e inválida.³²⁴

La labor desarrollada por medio del control de constitucionalidad no es, pues, una actividad libre, sino vinculada, y *vinculada* precisamente por el texto constitucional pues sólo cuando el juicio de contraste determina que la ley contraría a la Constitución, es posible la declaración de inconstitucionalidad para el órgano de la inconstitucionalidad. Como señala Faller,

la actividad de los Tribunales Constitucionales —también la del Tribunal Constitucional Federal— no consiste en legislar, sino en juzgar. Incluso cuando el pronunciamiento del Tribunal posea fuerza de ley, tratase de un acto de jurisdicción y no de un acto legislativo. De esto surgen límites inmanentes para toda actividad jurisdiccional de ámbito constitucional. Sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional escrita o no escrita. Con esto se toca el punto neurálgico de la jurisdicción constitucional.³²⁵

³²⁴ No interesa ahora aludir a otras soluciones intermedias (entre la validez y la nulidad), conocidas en la praxis jurisprudencial de diversos países con justicia constitucional: sentencias interpretativas, admonitorias, de mera inconstitucionalidad, etcétera.

³²⁵ Joachim Faller, Hans, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción...”, *cit.*, p. 55.

Así pues, la norma con la que se pone en contraste la ley impugnada es la Constitución,³²⁶ y todo juicio formulado en la labor jurisdiccional de control de constitucionalidad ha de fundarse necesariamente, para que sea legítimo, en una interpretación razonable o plausible de la Constitución: tanto si se declara constitucional la ley, como si se la declara inconstitucional, es preciso siempre que ese juicio no sea arbitrario o libre, sino imputable al propio texto constitucional, límite absoluto para el intérprete y la labor creativa ínsita a todo proceso de interpretación y aplicación del derecho, y más aún cuando del derecho constitucional se trata.

Pero la utilización de la Constitución como parámetro de control (integral) permite, y exige, distinguir tres o, al menos, dos tipos de vicios de inconstitucionalidad: a) vicios formales,³²⁷ que inciden sobre la norma en cuanto tal, independientemente de su contenido, atendiendo a la forma de su exteriorización: la norma, en su globalidad, está viciada en

³²⁶ La cuestión no es tan sencilla ni simple como esto, como pone de relieve el ejemplo de España, donde el propio Tribunal Constitucional, con apoyo en la propia LOTC, ha entendido que para enjuiciar la conformidad de una ley con la Constitución no sólo ha de tenerse presente la Constitución sino también un conjunto de normas interpuestas entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico en cuanto que normas no de desarrollo constitucional sino de concreción necesaria de normas constitucionales, que sin ellas no pueden válidamente interpretarse (el bloque de constitucionalidad). En primer término, y ante todo, se incluyen aquí las normas delimitadoras de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o reguladoras o armonizadoras del ejercicio de las competencias autonómicas; y ello porque la Constitución no dibuja de una manera cerrada el ámbito competencial del Estado y las Comunidades sino que sólo crea un marco general, muy confuso por cierto, dentro del cual habrán de ser ciertas normas —especialmente, los Estatutos de Autonomía en cuanto que norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y las leyes orgánicas— las que precisen para cada Comunidad Autónoma el concreto ámbito de su competencia y el del Estado, siempre dentro del marco constitucional. Pero también se han incluido aquí otras normas, como es el caso de los Reglamentos Parlamentarios. Una cuestión semejante sobre el parámetro de constitucionalidad —o normas de referencia, como lo llaman ellos— se ha planteado en la doctrina francesa. Por lo demás, no puede desconocerse el dato de que el Tribunal Constitucional conoce de hechos a través del amparo y de la cuestión de constitucionalidad, por lo que “el parámetro de enjuiciamiento constitucional difícilmente podrá prescindir de ingredientes de mera legalidad ordinaria” (Gascón Abellán, Marina, “La justicia...”, *cit.*, p. 66). Sobre la cuestión referida al derecho portugués, véase el interesante enfoque de Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, *cit.*, pp. 979 y ss.

³²⁷ En relación a la inconstitucionalidad por vicios de forma ya señalaba Kelsen (“La garantía...”, *cit.*, p. 191) que sólo debía ser declarada “cuando los vicios sean particularmente importantes, esenciales”, dejando preferiblemente la valoración de ese carácter al Tribunal constitucional pues no parece adecuado que sea la Constitución la que proceda directamente y con carácter general a la “dificilísima distinción entre vicios esenciales y no esenciales”. Y como Crisafulli ha destacado, el control de la constitucionalidad formal también puede plantear serios problemas en las relaciones entre el órgano de la constitucionalidad y el Poder Legislativo, si bien la “zona crítica” de esas relaciones es patentemente la de la constitucionalidad material. Crisafulli, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo *Aspetti e tendenze...*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obbiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977, pp. 135 y ss.

sus presupuestos, en su procedimiento de formación, en su forma final; b) vicios materiales o sustanciales, referidos al contenido de la norma, que contraría las normas o principios constitucionales: el vicio no suele afectar a la norma en su globalidad sino, más bien, a una o varias de sus disposiciones concretas; c) vicios procedimentales,³²⁸ que en realidad no son más que una variante de los vicios formales. Son aquellos vicios que infringen el procedimiento de formación, jurídicamente regulado, de las normas (y que tradicionalmente se han venido considerando vicios formales). Así, puede concluirse que, al menos en vía de principio, los vicios formales son vicios de la norma; los vicios materiales son vicios de las disposiciones singulares; y los vicios procedimentales son vicios relativos al complejo de actos necesarios para la producción final del acto normativo. Pero, en todos los casos, el parámetro para determinar la existencia o inexistencia de esos vicios es la Constitución.³²⁹

Como resultará fácil comprender, este valor o función paramétrica de la Constitución, en su doble dimensión: formal y material, sitúa en primer plano de cualquier ordenamiento constitucional en que se disponga de un control de este tipo a la interpretación constitucional,³³⁰ que presenta ciertas peculiaridades³³¹ en las que aquí no puede entrarse, derivadas del propio rango de la Constitución (como norma a interpretar), de su formulación necesariamente genérica, vaga o abierta de principios,³³² de su carga axiológica y política y, en fin, de su función transformadora de la realidad político-social y económica, entre otros posibles factores.

Pero, como resulta obvio, y al margen de alguna alusión puntual realizada en otro momento, no vamos aquí a referirnos a la cuestión de la

³²⁸ Cfr. Biglinos Campos, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Jiménez Aparicio, Emilio, "Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, mayo-agosto de 1989, pp. 143 y ss. En el control de este tipo de vicios por la jurisprudencia constitucional alemana se observa "una cierta tendencia a evitar al máximo la comprobación de vicios de procedimiento en el *iter* legislativo o a aminorar su significación", no obstante lo cual "también el procedimiento legislativo es vigilado cuidadosamente, dándose una cierta tolerancia del Tribunal exclusivamente en casos de pequeñas irregularidades". Schneider, Hans-Peter, "Jurisdicción constitucional ...", *cit.*, pp. 48 y 50.

³²⁹ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, *cit.*, pp. 1013-1014.

³³⁰ Sobre la conexión inescindible entre control de constitucionalidad e interpretación constitucional, puede verse Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, *cit.*, p. 29.

³³¹ Entre una bibliografía abrumadora, conservan todavía hoy todo su interés las reflexiones de Cappelletti, Mauro, "La actividad y los poderes del juez constitucional...", *cit.*, pp. 138 y ss.

³³² Cappelletti, Mauro, "The Law-Making Power of the Judges and its Limits", en su libro recopilatorio *The Judicial Process in...*, *cit.*, p. 29.

interpretación de la Constitución, que bien daría para un tratamiento monográfico,³³³ y que previsiblemente va a convertirse también en México en uno de los más importantes aspectos del derecho y la teoría constitucional. Permitásenos sólo prestar nuestra atención a cuatro aspectos genéricos que pueden justificar y merecer aquí una referencia específica de una cierta extensión, y que tienen en común el ser cuestiones inmediatamente conectadas con la Constitución como parámetro de control:

a) En primer lugar, se plantea el conocido problema de determinar si la presencia de elementos decisionistas (*dezisionistischen Elements*)³³⁴ en la jurisprudencia constitucional es de tal grado que puede afirmarse que el parámetro de enjuiciamiento no es realmente la Constitución (parámetro objetivo), sino más bien el libre criterio del órgano de la constitucionalidad. Habrá que determinar en qué medida es así, o hay riesgos de que lo sea.

b) En segundo lugar, será preciso referirse a la necesidad imperiosa de fundamentación clara y exhaustiva de los fallos, como criterio legitimador de la justicia constitucional y medio decisivo para funcionar como un organismo educativo.

c) En tercer lugar, habrá de analizarse si el método jurídico que ha de utilizar la Suprema Corte es compatible con el conocimiento, característico de un órgano de constitucionalidad, de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos.

d) Por último, habrá de aludirse a unas normas que, como veremos, han de tener un juego especialmente destacado en el proceso de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes: las normas relativas a los derechos fundamentales.

333 Entre la abundantísima bibliografía sobre el tema de la interpretación constitucional merecen citarse: con carácter general, García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 9 y ss. y Wróblewsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza, revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria), Madrid, Civitas, 1985; para México, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-CNDH, 1996; para España, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, y Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988.

334 Stuth, Sabine, "Verfahren in den Fällen...", *cit.*, p. 978.

1. *El riesgo de sustitución de la Constitución como parámetro objetivo de control por los libres criterios del órgano de la constitucionalidad como parámetro subjetivo*

El primer problema que plantea la consideración de la Constitución como norma paramétrica de control de la constitucionalidad es un problema de calado práctico. Admitido teóricamente, en efecto, el valor paramétrico de la Constitución —lo que resulta obvio, en cuanto que se trata precisamente de un control *de la constitucionalidad* de la ley—, ocurre en la práctica que también el texto de la Constitución ha de ser necesariamente interpretado, como cualquier otra norma jurídica,³³⁵ e incluso con unas posibilidades creativas para el intérprete manifiestamente más amplias a las que un juez tiene en otros ámbitos del derecho y ello como consecuencia de la estructura misma de la norma constitucional.

De esta forma, cabe dudar si, en la práctica, no es la Constitución, sino la voluntad libre del intérprete la que acaba convirtiéndose realmente en parámetro del enjuiciamiento, debiendo así hablarse más que de la supremacía de la Constitución, de la “supremacía” de los jueces constitucionales,³³⁶ y de los Tribunales Constitucionales como una suerte de comisiones permanentes para la reforma constitucional.³³⁷

Ésa es, precisamente, la objeción tradicionalmente formulada a los tribunales constitucionales, ya desde sus mismos orígenes, objeción por lo demás que tiene la virtud de resurgir periódicamente, “incluso con

³³⁵ La regla *in claris non fit interpretatio* no es más que una falacia conectada a la idea del juez-autómata. Como le reprochara Kelsen a Schmitt en su célebre polémica, “nunca hasta ahora se hizo una afirmación sobre la jurisdicción que desconozca tan completamente su esencia como ésta: ‘La justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido’ [Schmitt]. Sólo la inversión de este juicio hace volver a la verdad simple y evidente para todos: que generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el “Derecho”, Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor...?*, cit., p. 23.

³³⁶ Cappelletti, Mauro, “Delimitación del tema: control judicial y control político; control de constitucionalidad y control de legalidad”, en su libro recopilatorio *La justicia constitucional...*, cit., p. 40. Tal supremacía del juez de la Constitución [aunque no, obviamente, en el sentido del texto, como “supremacía arbitraria”] ha sido reconocida de manera abierta por la Sala de lo Constitucional ecuatoriana en su proceso de amparo 53-S-91, en la que se justifica el papel de esa Sala como intérprete supremo de la Constitución aludiendo al hecho de que la Constitución de dicho país “hace coincidir el ápice de la pirámide normativa —la Constitución— con el tribunal situado en la cúspide de la jerarquía judicial, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional”.

³³⁷ Tal y como, un tanto en broma, se ha dicho del Tribunal Supremo norteamericano. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México, Porrúa-UNAM, 1989, p. 396.

virulencia”.³³⁸ Se sostiene que, aunque la norma paramétrica en el control de constitucionalidad sea la Constitución, al tener ésta que ser interpretada (como cualquier otra norma), y prevalecer el contenido que a la misma asigne el intérprete supremo —en cuanto que se atribuye a la Constitución misma— nada menos que sobre la propia ley democráticamente aprobada que contradiga ese contenido, resulta así que la competencia de control concentrado de la constitucionalidad supondría otorgar al órgano de la constitucionalidad un poder formidable e incontrolable. Ello es lo que ha llevado a Bachof a plantearse si no existe el peligro de que la Corte de Constitucionalidad, en lugar de controlar la aplicación de la Constitución, se convierta en la dueña de la Constitución.³³⁹

Este riesgo se deriva especialmente del hecho de que nos encontramos ante una competencia concentrada en un único órgano, sin que su labor esté sujeta a fiscalización alguna, así como de una doble circunstancia: la eficacia general de sus decisiones y la vaguedad de las normas en que se basan, vaguedad ésta que amplía notablemente el “grado de maniobrabilidad” del intérprete. Es todo este cúmulo de circunstancias el que lleva al riesgo de que el libre criterio del órgano de la constitucionalidad acabe prevaleciendo sobre el “dictado de la mayoría” (*“Diktat der Mehrheit”*),³⁴⁰ es decir, sobre la ley (parlamentaria) como expresión de la voluntad popular. El dilema se ha condensado, gráfica y sucintamente, en la máxima *“Quis custodiet ipsos custodes?”*³⁴¹ y, en otra variante, ha llevado a hablar del “gobierno de los jueces”,³⁴² si bien podría decirse,

338 Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 70. La objeción se aplicó ya al Tribunal Supremo americano mucho antes de la consagración jurisprudencial de la doctrina de la *judicial review* y a ella se refirió ya Hamilton: “Carece de valor la afirmación relativa a que los tribunales, so pretexto de incompatibilidad, estarán en libertad de sustituir su capricho por las intenciones constitucionales del Legislativo. Lo mismo podría ocurrir en el caso de dos leyes contradictorias o, similarmente, en todo fallo en que se aplique una sola ley. Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la VOLUNTAD en vez del JUICIO, la consecuencia sería la misma de sustituir la voluntad del cuerpo legislativo por la suya propia” [cito con leve corrección de estilo de la traducción]. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, *cit.*, p. 333. Sobre el carácter irremediabilmente permanente de la polémica, Denenberg, R.V., *Para entender la política...*, *cit.*, p. 88.

339 Bachof, Otto, “Nuevas reflexiones...”, *cit.*, p. 842.

340 Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, p. 979.

341 A dicha máxima alude Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, *cit.*, p. 36. Y como señala De Vega, éste es el gran interrogante que subyace a la obra de Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*. Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, *cit.*, p. 15.

342 Es el título de la conocida obra de Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard & Co., 1921). Como nos dice Cappelletti, el temor a un “gobierno

y así se ha hecho desde una perspectiva diametralmente opuesta a la anterior, que se trataría en todo caso del (presunto) gobierno de la “rama menos peligrosa” del Estado.³⁴³

Y aunque esta cuestión, así planteada sintéticamente, pueda considerarse hoy una cuestión superada en lo sustancial,³⁴⁴ no cabe duda que es una objeción que tiene la rara aptitud de resurgir de tiempo en tiempo; estamos, pues, ante una polémica permanentemente abierta.³⁴⁵ Acaso haya sido Schmitt el más agudo crítico de los tribunales constitucionales, motivo por el que nos referiremos a continuación a muy grandes rasgos a su doctrina sobre este punto, formulada en contraste con la de Kelsen en su célebre y rica polémica.

Aunque, a juicio de Schmitt, “lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho”, se olvida entonces que “con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial [...] la consecuencia no sería una judicialización de la política sino una politización de la Justicia”,³⁴⁶ con lo que resulta, parafraseando a Guizot, que “la política no tiene nada que ganar y la Justicia puede perderlo todo”.³⁴⁷ Y es que —sostendrá Schmitt—

de los jueces” no es más que un “fantasma” que es evocado contra cualquier tipo de control judicial de la constitucionalidad. Cappelletti, Mauro, “Is the European Court of Justice ‘Running Wild’?”, en su libro recopilatorio *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit., p. 393.

³⁴³ Son sobradamente conocidas las reflexiones en ese sentido de Hamilton en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, cit., carta núm. 78, pp. 330 y ss.: “el [poder] judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución [...] no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee FUERZA ni VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos [...] es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder”.

³⁴⁴ Como nos dice Simon, “hasta tal extremo ha arraigado la idea de una Jurisdicción Constitucional que ya no es tanto la legitimación de la misma lo que está en primer plano, sino cuales sean los límites” de los Tribunales Constitucionales. Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, cit., p. 847.

³⁴⁵ Como señala De Vega, “las cuestiones que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia del sistema político democrático distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva”. Vega, Pedro de, “Prólogo” a *La defensa de la Constitución*, cit., p. 24.

³⁴⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 57.

³⁴⁷ *Idem*, p. 75.

la Ley conflictiva [la Constitución, aquí] no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido [...]; el conflicto sobre el contenido de la decisión normativo-constitucional sobre el fundamento de ella misma no es materia de decisión judicial, sino de decisión política, toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, *realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional*³⁴⁸ [...] *en funciones de alta política*³⁴⁹ (cursiva mía).

La cuestión que subyace a toda esta problemática es, obviamente, no sólo la indeterminación normativa, de las formulaciones constitucionales —manifestado con especial agudeza en el constitucionalismo de la posguerra—,³⁵⁰ sino también el alto grado de politicidad inherente a las normas constitucionales,³⁵¹ en conexión ambas circunstancias —obviamente— con la superioridad, formal y material, de dichas normas sobre la ley y los efectos *erga omnes* propios de las sentencias constitucionales. Y es todo ello lo que lleva a Schmitt a sostener que

mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. *Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Consti-*

³⁴⁸ *Idem*, p. 90.

³⁴⁹ *Idem*, p. 93.

³⁵⁰ Esa vaguedad o ambigüedad de las normas constitucionales modernas es resultado, entre otros factores, de la aparición del sufragio universal frente al censitario, que conlleva una nueva composición sociológica de los poderes constituyentes, en los que va a dejar de haber una homogeneidad social, por lo que es de todo punto indispensable el consenso y éste conduce a las ambigüedades constitucionales (o, en terminología de Schmitt, “compromisos apócrifos”). Cfr. Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 22. El concepto de “compromiso apócrifo” a que me refiero puede verse en Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (trad. y presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García-Pelayo), Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 52 y ss.

³⁵¹ En cambio, en el sector del derecho privado nos dice Schmitt, aunque existan conceptos jurídicos indeterminados (con referencia por ejemplo a la buena fe o a las costumbres mercantiles) la existencia de “relaciones (jurídicas) relativamente estables y conceptos sociales fijos” procura “una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del Derecho Público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos imprecisos desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los jurisconsultos y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno”. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 53.

tucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga³⁵² (cursiva mía).

A la vista de todo esto, la conclusión es clara para Schmitt:

Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos.³⁵³

Frente a esta objeción, no cabría negar la politicidad ínsita en todo conflicto constitucional, pues ello sería negar la evidencia. Pero sí que puede con Cox recordarse que si bien resulta obvio que el Tribunal Supremo americano³⁵⁴ —pero ello es predicable respecto de los Tribunales Constitucionales en general—³⁵⁵ juega un papel político, por medio de

³⁵² Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 245.

³⁵³ Schmitt, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en su libro recopilatorio *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, p. 98, cit. por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 159.

³⁵⁴ Sobre ello, puede verse el estupendo artículo de Dahl, Robert A., “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6, pp. 279 y ss., en el que se sostiene abiertamente no es sólo una *legal institution* sino una verdadera *political institution*. Más recientemente, sobre su “cuota significativa de poder político” y su “impacto notable” en el equilibrio de poderes, Garro, Alejandro M., “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto de 1992, p. 86. Y Denenberg, por su parte, nos dice que “la Suprema Corte de los Estados Unidos no es un tribunal, al menos no en el sentido usual del término. Describirla como un simple tribunal es pasar por alto las consecuencias más importantes de su labor pues es, en realidad, una parte del propio proceso político [...] El quehacer de la Corte suele describirse como “política judicial” [...] resuelve muchos asuntos importantes de política y destaca otros ante la atención del público. Denenberg, R.V., *Para entender la política...*, cit., p. 87.

Por lo demás, ya Tocqueville (Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cit.) nos advertía cómo no era posible al juez norteamericano, y menos todavía a su Corte Suprema, sustraerse al “terreno de la política” (p. 109) pues sus atribuciones son “casi enteramente políticas” (p. 146) y sus decisiones afectan a tantos millones de hombres que “asusta a uno” la responsabilidad de esos siete jueces en cuyas manos “descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión” (p. 147).

³⁵⁵ También Garro considera equiparable funcionalmente, aunque con “una diferencia de grado o matiz”, el Tribunal Supremo americano y los Tribunales Constitucionales de otras democracias occidentales. Garro, Alejandro M., “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema...”, cit., pp. 88-89. Sobre la función política de los Tribunales Constitucionales, pueden verse, con carácter general, las reflexiones de Mauro Cappelletti, “El Tribunal Constitucional en el sistema político...”, pp. 11 y ss. y Martínez Sospedra, Manuel, “El Tribunal Constitucional...”, cit., p. 40; también, Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor...?*, cit., p. 21: “la función de un Tribunal tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales”. Para España, véase Fernández Segado,

la *judicial review*, no lo es menos que está vinculado por el derecho, la Constitución, lo que “es igualmente obvio para cualquiera que comprenda la autodisciplina del método jurídico”³⁵⁶ y ello por más que las actuales Constituciones —como, ya mucho antes, la americana— sean ricas en formulaciones vagas y genéricas, y sin perjuicio de innegable alto grado de creatividad que caracteriza a las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

Ya lo resaltó así Hamilton en unas palabras que no me resisto a reproducir:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir la voluntad de sus constituyentes por la suya propia. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad y ello sólo en nombre de la Constitución, cuyo significado o contenido “únicamente a ellos corresponde establecer”.³⁵⁷

Es cierto que, en la intervención judicial en ese ámbito tan “politizado”, cabe imaginar excesos, y acaso siempre haya alguno en todo sistema de justicia constitucional, pues también los jueces constitucionales son hombres, y por consiguiente falibles.³⁵⁸ Pero, sin negar su valor como

Francisco, “La judicialización...”, *cit.*, pp. 50-51. Para Alemania, entre una bibliografía inabarcable, véase Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit als...”, *cit.*, p. 59, quien nos dice que el tribunal constituye nada menos que “un factor sobresaliente del proceso político” (“einen herausragenden Faktor im politischen Prozeß bildet”); y así puede Hesse comentar (“Evolución histórica y ...”, *cit.*, p. 51) que “nunca se llegó a pensar” en el momento constituyente “que con las competencias recibidas fuera este Tribunal a cobrar tal influencia, fuera a acumular un poder tal en la vida del Estado”; también Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985. Para Austria, puede consultarse Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, *cit.*, p. 271.

³⁵⁶ Cox, A., *The role of the Supreme Court in American Government*, London, 1976, p. 99, *cit.* por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 187.

³⁵⁷ Cito, con una leve corrección de estilo [en la traducción], por Hamilton, A., J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (trad. de Gustavo R. Velasco), México, Fondo de Cultura Económica, 1994, carta núm. 78, pp. 332: “[Y] esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.

³⁵⁸ Se comprende así la frase atribuida al juez Jackson de que todo juez ha sido alguna vez acusado de legislar (“every Justice has been accused of legislating”). La misma idea es defendida,

elemento crítico de vigencia permanente frente al ejercicio *concreto* del control de la constitucionalidad, creo que la generalización de esa doctrina no es hoy posible.

El más contundente argumento que puede esgrimirse frente a la crítica de Schmitt es, pues, uno de marcado carácter pragmático:³⁵⁹ la experiencia vivida por los tribunales constitucionales en los últimos tres cuartos de siglo. Experiencia ésta, primero europea y hoy ya mundial, que resulta globalmente muy positiva y que es precisamente la que explica la expansión imparable de estos órganos por todo el mundo y su instauración en tantos y tantos regímenes que inician o reinician seriamente su camino hacia la democracia constitucional.

Experiencia positiva³⁶⁰ que no es en modo alguna privativa de Austria, sino compartida también por Italia,³⁶¹ Alemania,³⁶² Portugal, España, o

con otras palabras, en la doctrina italiana, por Cappelletti, Mauro, “El Tribunal Constitucional en el sistema político...”, *cit.*, pp. 13 y 16; y en la alemana, Simon ha puesto de relieve cómo es posible que un mismo Tribunal Constitucional se exceda unas veces y otras, en cambio, se retraiga equivocadamente (dando lugar a excesos), si bien “la mayor parte de tales sentencias contiene votos particulares”, además de que sobre la valoración de las mismas no suele haber tampoco acuerdo en la propia doctrina, dependiendo con frecuencia dicha valoración de la “ubicación político-jurídica del crítico”. Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, pp. 857-858. Hay casos en que la doctrina no duda en hablar de una verdadera usurpación legislativa por parte del Tribunal Constitucional, pero es importante notar que se trata siempre de casos excepcionales, aparte de que no faltan nunca autores que lo valoran de otra forma. Habla de *Usurpation der Gesetzgebung*, por ejemplo, Zweigert, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und kritische...”, *cit.*, p. 74.

³⁵⁹ Así lo intuyó, nada menos que en 1934, Rodolfo Reyes, en su conocida obra: “Si esta función jurídico-política puede o no realizarla un Tribunal, lo contestará, más que la doctrina de autores que, como Schmitt, lo niegan, más de un siglo de realización de países tales como los Estados Unidos y Suiza”. La experiencia posterior de los tribunales constitucionales no ha consistido en otra cosa que en una reafirmación rotunda de esa idea. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, *cit.*, p. 151.

³⁶⁰ “En general, hay que decir que la experiencia europea posterior a la Segunda Guerra Mundial es positiva, sin excepción alguna hasta la fecha”. Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y...*, *cit.*, p. 48, nota 46.

³⁶¹ Para Austria, Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, *cit.*, pp. 525-526 y 530 y ss.; para Italia, Leopoldo Elia, “Constitucionalismo cooperativo”, ‘Racionalidad’ y ‘sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, *cit.*, p. 80.

³⁶² Respecto de su país, puede Faller —entre otros— señalar con orgullo que las competencias del Tribunal Constitucional se han evidenciado en estas décadas como plenamente eficaces para remover los trastornos derivados de la propia estructura de un Estado de derecho social, libre y democrático. “En los últimos años, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho desaparecer en muchos casos, con sus pronunciamientos judiciales, cuestiones litigiosas que envenenaban la vida pública. En más de un aspecto, su acción ha sido integradora y pacificadora”, sirviendo un gran servicio a la democracia. Enumera a renglón seguido el autor una larga lista de supuestos en que la intervención del Tribunal ha puesto punto y final a conflictos “que envenenaban la vida pública” (igualdad del hombre y la mujer, y de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, el ámbito de la libertad

Francia, así como la mayor parte de los países de la Europa del Este³⁶³ —incluida la propia Rusia—, donde están cumpliendo en términos generales un papel de enorme relevancia en la propia integración del país,³⁶⁴ o en buena parte de los países latinoamericanos,³⁶⁵ además de otras naciones africanas y asiáticas que también han instaurado un Tribunal Constitucional.³⁶⁶ El fenómeno expansivo de los tribunales constitucionales, que se diría que no conoce límites (o tiene cada vez menos), y los efectos positivos que su implantación por doquier irremisiblemente produce, es por sí solo un hecho suficientemente significativo, que no necesita de más comentarios.

En todos estos casos, los tribunales constitucionales han sabido actuar dentro de unos límites materiales, funcionales e institucionales muy precisos; han sabido, en suma, conformar su actividad a la célebre máxima de San Pablo en su II Epístola a los Corintios: “Tened como si no tuviéseis”.³⁶⁷ En esa sabia regla podría condensarse la necesidad imperiosa de todo órgano de la constitucionalidad de respetar unos ciertos límites en su actividad pues ninguno de dichos órganos debe olvidar que “su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites”.

Cuestión distinta, y mucho más compleja, es la de precisar cuáles son exactamente esos límites, más allá de la formulación de reglas genéricas

de expresión y de prensa, la libertad de elección de profesión, la igualdad de oportunidades de los partidos, el derecho de audiencia, el principio del juez natural, etcétera) y se refiere asimismo a ciertos contados casos en que se ha tratado de instrumentalizar políticamente al Tribunal Constitucional de una manera patente, lo cual éste logró evitar con destreza. Hans Faller, Joachim, “Defensa constitucional...”, *cit.*, pp. 60-63; *id.*, “Cuarenta años...”, *cit.*, pp. 136-137 (artículo éste escrito en 1992, trece años después del primero, y en el que ratifica su juicio: “Sin exageración, se puede decir que el Tribunal Constitucional Federal ha superado definitivamente la prueba”).

³⁶³ Cfr. Bartole, Sergio, “Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell’Europa centro-orientale”, *Quaderni Costituzionale*, año XVI, núm. 2, agosto de 1996, pp. 229 y ss.

³⁶⁴ Por ejemplo, sobre el Tribunal Constitucional húngaro, véase Zlinszky, János y Agnes Németh, “Características generales...”, *cit.*

³⁶⁵ Para Guatemala, por ejemplo, véase Manuel Martínez Sospedra, “El Tribunal Constitucional...”, *cit.*, p. 61.

³⁶⁶ Y es que hoy, tal y como Fernández Segado señalaba ya hace más de un lustro, “la justicia constitucional, bien en su modelo europeo, bien en su modelo norteamericano, se ha convertido en un fenómeno cuasi-universal”, muy especialmente —añadiríamos por nuestra parte— por lo que al primer modelo se refiere, Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 103.

³⁶⁷ Máxima (*Haben als hätte man nicht*) que Zweigert consideró aplicable a los tribunales constitucionales en su estudio introductorio a unas famosas jornadas. Zweigert, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit”, en el colectivo Starck, Christian (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, *cit.*, 1976, t. I, p. 75. La cita bíblica corresponde a [2 Cor. 6, 10].

ligadas a la idea de autolimitación judicial o *self-restraint*. Y aunque hay que reconocer que, en último término, dichas reglas serán en la mayor parte de las ocasiones reglas internas y el grado de respeto a las mismas dependerá de la prudencia o moderación del propio órgano de la constitucionalidad, es lo cierto que en la doctrina alemana algunos autores han tratado de fijar algunos criterios. Uno de los esfuerzos que se han movido en esa línea es el de Schneider,³⁶⁸ quien, tras rechazar la posibilidad de señalar los límites de la jurisdicción constitucional a partir de la diferenciación entre derecho y política o del criterio de “justiciabilidad”, ha distinguido, según su intensidad, tres modalidades de control en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: el control de contenido,³⁶⁹ el de apreciación (*Vertretbarkeitskontrolle*)³⁷⁰ y el de evidencia³⁷¹ y, a su vez, según la densidad de control, se ha referido al control de comportamiento, al control del procedimiento y al del resultado.

Pero es que, al margen de los límites propios de toda actividad de control de constitucionalidad, cabe señalar que incluso frente a las hipótesis más radicales imaginables —en que el Tribunal Constitucional exceda patentemente de sus competencias y sustituya como parámetro en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes a la Constitución por su libre voluntad— hay un último elemento de control por el pueblo, una garantía de su disposición sobre sí mismo, que constituye al unísono un argumento concluyente frente a los riesgos de que habla Schmitt: nos

³⁶⁸ Schneider, Hans-Peter, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, *in toto*. Una propuesta distinta es la de Landfried, Christine, “The judicialization of politics...”, *cit.*, pp. 121-122.

³⁶⁹ Es el control más intenso, que reduce al máximo los márgenes políticos de actuación y decisión del legislador: es el control ejercido sobre todo en materia de derechos fundamentales, especialmente los protegidos sin ningún tipo de reserva (de limitación).

³⁷⁰ Este control de apreciación limita en mucha menor medida la libertad de decisión del legislador, bastando con que la misma haya sido adoptada a partir de una ponderación “objetiva” y “defendible” de los elementos de juicio disponibles: es el control llevado a cabo en aquellos supuestos en que se trata de la apreciación de situaciones y regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico o fiscal, para los que el tribunal no es más competente que el Legislativo, o cuando el procedimiento parlamentario ofrece la garantía de una proximidad mayor a la realidad o, simplemente, la posibilidad de un análisis objetivo más profundo que los que pudiera llevar a cabo el tribunal.

³⁷¹ Constituye el grado menos intenso de control, limitado a la observancia de los “límites extremos” del derecho constitucional y que es un control que sólo se lleva a cabo en aquellos casos en que la Constitución misma presenta un grado suficiente de indeterminación, como, por ejemplo, en la interpretación de la cláusula de la reunificación, del principio universal de igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución.

referimos a la necesaria aquiescencia por el pueblo, y sus legítimos representantes, a toda decisión del órgano de la constitucionalidad.³⁷²

Y es que no puede olvidarse que el poder de los jueces, también de los jueces constitucionales, es en todo caso el poder de la “rama menos peligrosa de gobierno”, al menos en términos de fuerza bruta. Se trata, utilizando palabras de Bergasse, “de una fuerza tal que, siendo todopoderosa para defender y socorrer, deviene absolutamente nula tan pronto como, cambiando su finalidad, se intentara hacer uso de ella para oprimir”;³⁷³ los tribunales constitucionales son siempre “armas sin filo”.³⁷⁴ Como ya intuiera Tocqueville con lucidez,

Sin ellos [los entonces siete jueces del Tribunal Supremo americano] la Constitución es letra muerta; [...] Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consienta en obedecer la ley; no pueden nada cuando la desprecia.³⁷⁵

Sin ese acatamiento social, un Tribunal Constitucional “no es nada”, pura y simplemente, en términos de Pérez Royo.³⁷⁶ Y es que, como nos

³⁷² A esto se refiere también Back, Jr., Charles L., “Constitutional Structure and Judicial Review”, en su libro *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969, p. 71; también, Zagrebelsky, Gustavo, “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución”, *cit.*, p. 174. Como nos dice Denenberg, el poder del Tribunal Supremo, al carecer de todo mecanismo para ejecutar y hacer efectivas sus decisiones, “es el poder de la opinión pública [...] El mecanismo definitivo de defensa que tiene el pueblo contra una decisión impopular consiste en desoirla”, aludiendo a continuación a cómo, más de veinte años después de que el Tribunal Supremo declarase inconstitucional la segregación escolar, ésta sigue existiendo y, en los Estados norteamericanos, los Tribunales que han tratado de imponer la integración efectiva se han encontrado casi siempre con una fuerte oposición popular y violenta resistencia”. Denenberg, R.V., *Para entender la política...*, *cit.*, pp. 91-92.

³⁷³ *Cit.* por Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional...*, *cit.*, p. 21 (las palabras del diputado constituyente italiano se referían al Poder Judicial). Como añade el citado autor español, “sin duda, en su escasa peligrosidad como instrumento de opresión es donde reside la más convincente justificación del Tribunal Constitucional como institución”.

³⁷⁴ Tomo la expresión de Bachof, quien, no obstante, la utiliza en otro sentido diverso. Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, *cit.*, p. 42.

³⁷⁵ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, *cit.*, p. 147. “Ahora bien, el poder de opinión es aquel del que es más difícil hacer uso, porque es imposible decir exactamente donde se hallan sus límites. Es a menudo tan peligroso permanecer más acá de este extremo como sobrepasarlo”, reflexión ésta que conserva aún hoy una sorprendente actualidad.

Nos recuerda Loewenstein una anécdota, indicativa de la naturaleza del poder de todo órgano de constitucionalidad (o tribunal de justicia en general) y protagonizada por el presidente norteamericano Jackson cuando, al dictar en 1831 el Tribunal Supremo una sentencia contra sus intereses [*Cherokee Nation v. Georgia* (5 Pet. 1, 1831)], se atrevió a afirmar: “John Marshall ha dictado el fallo y ahora también tendrá que ejecutarlo”. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1986, p. 225.

³⁷⁶ Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, *cit.*, p. 48.

dice Simon respecto del *Bundesverfassungsgericht*, la posición de éste es más bien inestable y “depende de que sus decisiones sean no sólo —aunque sea a regañadientes— acatadas, sino sobre todo aceptadas esencialmente por las fuerzas sociales”.³⁷⁷

Y por otra parte, más allá de ese necesario consentimiento popular —tácito cuando menos— a las decisiones sobre la constitucionalidad, el pueblo siempre tiene abierta la posibilidad de reformar, pura y simplemente, la Constitución como forma de superar de la manera más clara y enérgica cualesquiera decisiones del Tribunal Constitucional en que éste haya llegado, a juicio del pueblo, “a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada [el pueblo] no admite, o bien —hipótesis no rechazable como real— porque entendiéndose que la decisión del Tribunal excede del marco constitucional)”.³⁷⁸ De este modo, podrá definirse la nueva norma en el sentido que el legislador de reforma constitucional decida, según su libertad, en principio, incondicionada. Y por medio de esta facultad de reforma puede también el pueblo con total libertad privar al Tribunal Constitucional de todas o alguna de sus competencias, sin más que reformar la Constitución, aunque su desaparición sería en la mayor parte de los países una reforma constitucional que afectaría a la estructura básica del sistema político³⁷⁹ e imaginable sólo en supuestos de absoluto fracaso de la institución, bien sea por faltarle las condiciones políticas y socio-políticas necesarias para ello, bien por la ineptitud del propio tribunal, supuesto que no se ha verificado hasta ahora en ningún país con tribunal constitucional.

³⁷⁷ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 839.

³⁷⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 201. Ello es algo distinto de las críticas que determinados sectores, incluso amplios, de la población o, más frecuentemente, del arco parlamentario puedan hacer a determinadas decisiones del órgano de la constitucionalidad, y muy especialmente a las adoptadas con ocasión del proceso de control normativo abstracto. Como nos recuerda Häberle, “el reproche estereotipado (stereotype Vorwurf) ‘una vez más el Tribunal Constitucional ha hecho política’ suele ser formulado la mayoría de las veces por aquellos que se consideran en el lado de los perdedores”, Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtbarkeit als...”, *cit.*, p. 59. y quizás sea ello algo en sí mismo natural en el terreno político.

³⁷⁹ La Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político, con ocasión del XXV aniversario del Tribunal Constitucional alemán, entendió que la supresión de este último sería una reforma que afectaría a la Constitución “in seinem Wesen”, en su misma esencia. *Cfr.* Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 823.

Y si bien el mejor destino de esa facultad de reforma, como medio de superar una decisión intolerable del Tribunal Constitucional, es la falta de ejercicio y, en todo caso, su empleo absolutamente excepcional, lo cierto es que tiene una existencia real, y una consiguiente eficacia disuasoria (y eventualmente correctora), en todo sistema constitucional. Y que no es una posibilidad meramente teórica³⁸⁰ lo prueba el hecho de que en Estados Unidos se ha hecho uso de la misma “justamente en estos términos en cuatro ocasiones, en que se ha usado el *amending power*, el poder de enmienda o de revisión constitucional, para ‘pasar por encima’ (*override*) de otras tantas sentencias del Tribunal Supremo”.³⁸¹ Y ciertamente cuatro no son muchas veces, especialmente en un sistema de activismo judicial tan mayúsculo como los Estados Unidos y una historia de más de doscientos años. Y tampoco en Italia, en Alemania o en España, hasta el día de hoy, se ha hecho necesario el recurso a esa posibilidad, siempre abierta, ni en un solo caso verdaderamente significativo.³⁸²

En último término,

la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, “en el Tribunal de la Historia”,³⁸³ en el “plebiscito diario” sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios. Más allá de este dato último no parece factible continuar. Los Tribunales constitucionales han demostrado una notable capacidad de extender

³⁸⁰ No obstante, Denenberg considera que esta posibilidad “constituye una proeza inimaginable, salvo en los más insólitos momentos de consenso político”, y precisamente por ello, ha podido la Corte actuar “libremente, como reformadora social y política, recreando todo el Derecho”. Denenberg, R.V., *Para entender la política de los Estados Unidos...*, cit., p. 91.

³⁸¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 201. Es ésta, por lo demás, una opinión generalmente aceptada en el ámbito comparado. Así, por ejemplo, para Suiza, puede verse Kälin, Walter, *Verfassungsgerichtbarkeit in der Demokratie (Funktionen der Staatsrechtlichen Beschwerde)*, Stämpfli & Cie. AG, Bern, 1987, p. 84, quien alude también a la experiencia norteamericana de más de dos siglos (p. 85).

³⁸² Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, cit., p. 109.

³⁸³ Este argumento histórico ya fue utilizado por Kelsen frente a Schmitt: “Finalmente, un análisis científico-jurídico que se ocupe de la posibilidad de una jurisdicción constitucional no debería pasar por alto el hecho de que existe un Estado —a saber, Austria— en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado. Analizar su real eficacia sería, por cierto, más provechoso que indagar acerca de su compatibilidad con el concepto de Estado legislativo. Carl Schmitt se contenta con poner ‘la solución austriaca’ entre comillas, sin descender de las alturas de su propia abstracción en orden a analizar la importancia y funcionamiento real de tal Tribunal”. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor...*, cit., pp. 31-32.

la integración y el consenso social; ello les ha dado un sexto sentido para que sus propias innovaciones jurisprudenciales se presenten como justas, como inferidas de los valores constitucionales básicos y, por ello, como aptas para ser aceptadas (especialmente por lo que agudamente ha llamado Archibald Cox “la clientela” de estos tribunales: la prensa liberal, las asociaciones de juristas, los profesores y las facultades de Derecho,³⁸⁴ los negros, los pobres o los grupos políticos y de opinión), para ser ellas mismas objeto de un consenso básico.³⁸⁵

Sólo ahí han podido los tribunales constitucionales ser precisamente, unos mecanismos invaluable para hacer del texto constitucional *a living document*, adaptándolo a las variables circunstancias políticas, sociales y económicas de cada momento; de esta forma, en palabras de Frank-

³⁸⁴ En Alemania, destaca Bachof cómo “ya se ha visto muchas veces que la crítica en modo alguno carece de influencia sobre la Corte. Tanto la crítica de la opinión pública como la crítica de la ciencia jurídica han llevado en diversas formas a la Corte a una modificación de su jurisprudencia”. Bachof, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 850. Pérez Luño ha distinguido tres tipos de control a que está sujeta la interpretación constitucional: a) Control jurídico, que se concreta en la necesidad de atenerse a los criterios interpretativos utilizados en las decisiones previas de casos similares, así como en atender a la función orientadora y crítica que desempeña la ciencia jurídica y en lo que aquí interesa la dogmática del derecho constitucional; b) Control político, referido a la peculiar vigilancia o supervisión de legitimidad que ejercen los órganos creadores del derecho sobre quienes lo interpretan o aplican; y c) Control social, manifestado en la necesidad de que el intérprete pondere los intereses de aquellos a quienes la decisión afecta, sobre la base de una consideración igual de sus personas (John Hart Ely); en la exigencia de que el intérprete respete los *standards* o conceptos morales generales y básicos de la sociedad (Ronald Dworkin); o en la conveniencia de que el resultado de la interpretación goce de un amplio consenso social por cumplir las expectativas de la colectividad (Josef Esser). Pérez Luño, Antonio-Enrique, “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, enero-abril de 1984, p. 95.

³⁸⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 203. Sobre este tema, si bien referido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse Cappelletti, Mauro, “Is the European Court...”, *cit.*, pp. 386 y 388 y ss. Como dice Bachof, si bien el Tribunal Constitucional no debe dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, no ofrece dudas que “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo duradero’, comunicación que puede ser incluso mayor que la que se alcance en el Parlamento”. Bachof, Otto, “Die richterliche Kontrollfunktion...”, *cit.*, p. 43.

No obstante, a la opinión pública como criterio condicionador de la jurisprudencia constitucional hay que dar un cierto valor relativo, en cuanto que una de las misiones fundamentales de la jurisdicción constitucional es la de protección de las minorías parlamentarias e incluso de los “insuficientemente representados”, con lo cual desarrolla una misión democrática fundamental, para lo cual a veces está mejor preparada que los órganos legislativos. En este sentido, rotundamente, Denenberg, R.V., *Para entender la política...*, *cit.*, pp. 96 y ss.

furter, *the Court breathes life, feeble or strong, into the inert pages of the Constitution and the statute books*.³⁸⁶

2. La función legitimadora de la argumentación en la justicia constitucional

El monarca con el que habla el protagonista del celeberrimo cuento de Antoine de Saint-Exupéry, en uno de los planetas que visita, ante la petición del *petit prince* de que ordene al sol que se ponga, le explica a éste que “la autoridad reposa, en primer término, sobre la razón. Si ordenas a tu pueblo que vaya a arrojarse al mar, hará una revolución. Tengo derecho de exigir obediencia porque mis órdenes son razonables”.³⁸⁷

Esta necesidad de razonabilidad es hoy común a todos los ámbitos de poder³⁸⁸ pero lo es de manera muy especial en las decisiones judiciales en general, y de una manera incluso más acentuada en las decisiones de un tribunal constitucional, a fin de que se haga visible y patente que sus sentencias enjuician las leyes *desde la perspectiva de la Constitución* y que *el parámetro que emplean es la misma Constitución y no el libre criterio de los integrantes del órgano de la constitucionalidad*. Y no se trata sólo de que las sentencias constitucionales sean efectivamente “razonables”, pues con ello sólo no basta, sino que además es preciso que

³⁸⁶ Frankfurter, “The Supreme Court in the mirror of Justices”, *University of Pa. Law Review*, núm. 105 (1957), p. 793, *cit.* por Dahl, Robert A., “Decision-making in a democracy...”, *cit.*, p. 280. Y es que, como nos dicen De Esteban y González Trevijano (*Curso de derecho constitucional...*, *cit.*, t. III, p. 237), los tribunales constitucionales no son los “guardianes de un Museo”.

³⁸⁷ Saint-Exupéry, Antoine de, *El Principito*, Madrid, Alianza-Emecé, 1974, p. 49.

³⁸⁸ Sobre esto, véanse las reflexiones generales de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, *cit.*, pp. 153-159. De este libro (pp. 154-155) tomo parte de la cita a Tomás-Ramón Fernández: “Se necesita siempre una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer o, cuando menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe alguna oposición activa, ésta sea más bien marginal y, por lo tanto, inocua [...] Este es el cuadro de la sociedad en que vivimos, con toda evidencia, y en este cuadro, en este escenario nos movemos, queramos o no, todos los operadores jurídicos, ya se trate de legisladores, de gobernantes o funcionarios, de jueces, abogados, profesores, etc. No hay ningún poder indiscutible ni indiscutido en la sociedad de nuestros días. *Todos valemos, al menos en términos de tendencia*, lo que para los demás valen nuestras razones, y es bueno que así sea, porque la igualdad que resulta de nuestra valoración en función del valor de nuestras propias razones es el fundamento último y la esencia misma de la convivencia democrática”. *Vid.* también Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México, Porrúa-UNAM, 1989, pp. 110-111.

esa razonabilidad se exteriorice, se dé a conocer, se haga explícita, sea —en suma— una razonabilidad razonada, fundamentada.

El órgano de la constitucionalidad no es un legislador negativo que pueda, soberanamente, derogar las leyes sin necesidad de justificarlo, ni la justificación que eventualmente ofrezca es una suerte de exposición de motivos. Nada de ello es así, nada más lejos de la verdadera naturaleza de los modernos tribunales constitucionales, cuya legitimidad y autoridad reposa de manera primordial en la fundamentación clara de sus decisiones, precisamente porque no son, en sentido estricto, verdaderos legisladores (ni negativos, ni positivos),³⁸⁹ sino justamente tribunales, que no actúan libre ni soberanamente, sino sólo como comisionados del poder constituyente, encargados de interpretar la Constitución, a la que deben imputarse sus decisiones.³⁹⁰ Con todo acierto, Cappelletti ha puesto de relieve cómo “subrayar la importancia de la motivación de las sentencias del Tribunal Constitucional significa igualmente acentuar su jurisdiccionalidad”³⁹¹ y, con ello, su legitimidad.

En efecto, el único medio por el que los tribunales constitucionales pueden justificar por qué cada una de las concretas decisiones que adoptan puede ser imputada directamente a la misma Constitución —ya que, de ser de otro modo, su decisión carecería de toda legitimidad— es la argumentación jurídica, pues, como subraya Schneider, “sólo cuando se produce la impresión de que los jueces han leído en la Constitución lo que no hay en ella, pierde una sentencia fuerza objetiva de convicción y aparece hacia el exterior como ‘políticamente’ motivada”.³⁹²

El único modo de evitarlo, y evitar también que el tribunal deje así de “hablar con una influyente voz” (“*with a powerful voice*”),³⁹³ es precisamente la más rigurosa motivación de los fallos ya que, como nos dice Hesse, “en última instancia la bondad de una sentencia depende de la objetividad, secuencia lógica y persuasividad de su ar-

³⁸⁹ Ni tampoco meros “destructores de leyes”, como se ha dicho en la doctrina alemana con un juego de palabras: *Gesetzvernichter*, como contraposición a *Gesetzgeber* (legislador, “dador” de leyes).

³⁹⁰ Weber, Albrecht, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 79.

³⁹¹ Cappelletti, Mauro, “Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, núm. 52, p. 863.

³⁹² Schneider, Johann-Peter, “Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional”, en López Pina, Antonio, ed., *División de poderes e interpretación...*, *cit.*, p. 75.

³⁹³ Rostow, Eugene, “The democratic character of judicial review”, *Harvard Law Review*, núm. 193, vol. 66, diciembre de 1952, p. 208. Hay traducción castellana mía en *Apuntes de derecho*, Lima, año I, núm. 1, octubre de 1996.

gumentación”.³⁹⁴ Sólo mediante la fundamentación profunda y persuasiva de sus fallos podrán los tribunales constitucionales obtener o adquirir una legitimidad que no tienen por otras vías, lo que es particularmente necesario si se tiene presente el ámbito sobre el que actúan los tribunales constitucionales y las consecuencias de gran calado político que pueden derivarse de sus decisiones.

Esto es lo que

exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como *principled* (como contrapuesto a la decisión de un *naked power organ*, un órgano de poder desnudo), justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad.[...] ³⁹⁵ Sólo así sus sentencias cumplirán la alta función de integración a que están llamadas, sólo así podrán ser aceptadas y obedecidas. En otro caso, si el Tribunal decidiese por resoluciones autoritarias no justificadas en la Constitución, si hiciese gala de un ‘imperialismo judicial’, pondría en riesgo al sistema entero.³⁹⁶

Como bien señala García de Enterría,³⁹⁷ resulta evidente que ni los Parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo, en definitiva, aceptarían jamás a un tribunal constitucional que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. El juez constitucional sólo tendrá autoridad, y la conservará, en cuanto pueda presentar sus resoluciones como verdaderas interpretaciones del texto fundamental, y pueda así imputar a éste sus decisiones particulares. Es, justamente, la enorme trascendencia de su función la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la Constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda en la que sólo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y el acierto.

³⁹⁴ Hesse, Konrad, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en *División de poderes e interpretación*, cit., p. 185.

³⁹⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., p. 234.

³⁹⁶ *Idem*, p. 237.

³⁹⁷ *Idem*, pp. 184-185.

Y esa fundamentación de las decisiones es tanto más necesaria cuanto menos clara sea, respecto del *texto* de la Constitución, la conclusión a que el tribunal llega y cuanto menos consenso exista al respecto en la opinión pública y en la doctrina jurídica. Se trata de hacer radicalmente falsa la apreciación conocida de Schmitt de que “su valor [el de una sentencia de un tribunal constitucional] no radica en una argumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí”.³⁹⁸

Justamente se trata, o al menos debe tratarse *tendencialmente*, de todo lo contrario a ese pretendido decisionismo: el tribunal no decide *autoritariamente, por su sola autoridad*, cual si de un legislador se tratara, sino con base en un método y a criterios jurídicos y sus decisiones no son soberanas —como sí lo son, dentro del marco constitucional, las del legislador— sino vinculadas, y vinculadas precisamente a la Constitución,³⁹⁹ a la que se imputan en último término todas sus decisiones. Y esa imputación al texto constitucional, esa utilización de la Constitución *como parámetro* en la labor de control de constitucionalidad de la ley debe aparecer clara a los ojos de las “clientelas” del tribunal y de toda la opinión pública en general pues, como nos dice Rostow respecto del Tribunal Supremo americano, “el Tribunal Supremo es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y los Jueces son inevitablemente profesores en un seminario vital nacional”.⁴⁰⁰

Pocas veces será tan evidente esa imputación al texto constitucional que no precise de explicación o justificación. Por el contrario, siempre habrá de explicitarse con el mayor detalle y claridad posibles, y con el menor oscurantismo imaginable, el proceso hermenéutico que lleva a una determinada decisión, si bien hay que coincidir con Hesse en que los resultados obtenidos por el proceso de interpretación constitucional no tienen

³⁹⁸ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 90-91.

³⁹⁹ Esta idea del texto de la Constitución como límite último de toda interpretación, por mayores que sean las dificultades naturales que existen para determinar “la compatibilidad o incompatibilidad de una interpretación con el texto”, puede verse en Hesse, Konrad, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit., p. 185.

⁴⁰⁰ Rostow, Eugene, “The democratic character...”, cit., p. 208.

el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada. Frente a la pretensión de una absoluta corrección imposible de demostrar y que con frecuencia ni siquiera la *ratio decidendi* hace patente, a través de la corrección relativa que implica reconocer el carácter limitado de su pretensión, pero que, sin embargo, dentro de dicha limitación, resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, parece conseguirse algo, y no por cierto un “quantum” de honestidad jurídica, sino también de —limitada— seguridad jurídica.⁴⁰¹

Y puesto que esa fundamentación resulta tanto más necesaria, como es natural, cuanto más novedosa o innovadora sea la interpretación, no es difícil comprender que la exigencia ordinaria de motivación y argumentación adquiera una especial intensidad en aquellos supuestos en que el tribunal se aparta de su propia doctrina anterior, de sus precedentes, mediante lo que llaman los norteamericanos la técnica del *overruling*. Estos cambios de doctrina son indispensables, ya que, de lo contrario, se condenaría al tribunal al ostracismo y se le impediría llevar a cabo su contribución capital a hacer de la Constitución un texto viviente. Pero estos cambios deben siempre hacerse —en términos de Rodríguez Bereijo en un voto particular a una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 222/1992, de 11 de diciembre)— “además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada”, ya que “si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata”, siendo por ello particularmente grave que “la sentencia que lo lleva a cabo (el cambio de doctrina) pretenda desconocerlo y, en consecuencia, omita toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional”, sino también de los criterios en que se fundamenta.⁴⁰²

⁴⁰¹ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional* (selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 48.

⁴⁰² Resulta del mayor interés la experiencia italiana sobre este punto que relata Bonifacio, Francesco P., “Las motivaciones tras de inflexiones o no alteración en los criterios interpretativos de la jurisprudencia constitucional”, en López Pina, Antonio (coord.), *División de poderes e interpretación...*, cit., p. 179.

Para finalizar, no podemos dejar de hacernos eco de un importante fenómeno, cual es el de la publicación en los más recientes y modernos sistemas de justicia constitucional, siguiendo, por lo demás, el precedente norteamericano, de los votos particulares,⁴⁰³ que —como Häberle ha puesto de relieve—,

utilizados prudentemente, son una pieza de la “apertura de la Constitución”, la cual desarrollan. Sirven a la apertura del proceso de interpretación constitucional en el transcurso del tiempo y podrían tener efectos pacificadores en la medida en que “superan” en el sentido hegeliano (es decir, conservan) la opinión de la parte vencida. También sirven para refutar la ideología de una decisión “unilateral”.⁴⁰⁴

Mediante estos votos particulares, uno o más magistrados de la *minoría* señalan y razonan profusamente por qué el tribunal debió haber llegado, a su juicio, a otra solución (votos particulares discrepantes) o al menos realizar una diferente interpretación, aunque el fallo fuera el mismo, de la norma constitucional (votos particulares concurrentes). Y esta saludable práctica de los votos particulares permite a estos tribunales en no pocas ocasiones preparar el camino para la rectificación en el futuro de sus propios criterios,⁴⁰⁵ conforme a la máxima —atribuida al juez Holmes, probablemente el más ilustre practicante de las “*dissenting opinions*” en los Estados Unidos de América— que dice que “los votos particulares de hoy son la jurisprudencia de mañana” y a la concepción de éstos como una apelación a generaciones futuras.

Al margen de ello, la mera posibilidad de cualquier ministro o grupo de ellos de formular y hacer públicos estos votos particulares propicia notablemente el debate y el consenso en el seno del tribunal y obliga a que las decisiones sean intensamente motivadas y persuasivamente argumentadas⁴⁰⁶ a fin de convencer a la opinión pública en general —y a

403 Entre una bibliografía poco abundante, en castellano, destacan dos libros: Ezquizaga Ganuzas, Francisco Javier, *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990 y Cámara Villar, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

404 Häberle, Peter, “El recurso de amparo...”, *cit.*, p. 236.

405 También los *obiter dicta* pueden ser, desde otra perspectiva, un cauce de preparación de la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, haciéndose así criticables anticipadamente. Häberle, Peter, “La sociedad abierta...”, *cit.*, p. 37, nota 72.

406 Esteban, Jorge de y Pedro J. González Trevijano, *Curso...*, *cit.*, p. 215. No obstante, cabría objetar que, en ocasiones, ese consenso se logra justamente a costa de omitir u oscurecer ciertos aspectos de la fundamentación.

las “clientelas” del Tribunal Constitucional en particular. Contribuyen asimismo estos votos particulares a evitar que el órgano de la constitucionalidad pueda extralimitarse en el ejercicio de su función.⁴⁰⁷

Por todo ello, es digno de alabanza que el artículo 7 LOPJ establezca: “Siempre que un ministro disintiere de la mayoría podrá formular voto particular, el cual se insertará al final de la ejecutoria respectiva si fuere presentado dentro de los cinco días siguientes a la fecha del acuerdo”. Estoy seguro de que de ahí se desprenderá una práctica positiva, en el sentido indicado.

3. La plena compatibilidad del método jurídico con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos

Aunque debiera resultar un tanto obvio, hay que empezar reconociendo —sin recato de ningún tipo— que los tribunales constitucionales, como el propio Tribunal Supremo norteamericano, deciden conflictos políticos. Ello es inevitable puesto que, como dijera Triepel ya en 1928, todo conflicto constitucional es siempre un conflicto político.⁴⁰⁸ Si algo ponen de relieve los doscientos años de funcionamiento del Tribunal Supremo norteamericano es, precisamente, que por sus salas han desfilarado, como nos recuerda Freund, la mayor parte de las fuerzas cuyo conflicto y resolución han constituido los temas de la historia norteamericana: desde la apertura de un continente y los antagonismos locales en

⁴⁰⁷ La experiencia de los diversos sistemas de justicia constitucional permite constatar, en efecto, cómo los votos particulares han sido una vía utilizada por uno o varios magistrados para denunciar lo que entendían una extralimitación de los poderes del tribunal (especialmente por invadir la esfera legislativa), lo que coloca al tribunal en una posición poco cómoda que tratará siempre de evitarse. Estos supuestos no pueden ser, como se comprenderá, demasiado habituales. Se admiten los votos particulares, en Europa, en España, Alemania, Polonia, Bulgaria, Eslovenia y Croacia; no se admiten, en cambio, en Francia ni en Italia, si bien en este último país la prohibición de hacer públicos los votos particulares (sobre cuyas desventajas ha existido un amplio debate doctrinal) ha sido en cierto modo eludida, por no decir burlada, por la práctica de lo que se ha dado en llamar “confesiones razonadas” de los magistrados disidentes en sus entrevistas o artículos.

⁴⁰⁸ “Verfassungstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten”. Triepel, Heinrich, “Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Verder Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 5, 1928, cit. por Carro Fernández Valmayor, José Luis, en su “Prólogo” a Heinrich Triepel, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1974, p. 22: “hemos de afirmar, sin embargo, inmediatamente que para nuestro autor la politicidad de los litigios constitucionales no está en modo alguno en contradicción con su tratamiento jurídico y, por consiguiente, también con su control por un Tribunal Constitucional”.

los transportes y el comercio, o la esclavitud y la guerra civil, hasta la discriminación racial o el derecho al proceso debido, pasando por la seguridad interior y el servicio militar, o la Iglesia y el Estado, la prensa libre y el orden público.⁴⁰⁹ De esta forma, puede concluirse, sin duda, que el Tribunal Supremo ha contribuido patentemente a “forjar”⁴¹⁰ la historia norteamericana y lo ha hecho justamente a partir de la resolución de conflictos políticos de gran importancia.

Así lo percibió y destacó ya Tocqueville, en unas palabras que no nos resistimos a reproducir:

se puede incluso decir que sus atribuciones son casi enteramente políticas, aunque su constitución sea enteramente judicial [...] Cuando el ujier de estrados, adelantándose en las gradas del Tribunal, llega a pronunciar estas palabras: “El Estado de Nueva York contra el de Ohio”, se siente que no se halla uno en el recinto de una corte de justicia ordinaria. Y cuando se piensa que uno de esos litigantes representa a un millón de hombres, y el otro a dos millones, se asusta uno de la responsabilidad que pesa sobre los siete jueces cuyo fallo va a regocijar o a entristecer a tan gran número de sus conciudadanos.⁴¹¹

Pero no basta con decir que los órganos de la constitucionalidad resuelven conflictos políticos, pues entonces faltaría “el rasgo sin el cual un retrato se convierte en caricatura”, sino que es ineludible precisar que lo característico es que lo hacen, que ponen fin a esos conflictos políticos, *conforme a derecho*, “con todos los requisitos y limitaciones que esto supone”.⁴¹² Quiere con ello decirse que no se trata en modo alguno, conforme a la conocida objeción de Schmitt, de una resolución de conflictos políticos con *forma* de sentencia judicial (*justizförmig*), pero con arreglo a criterios de naturaleza política, sino que lo característico es que no sólo el método, sino *también los criterios de fondo* utilizados por los órganos de constitucionalidad para resolver estos conflictos de indiscutible sustancia política, son criterios jurídicos,⁴¹³ estrictamente.

409 Freund, Paul A., “La Suprema Corte”, en *Diversos aspectos del derecho de Estados Unidos*, México, Letras, 1965, p. 74.

410 *Idem*, p. 85.

411 Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, cit., pp. 146-147.

412 Freund, Paul A., “La Suprema Corte”, cit., p. 75.

413 En palabras de un ex-presidente del Tribunal Constitucional español, “en el Tribunal no se debaten opciones políticas, se delibera sobre pretensiones jurídicas de las partes enfrentadas en un proceso constitucional, y aunque en el fondo de cada contienda planteada ante nosotros lata siempre

Como dice Gomes Canotilho, el problema no reside en si se hace política a través del control de la constitucionalidad, sino más bien en apreciar, de acuerdo con los parámetros jurídico-materiales de la Constitución, la constitucionalidad de la política. La jurisdicción constitucional tiene, en buena medida, como objeto apreciar la constitucionalidad de “lo político”, lo que no significa, obviamente, que se transforme en simple “jurisdicción política”, pues tiene que decidir siempre de acuerdo con los parámetros materiales fijados por las normas y principios constitucionales. Consecuentemente, sólo cuando existen parámetros jurídico-constitucionales para el comportamiento político, puede el Tribunal Constitucional apreciar la violación de esos parámetros.⁴¹⁴

Se comprende, por todo ello, que el poder confiado al Tribunal Supremo americano o a los tribunales constitucionales para anular las leyes es un verdadero poder político,⁴¹⁵ sin perjuicio de que el modo de ejercitarlo haya de ser el método jurídico. Es así fácilmente comprensible que la utilización de métodos y criterios de fondo jurídicos no empece en absoluto a la necesidad, imperiosa, de que el juez constitucional valore y tenga presentes en sus decisiones las consecuencias prácticas, políticas casi siempre, que puedan derivar de sus fallos y de una eventual declaración de inconstitucionalidad. Y es que como ha dicho Geiger en frase lapidaria que —en lo que al derecho constitucional se refiere— hacemos desde luego nuestra, “el Derecho y la política se pueden distinguir, pero no separar” (*Recht und Politik kann man unterscheiden, aber nicht trennen*)⁴¹⁶ o, como nos dice Häberle, “el derecho y la política, en el Estado constitucional democrático, no están uno frente al otro: son aspectos *parciales*, funciones parciales del conjunto de la *res pública*”;⁴¹⁷ “la con-

un problema político (la constitucionalidad de una norma legal, la titularidad de una competencia, el amparo de un derecho fundamental), nuestro único instrumento es la razón jurídica, como vehículo para interpretar la Constitución y para custodiar la permanente distinción entre la objetivación del Poder constituyente plasmado en la Constitución, y la actuación de los poderes constituidos”. Tomás y Valiente, Francisco, “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 1992”, en su libro recopilatorio *Escritos sobre y desde...*, cit., p. 228.

⁴¹⁴ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, cit., p. 1111.

⁴¹⁵ Como nos dice Landfried, respecto del Tribunal Constitucional alemán, “as long as the judges do not exceed their competences, judicial policy-making has to be accepted as part of the existence of judicial review”, Landfried, Christine, “The judicialization of politics...”, cit., p. 115.

⁴¹⁶ Geiger, Willi, “Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1985, p. 401.

⁴¹⁷ Häberle, Peter, “El recurso de amparo...”, cit., p. 240, quien añade: “Muchos hablan de ‘transgresiones de límites’ del TCFA en relación con lo político, pero hasta ahora nadie ofrece una

frontación entre derecho y política, entre la función jurisprudencial y la función política, la terminología de ‘derecho apolítico’ no puede continuar. Debemos buscar otros criterios para la descripción y valoración de las tareas —y los fallos— del Tribunal Constitucional”.⁴¹⁸ Y es que las modernas constituciones han construido, en efecto, un puente entre lo exclusivamente político y lo exclusivamente jurídico,⁴¹⁹ por lo que no sería posible, en modo alguno, “diseñar analíticamente una frontera entre derecho y política, un límite con dientes, con entradas, con salientes”.⁴²⁰ Ese límite es, simplemente, la Constitución, y siempre que quepa hacer una censura en nombre de la Constitución, el juez (constitucional) estará actuando dentro de su ámbito constitucional propio.

Ahora bien, la imprescindible⁴²¹ valoración de las consecuencias prácticas de las decisiones por un tribunal constitucional no significa, tal y como ha subrayado García Belaunde, que el control constitucional deba tener siempre como meta

los resultados y obrar en función de éstos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución.⁴²²

clara separación entre derecho y política. Esto no puede sorprender: precisamente no se puede encontrar” y sólo desde una perspectiva cuantitativa, no cualitativa, puede diferenciarse el modo en que un Tribunal Constitucional ejerce política frente al legislador”. Esto es opinión común en la doctrina alemana; puede también verse, por ejemplo, Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 849, quien reconoce sin empacho que el Tribunal Constitucional hace una verdadera política de derechos fundamentales.

⁴¹⁸ Häberle, Peter, “Verfassungsgerichtbarkeit als...”, *cit.*, pp. 59-60.

⁴¹⁹ “Zwischen dem Nur-Politischen und dem Nur-Rechtlichen haben zwar die modernen Verfassungen eine Brücke dadurch geschlagen”. Zweigert, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und kritische...”, *cit.*, 1976, t. I, p. 72.

⁴²⁰ García de Enterría, Eduardo, “Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1989, núm. 89, p. 15.

⁴²¹ “Un papel asimismo esencial desempeña en la sentencia —y ello pertenece al acervo de criterios al que se acuerda unánimemente validez— la consideración de sus efectos. En cada caso es necesario analizar las consecuencias de una decisión y hacerse una idea lo más clara posible acerca de qué peso puedan tener en la decisión. Eso es lo que cabe decir acerca de la interpretación por el Tribunal. No es mucho; la lectura atenta de las decisiones permite apreciar una serie de puntos de vista y factores no reducibles a un código o catálogo”. Hesse, Konrad, “El texto constitucional como límite ...”, *cit.*, p. 185.

⁴²² García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 32.

Zagrebel'sky ha puesto de relieve cómo el tribunal constitucional ha de ejercer una estricta "ética de la responsabilidad", hasta el punto de negarse a tomar decisiones que defraudan las expectativas [sociales y políticas] o parecen débilmente fundadas, con tal de no crear dificultades al sistema constitucional en su conjunto y al proceso de integración política, al funcionamiento de los órganos públicos en general, al equilibrio del sistema económico, al errático orden impuesto por el poder "privado" en la sociedad. Se podría aquí deducir una nueva regla general que condiciona las categorizaciones de sentido y de valor de los casos por parte del tribunal constitucional: su función no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-constitucional, económico y social, sino la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar el proceso político.⁴²³

No obstante, la valoración necesaria de las consecuencias, de todo orden, de las decisiones constitucionales, no ha de llevar a una jurisprudencia constitucional consecuencialista sin más, que obre sólo en función de las consecuencias o efectos previsibles de sus decisiones, sino sólo a la valoración "responsable" de esos efectos en todo proceso hermenéutico constitucional.⁴²⁴ Expresado de otro modo, "un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario y que debe tener siempre el sistema implantado por la norma suprema como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones".⁴²⁵

⁴²³ Zagrebel'sky, Gustavo, "La Corte Constitucional y la interpretación...", en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit., p. 177.

⁴²⁴ Por lo demás, la valoración de las consecuencias o efectos de sus decisiones es labor cotidiana de todos los tribunales constitucionales, que dictan siempre resoluciones que no encuentran explicación plausible si no es atendiendo precisamente a esa estimación previa de los efectos, por más discutible que pueda parecer en cada caso concreto. Es también cierto que el operador jurídico, o la doctrina jurídico-constitucional, raramente va a encontrar en la propia decisión una explicitación de esas valoraciones salvo, en el mejor de los casos, alguna referencia sumaria, lo que Zagrebel'sky ["La Corte Constitucional y la interpretación...", en López Pina, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit., p. 177.] juzga no sólo paradójico sino también "una laguna grave".

⁴²⁵ Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en...*, cit., p. 79.

Conviene también precisar que tal y como puso de relieve un antiguo rector de Tübingen,⁴²⁶ la situación de intereses que, en relación al principio *summum ius, summa iniuria*, se le plantea al juez constitucional es, en muchas ocasiones, justamente inversa a la que se plantea al juez ordinario: no se trata de optar por una justicia individual frente a la ley, sino entre una ley que satisface la justicia individual pero que amenaza en sus consecuencias con afectar a los valores generales.

Esto es particularmente cierto en relación a las sentencias, como las dictadas como consecuencia de la interposición de una acción de inconstitucionalidad, que se pronuncian sobre la constitucionalidad de una ley y están dotadas de obligatoriedad general. Estas sentencias pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando estas sentencias son “políticamente inexactas o falsas” (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera. Por ello, el juez constitucional, en una medida cualitativamente mayor que un juez ordinario, no puede perder de vista las consecuencias, políticas muy frecuentemente, de sus resoluciones.⁴²⁷

Entiende Bachof que

allí donde la aplicación estricta de un precepto legal —y especialmente un precepto de forma— amenace conducir a un resultado dañoso para el bien colectivo, debe probarse en primer lugar el camino de una interpretación sistemática, para ver si se encuentran dentro del ordenamiento otras normas de rango o valor superior a través de cuya aplicación ese resultado dañoso se excluya. Esto parece una precisión trivial, pues todo juez debe, evidentemente, valorar las leyes a aplicar y su situación con relación a las otras normas —sean o no de rango superior—. Pero la situación para el juez constitucional es en este punto algo especial, porque para él muchas de las reglas a aplicar no se encuentran en una formulación perfecta y practicable desde el punto de vista de la técnica jurídica, sino que deben

⁴²⁶ Nos estamos refiriendo a Bachof, Otto, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, en Häberle, Peter (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 285 y ss. Hay traducción castellana en México, con la que no he podido hacerme. No manejo el texto original, sino que sigo la traducción fragmentaria del profesor García de Enterría (*La Constitución como norma...*, cit., pp. 179 ss.), quien por cierto lo considera un “bello trabajo” de Bachof, formado por páginas “suficientemente expresivas por sí mismas para que necesiten glosa alguna”. A este mismo tema se refiere también Wright, B.F., *The Growth of American Constitutional Law*, New York, 1946, p. 249.

⁴²⁷ Bachof, Otto, “Der Verfassungsrichter...”, cit., p. 287. Véase también Giustino D’Orazio, “Aspectos y problemas...”, cit., p. 65.

desarrollarse a través de los principios jurídicos fundamentales o del complejo relacional conjunto de la Constitución [...] Ciertamente, un resultado poco satisfactorio de una decisión constitucional da lugar, en cierta medida, a que el juez constitucional busque reglas correctoras o a que desarrolle o profundice la primera. Pero el juez constitucional ni puede ni debe tratar de llegar a una construcción jurídica más o menos consistente partiendo de un resultado preconcebido [...] El juez constitucional puede y debe enjuiciar —con la mirada fija en los efectos de su decisión— si allí donde el *summum ius* parece conducir a la *summa iniuria* no se trata en verdad solamente de una investigación del *ius* cuya indagación adecuada y completa debe conducir a una corrección de los resultados “injustos”, “dañosos para el bien común”, “falsos políticamente”. No fuera, sino dentro del ordenamiento jurídico debe buscarse la ayuda.⁴²⁸

Termina Bachof señalando que

esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta [el juez constitucional] en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias a descubrir el Derecho “justo” y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado. En ese sentido, existe, sin duda, un cierto influjo de las repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretación jurídica. Pero aquí está a la vez el *límite* para la toma en cuenta de tales consideraciones. Contra el Derecho, el juez no puede decidir jamás [...] El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestos por la Constitución pre o superconstitucionales; en todo caso, sólo sobre el parámetro de un *Derecho* de rango superior. Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una ley sólo por las consecuencias políticas implicadas en ella [...] Hacer esto no es sólo facultad suya, sino también su deber; su doble función como Tribunal y como órgano constitucional se hace clara precisamente aquí y aquí debe confirmarse. En caso de conflicto entre el derecho y la política el juez sólo está vinculado al *Derecho*. Sin embargo, puede esperar del legislador que este conflicto le sea en lo posible evitado, no en atención a él, sino en atención al Derecho.

428 Bachof, Otto, “Der Verfassungsrichter...”, *cit.*, pp. 290-292.

4. *La posición preferencial (preferred position) de los derechos fundamentales en la función de control constitucional* ⁴²⁹

Como nos dice el que fuera presidente del Tribunal Constitucional alemán, Zeidler, a propósito justamente del parámetro del control de la constitucionalidad, la Constitución no puede ser considerada solamente como la suma de ciertas garantías jurídicas y disposiciones institucionales, sino que también hay que considerarla como una unidad, como un sistema de valores determinados, y muy especialmente como norma garantizadora de los derechos fundamentales,⁴³⁰ que han de jugar un papel especial como “criterio de referencia” (o parámetro) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las normas: son en concreto, “el punto de referencia más importante”⁴³¹ para el control de la constitucionalidad.

En dirección análoga, otro expresidente de un Tribunal Constitucional (el italiano, esta vez), ha subrayado cómo “*le costituzioni delle democrazie pluralistiche dei nostri giorni sono, nella loro essenza, ‘costituzioni di valori’*” y, en particular, Constituciones de derechos fundamentales. La tutela de estos últimos constituye “*il senso profondo della giustizia costituzionale*”, que es hoy esencialmente una jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales. De ello resulta una consecuencia de extraordinaria importancia para nosotros ahora mismo, y es que tales derechos fundamentales “sono anche *parametri fondamentali* della legittimità dello svolgimento dei poteri pubblici e, in particolare, *dell’azione legislativa del parlamento*”⁴³² (subrayado mío).

El motivo que subyace a esta hipervaloración en Europa de las normas constitucionales iusfundamentales como criterio de enjuiciamiento material de las normas constitucionales es la recepción del modelo norteamericano de Constitución. Esta concepción no es otra que la de la Cons-

⁴²⁹ Sobre otros principios hermenéuticos especiales en materia de derechos fundamentales, puede verse Horst Ehmke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, en su libro recopilatorio *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, con prólogo de Häberle, Peter, Athenäum, Königstein, 1981, pp. 354 y ss.

⁴³⁰ Zeidler, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, III, 1987, pp. 40 y ss.

⁴³¹ Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, cit., p. 32.

⁴³² Baldassarre, Antonio, “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato”, texto mecanografiado inédito de su conferencia pronunciada el 18 de septiembre de 1996, en Santiago de Compostela, en el marco de las IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, tituladas *Parlamento y Justicia Constitucional*, y patrocinadas por el Parlamento de Galicia y la Fundación Caixa Galicia. Las citas se encuentran en las pp. 8 y 14.

titución como una verdadera norma, no un simple programa y una norma, además, que no se limita a establecer unas reglas procedimentales de juego,⁴³³ sino que, lejos de ello, junto a esas reglas de mero procedimiento, realiza una regulación material por la que se trata de garantizar a todos los ciudadanos un ámbito básico de libertad, constituido por los derechos fundamentales, que se conciben como núcleo de la Constitución⁴³⁴ y además, por ello mismo, no se les concibe sólo como derechos subjetivos, sino también como principios objetivos del ordenamiento constitucional.⁴³⁵

Esto lleva, entre otras muchas consecuencias,⁴³⁶ a que la protección o tutela de esos derechos fundamentales constituya el eje central sobre

⁴³³ Este contenido material o profundamente valorativo, y no meramente procedimental, de las Constituciones contemporáneas choca con la función que tiene el Tribunal Constitucional en la originaria concepción kelseniana pues para Kelsen la Constitución es ante todo una norma organizativa cuya misión principal consiste en regular la producción de normas generales, pero sin expresiones valorativas o sustanciales vagas que obliguen al intérprete a trabajar con valores e intereses, que son el vehículo de la subjetividad y la ideología. Hay, así pues, en Kelsen una “repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley”. Rubio Llorente, Francisco “Sobre la relación...”, *cit.*, p. 467. Aparte ya, claro está, del contraste profundo que hay entre la concepción, hoy impuesta, de la Constitución como verdadera norma jurídica, y la Constitución como mero programa en todas aquellas disposiciones no orgánicas, concepción tradicional de toda nuestra historia constitucional decimonónica.

⁴³⁴ En el caso de la Constitución española ello se manifiesta, entre otras circunstancias: a) en la protección específica de tales derechos por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, a través de un procedimiento preferente y sumario ante todos los tribunales ordinarios; b) en la exigencia de que el desarrollo directo de tales derechos se haga por Ley Orgánica (que exige una mayoría reforzada), lo que es una garantía de los derechos fundamentales frente al mismo legislador; c) en la exigencia constitucional de que el legislador, al regular los derechos fundamentales, respete en todo caso su “contenido esencial”; d) y también en la disposición constitucional que establece un procedimiento superagravado de reforma cuando se refiera a las disposiciones relativas a los derechos fundamentales.

⁴³⁵ Idea ésta que, en Europa, sólo en este siglo se impone, por más que pertenezca, como nos dice Hesse, “desde el comienzo a la tradición de los derechos del hombre”. Hesse, Konrad, “Bedeutung der Grundrechte”, en el colectivo Benda, Ernst, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (coord.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1994, pp. 135 y ss.

⁴³⁶ En la doctrina y jurisprudencia alemanas, y por influjo de éstas, en la de otros países europeos (como España), se reconoce la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales, de lo que se han deducido muy importantes consecuencias, como puedan ser la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros —bien que sea una influencia indirecta (*mittelbare Drittwirkung*)— o su influjo en la interpretación del derecho privado. Véase Schwabe, J., *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977, pp. 286 y ss. Cfr. BVerfGE 7, 198 (203 ss.) y BVerfGE 39, 1 (41). Según esta última: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”. Esta jurisprudencia se inicia con la “Lüth-Urteil” (BVerfGE 7, 198),

el que gire toda la jurisdicción constitucional, no ya sólo a través de mecanismos específicos de tutela de esos derechos (como pueda ser el amparo español y latinoamericano o la *Verfassungsbeschwerde* alemana), sino también —y esto es lo que ahora importa— por medio del control normativo (concreto y abstracto) de la constitucionalidad.

En efecto, los derechos fundamentales han de ser, en los procesos de control de la constitucionalidad, el criterio fundamental de referencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, y ello no sólo en términos cuantitativos, como, efectiva e inevitablemente, ocurre en todos los países con Tribunal Constitucional, sino también, y sobre todo, en términos cualitativos. Por expresarlo en términos de la jurisprudencia norteamericana: cuando, al enjuiciar la conformidad de una determinada ley a la Constitución, el juicio de contraste se hace entre dicha ley y una norma constitucional referida a un derecho fundamental, la ley, en tal caso, *is to be subjected to more exacting judicial scrutiny*,⁴³⁷ tiene que estar sujeta a la modalidad más rigurosa de control de la constitucionalidad, es decir, al *strict scrutiny* (frente al *ordinary* o *minimum* y el *intermediate scrutiny*) que hace que la normal presunción de constitucionalidad de las leyes⁴³⁸ tenga en este ámbito un juego mucho más limitado o, más exactamente, llegue a producirse una inversión de esa presunción, de manera tal que la ley sólo será constitucional cuando se demuestre que

en la que se reconoce eficacia *inter privatos* a la libertad de prensa con respecto a un boicot por una gran editorial de un periódico. En la decisión pionera sobre el derecho al matrimonio (BVerfE 6, 55) se lee: “el artículo 6.1 GG no es sólo ‘derecho fundamental clásico’ para la protección de la específica esfera privada del matrimonio y de la familia así como una garantía institucional, sino que por encima de ello es una norma fundamental, es decir, una decisión valorativa vinculante para todo el derecho público y privado que afecte al ámbito del matrimonio y de la familia”. Cito esta última por Häberle, Peter, “El recurso de amparo...”, *cit.*, p. 34. Ver también BVerfE. 25, 256 (263 y ss).

⁴³⁷ Cfr. la nota a pie de página núm. 4 de la Opinión del *Justice Stone* en *United States v. Carolene Products* (1983); Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1987, pp. 178-179 y 327-328. En Francia, “le Conseil Constitutionnel a donné toute leur portée aux principes qu’il a dégagés en matière de libertés par la grande rigueur dont il a fait preuve dans l’appréciation des dispositions législatives d’y porter atteinte”. Stirn, Bernard, *Les libertés en questions*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 62.

⁴³⁸ Dice Aubert que lo que permite hablar de presunción de constitucionalidad en los sistemas jurídicos angloamericanos y semejantes es el hecho de que “las condiciones de la constitucionalidad de una ley [restrictiva de los derechos fundamentales], a saber, la legalidad de sus fines, la proporcionalidad de sus medios, la pertinencia de sus criterios, son tratados como puntos de hecho, mientras que en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental se ha considerado que las condiciones de la constitucionalidad de la ley son puntos de derecho, que no son objeto ni de presunciones ni de pruebas, sino que el juez debe establecerlo de oficio. Aubert, Jean François, “Limitation des droits de l’homme: le rôle respectif du législateurs et des tribunaux”, en Armand de Mestral (ed.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Québec, Yvon Blais, 1986, p. 213.

la medida restrictiva del derecho fundamental es la alternativa menos restrictiva posible para evitar un “peligro claro e inminente”.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una conocida sentencia,⁴³⁹ al referirse al control de los pronósticos del legislador (apreciación de datos no jurídicos en general, ya sean de carácter físico, económico o social: la evaluación de un riesgo para un bien o valor constitucional, por ejemplo), distingue entre un “control de evidencia”, un “control de admisibilidad” y un “control material intensificado”, haciéndose así depender la “prerrogativa de evaluación del legislador”, y con ello la competencia de control del Tribunal, entre otras cosas, de la “importancia de los bienes jurídicos que están en juego”.⁴⁴⁰ Esta solución ha sido aplaudida por la doctrina, subrayándose que ésta es, efectivamente, la dirección a seguir para resolver el problema del alcance o ámbito del control de constitucionalidad, solución que ha de ser, necesariamente, “una solución diferenciada”.

Y en cuanto a la objeción de que el Tribunal Constitucional pueda así exceder el campo de sus competencias e invadir el ámbito del legislador, nos dice Alexy:

El punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de deberes y de la competencia del legislador, intervenga necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento inconstitucional de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador [por amplios

439 BverfGE 50, 290 (333). Véase Bothe, Michael, “Limitation des droits de l’homme - Le rôle respectif du législateur et des tribunaux en République Fédérale d’Allemagne”, en el colectivo Armand de Mestral (ed.), *The limitation of Human Rights...*, cit., pp. 146 y ss.

Por lo demás, en Austria Ermacora señala cómo el número de leyes anuladas por el Tribunal Constitucional por violar un derecho fundamental “parece exagerado”, “teniendo presente el estilo circunspecto del Tribunal Constitucional austriaco respecto del legislador”, lo cual parece orientarse en el sentido de un control intensificado de la constitucionalidad en materia de derechos fundamentales. Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, cit., p. 527.

440 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 527. La *retenue* judicial es mayor en lo que se refiere a la elección de los fines que por lo que concierne a los medios y, en todo caso, si el tribunal acepta un pronóstico del legislador, éste tiene en contrapartida una obligación de corregir la legislación si el pronóstico resulta erróneo.

que sean los términos de ese reconocimiento] y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución.

Este criterio del mayor valor de las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales, que —con las peculiaridades precisas— habrá de jugar también en México un importante papel en el desarrollo de los procesos de control abstracto de la constitucionalidad, no sólo no es en modo alguno extraño al derecho constitucional mexicano, sino que se enmarca a la perfección en la larga tradición existente en México de una sensibilidad jurídica particularmente intensa hacia la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y se adapta al concepto de Constitución vigente en México ya antes incluso que en Europa.

Por otra parte, de la posición preferencial (*preferred position*), o “mayor valor”, de los derechos fundamentales ha de resultar, asimismo, no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen —lo que resulta obvio—, “sino también la necesidad de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido”,⁴⁴¹ de forma que en caso de duda prevalezca siempre la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental (principio *favor libertatis*).

Este criterio es importante para cualquier juez o tribunal, pero particularmente lo es para el órgano de la constitucionalidad en lo que al control normativo se refiere, dado que dicho órgano está, en esos casos, llamado ineludiblemente no sólo a determinar si una ley es o no constitucional, sino también a actuar como “intérprete supremo de la Constitución”.⁴⁴² El criterio puede tener una especial relevancia en relación a las normas penales,⁴⁴³ penitenciarias y, en general, restrictivas de derechos,

⁴⁴¹ STC 66/1985, FJ 2o.

⁴⁴² La ley española así lo proclama expresamente en su mismo frontispicio. Pero nadie lo discute en ningún país donde funciona regularmente un Tribunal Constitucional. Ese carácter de intérprete supremo de la Constitución es patente en México: ante todo por las competencias que en esta materia le atribuye la Constitución, pero también por lo que establece, con toda claridad, la LR105 en su artículo 43. A todo ello nos referiremos más adelante.

⁴⁴³ Por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha considerado que la interpretación más favorable de las libertades informativas del artículo 20 CE genera unos precisos efectos sobre las normas penales limitadoras de las mismas, que se concretan en el criterio de que el derecho de un

llevando justamente a una interpretación restrictiva de las restricciones,⁴⁴⁴ valga la redundancia.

Ahora bien, el principio *favor libertatis* presupone la existencia de alguna *res dubia*, esto es, de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales, pues de lo contrario no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y un alcance que las propias leyes no consienten.⁴⁴⁵ Este principio hermenéutico del *favor libertatis* es, como tal, no un simple dogma o teoría, sino un principio que ha encontrado en la jurisprudencia constitucional de los diversos países muchas implicaciones prácticas, por más que haya podido recibir ciertas críticas de algún sector doctrinal.⁴⁴⁶

profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir significado penal. *Cfr.* STC 159/1986, de 12 de diciembre, FJ 8). Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 225.

⁴⁴⁴ Véase BVerfGE 7, 198, 209.

⁴⁴⁵ Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica...”, *cit.*, p. 224. Un trabajo básico es el de Schneider, Peter, “In dubio pro libertate”, en el colectivo *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, t. II, pp. 263 ss.; en Argentina, véase Bidart Campos, Germán, *Teoría general...*, *cit.*, p. 398.

⁴⁴⁶ Ya tempranamente, Pestalozza, Christian, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, t. 2, núm. 4, 1963, pp. 425 y ss.

Capítulo quinto

EL PROCESO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. Etapas procedimentales.....	203
1. Demanda. Especial referencia al plazo de interposición....	203
2. Incoación del proceso, alegatos y pruebas.....	209
3. Acumulación y conexidad	211
4. Incidentes.....	212
5. Recurso frente a las resoluciones de improcedencia o sobreseimiento	213
II. Efectos de la admisión de la acción	213
III. La sentencia sobre el fondo.....	217
1. Quórum y mayoría exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley.....	217
2. Contenido formal de la sentencia. Publicación	224
3. Efectos de la sentencia: sentencias estimatorias y desestimatorias. El valor de la cosa juzgada.....	225
4. El desarrollo por las jurisdicciones constitucionales de una rica variedad tipológica de sentencias. Especial referencia a las sentencias interpretativas y a las sentencias de inconstitucionalidad parcial.....	233
A. El principio de interpretación conforme a la Constitución y las denominadas sentencias (desestimatorias) interpretativas: su derivación lógica de la presunción de constitucionalidad de las leyes	234
B. Las sentencias de inconstitucionalidad parcial	238
5. La ejecución de la sentencia	239

IV. La terminación anormal del proceso.....	241
---	-----

CAPÍTULO QUINTO

EL PROCESO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. ETAPAS PROCEDIMENTALES

Vamos a distinguir las siguientes etapas procedimentales: 1. Demanda. Especial referencia al plazo de interposición; 2. Incoación del procedimiento, alegatos y pruebas; 3. Acumulación y conexidad; 4. Incidentes; y 5. Recurso frente a las resoluciones de improcedencia y sobreseimiento. A la sentencia que resuelve sobre el fondo, como forma de terminación normal del proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad, así como a las formas de terminación anormal del proceso, y a los efectos de la admisión de la acción dedicaremos, sin embargo, dada su relevancia, un estudio separado en los sucesivos apartados de este capítulo.

1. Demanda. Especial referencia al plazo de interposición

El proceso se inicia con la presentación del escrito de demanda (artículo 24 LR105), que habrá de contener los siguientes datos o elementos (artículo 61 LR105):

a) los nombres y firmas de los promoventes. De ello se deduce que, en el caso de las minorías parlamentarias, se requerirán los nombres y firmas de al menos el 33 por ciento “de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos” (artículo 62 LR105), no bastando la firma del (pretendido) representante y aparece aconsejable, cuando menos, que el oficial o secretario del correspondiente órgano legislativo acredite la pertenencia al mismo de los promoventes;

b) los órganos legislativos y ejecutivo que hubieren emitido y promulgado las normas generales impugnadas;

c) la norma general cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se hubiere publicado;

d) los preceptos constitucionales que se estimen violados;

e) los conceptos de invalidez, esto es, la fundamentación de la pretensión de invalidación de la norma en cuestión. Con todo, debe señalarse que el artículo 71 establece que, al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir “los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados, y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda”, pudiendo por lo demás fundar su declaratoria de inconstitucionalidad “en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial”,⁴⁴⁷ con la única excepción de las leyes electorales, pues en relación a ellas las sentencias “sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial”. Ello no es más que una manifestación del aforismo *iura novit curia*, regla que es en realidad inherente a la función de juzgar: el juez aplica el derecho, no tanto por invocación de las partes cuanto por razón de oficio.⁴⁴⁸

Ahora bien, el escrito de demanda, por el que se interpone la acción de inconstitucionalidad frente a una norma general por un órgano legitimado, ha de presentarse dentro del plazo que taxativamente establece la ley, y que constituye acaso uno de los elementos de importancia más sobresaliente del procedimiento en el caso mexicano pues, al igual que ocurre en el derecho constitucional español, se prevé efectivamente un plazo muy breve, de treinta días naturales (en el caso español, el triple: tres meses), para la interposición de la acción de inconstitucionalidad.⁴⁴⁹ En relación al plazo, es preciso aludir al menos a seis aspectos:

a) En primer lugar, debe destacarse que la previsión de un plazo tan corto dificulta u obstaculiza, de manera considerable, la utilización de esta vía y no sólo eso, sino que además se potencia el que, de manera

⁴⁴⁷ De modo análogo, en España, el artículo 39 LOTC establece que “el Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso”.

⁴⁴⁸ El artículo 39.2 LTOC establece también, en España, que “el Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso”, prescripción que el Tribunal Constitucional ha entendido que exige, en todo caso, “algún género de conexión entre la cuestión planteada y esos distintos preceptos constitucionales” (ATC 1393/1987, de 9 de diciembre).

⁴⁴⁹ La primera Ley que introducía un control de la constitucionalidad (previo, competencial y sólo de leyes de los *Länder*) en Austria, de 14 de marzo de 1918, preveía asimismo un plazo de sólo 14 días para su impugnación por el gobierno del Estado ante el *Verfassungsgerichtshof*.

casi inevitable, se convierta en una prolongación en sede jurisdiccional de las divergencias más enconadas entre la mayoría parlamentaria y la oposición, como parecería acreditar, en principio, el caso español. Es lo cierto, sin embargo, que ello tiene lugar no sólo en España, sino también en otros países en los que no se establece, al menos *de iure*, plazo alguno para la interposición de la acción, como es el caso paradigmático de Alemania. Se trata, así pues, más bien de una circunstancia ligada de manera casi inescindible al control abstracto de la constitucionalidad, sin que en ello influya significativamente la brevedad del plazo.

b) En segundo lugar, es un plazo demasiado breve. Arteaga ha señalado un doble orden de razones que hacen que se trate de una brevedad excesiva:

1) Por una parte, se trata de un plazo perentorio para detectar un vicio de inconstitucionalidad cuando no es notorio, pues si el vicio es “burdo y evidente”, seguramente será detectado en el momento en que se presenta la iniciativa respectiva, en cuyo caso “no llega a tener el carácter de ley”. Lo verdaderamente grave viene referido a los vicios que no son tan claros pues “la inconstitucionalidad de algunas leyes se ha venido a detectar muchos años después de su entrada en vigor”⁴⁵⁰ y, en tales supuestos, la acción de inconstitucionalidad no podría ya ser ejercitada una vez transcurridos los treinta días establecidos para su ejercicio.

2) Por otra parte, es un plazo demasiado breve atendiendo al hecho de que

las leyes se publican, por lo general, en los últimos días de los periodos de sesiones, cuando está próxima la clausura de ellas, cuando los miembros del cuerpo colegiado están a punto de marchar a sus distritos, salvo el caso de los miembros de la asamblea de representantes; si se cuenta con el plazo de treinta días naturales para formular la solicitud, el plazo vencerá cuando el órgano se halle en receso y, por lo mismo, cuando es difícil reunir el número de voluntades suficientes para hacerlo.⁴⁵¹

No creo, con todo, que sean esas razones las fundamentales para considerar excesivamente breve el plazo constitucionalmente previsto para el ejercicio de la acción, pues dicho plazo ni impide la apreciación por los órganos legitimados de vicios que no sean evidentes, en modo alguno,

⁴⁵⁰ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional...*, cit., p. 59.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 61.

ni tampoco es un obstáculo serio para reunir las firmas requeridas en caso de ejercicio de la acción parlamentaria con los avances técnicos hoy disponibles.⁴⁵²

Si resulta excesivamente breve el plazo es más bien por la razón que señala Carpizo:

Realizar un estudio constitucional serio y profundo bien puede necesitar un plazo mayor y que también probablemente, antes de ejercitar la acción, sea conveniente escuchar opiniones y el debate, en su caso, de los principales constitucionalistas del país. Me inclino por la norma española: el plazo debe ser de tres meses o incluso de cuatro.⁴⁵³

A estas razones en favor de un plazo más largo cabría añadir, a mi juicio, la de la necesidad de sopesar “en frío” las ventajas e inconvenientes que podrían derivarse del ejercicio de la acción. Cabría pensar, por ello, como más aconsejable, en un plazo no sólo más dilatado (de tres o cuatro meses al menos), sino también más flexible,⁴⁵⁴ susceptible de prórroga, a fin de que el legitimado que interponga la acción pueda fundamentar con un mínimo rigor su impugnación, así como reflexionar debidamente sobre la misma; y sería igualmente recomendable suprimir el plazo cuando quien ejercite la acción sea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a la que habría de atribuirse legitimación.

c) Desde otra perspectiva, y en tercer lugar, debe señalarse que la opción por un plazo tan fugaz no puede ser valorada, obviamente, como una primacía absoluta de la seguridad jurídica sobre la justicia,⁴⁵⁵ por

⁴⁵² Fix-Fierro, Héctor, “La Reforma judicial de 1994 y...”, *cit.*, p. 123.

⁴⁵³ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, p. 836. Por otra parte, como ya hemos señalado con anterioridad, en caso de que se ampliase la legitimación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre en España con relación al Defensor del Pueblo, el ejercicio por aquélla de la acción no debería estar sujeto a plazo alguno o, en todo caso, a uno superior al año, lo que quizás permitiría desplegar toda su virtualidad a una legitimación de ese tipo.

⁴⁵⁴ El artículo 19.VII prevé la causal de improcedencia para el supuesto de que “la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21”.

⁴⁵⁵ Tampoco se produce tal primacía formal de la seguridad jurídica sobre la justicia en el caso español, si bien la vía por la que ello resulta imposibilitado es distinta, ya que no es el amparo sino la cuestión de inconstitucionalidad, que no está sujeta a plazo, la que continúa abierta para controlar la constitucionalidad de las leyes, incluso en la hipótesis de que se hubiera interpuesto en plazo recurso (directo) de inconstitucionalidad y hubiera sido desestimado (y ello pese a la dicción en contrario de los artículos 29.2 y 38.2 LOTC, preceptos que si bien el Tribunal Constitucional no ha declarado formalmente inconstitucionales, sí los ha ignorado ya desde una de sus primeras sentencias, la de 2 de febrero de 1981, como no podía ser de otra forma).

cuanto que ha de ser comprendida en su contexto global, y ese contexto nos indica que, aún después de transcurrido ese plazo de treinta días, es posible en todo momento lograr, por vía de amparo, la inaplicación de la norma inconstitucional al caso concreto, con la única excepción de las leyes electorales, además de que puede resultar igualmente posible el control de constitucionalidad con efectos generales por medio de las controversias constitucionales.

d) Es por ello estrictamente necesario, en cuarto lugar, para la exacta valoración de esta sujeción del ejercicio de la acción a un plazo tan breve, insertar este mecanismo en el sistema mexicano de justicia constitucional. Y, en este punto, hay que precisar que, incluso después de transcurrido el plazo, subsiste el control de constitucionalidad a través de la vía de amparo contra leyes.⁴⁵⁶ Ello nos lleva a pensar que la acción de inconstitucionalidad parece estar pensada más bien, en un sistema como el mexicano,⁴⁵⁷ para controlar la constitucionalidad de una ley justamente en aquellos supuestos en que el eventual vicio de inconstitucionalidad se detecta en el proceso legislativo correspondiente, y la realidad del vicio (su existencia) no se logra hacer valer, en dicho proceso, por parte de una fuerza o conjunto de fuerzas políticas minoritarias⁴⁵⁸ o bien, en hipótesis más bien rara, se detecta ese vicio al poco tiempo de aprobarse la norma también por una fuerza parlamentaria insuficiente para derogar la ley. Cuando la detección del vicio no se produce inmediatamente o, en todo caso, si no se plantea en plazo a la Suprema Corte la duda sobre su constitucionalidad por parte de quien está legitimado para ello, la única vía que resta para el control de la conformidad a la Constitución es la vía de amparo.

La configuración de la vía iniciada por la acción de inconstitucionalidad como una vía inmediata a la aprobación de la ley no parece en modo alguno injustificada, pues de este modo se posibilita el conocimiento *inmediato* por la Suprema Corte de los posibles vicios de incons-

⁴⁵⁶ Un interesante estudio comparativo entre la acción de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes puede verse en Elizondo Gasperín, María Macarita, "Acciones de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes", trabajo inédito.

⁴⁵⁷ Nos referimos ahora a la legitimación de las minorías parlamentarias, pero también están legitimados los partidos políticos respecto de las leyes electorales, y el procurador general de la República respecto de todo tipo de leyes, federales o locales, y tratados internacionales.

⁴⁵⁸ Si se admitiese su existencia por la fuerza parlamentaria mayoritaria, no tendría ya ningún sentido acudir a la vía de la acción de inconstitucionalidad, pues bastaría con modificar la ley en el sentido pertinente para hacerla constitucional. La acción es siempre un mecanismo de protección de las minorías.

titucionalidad más patentes, así como —y quizás sobre todo— de la mayor parte de las regulaciones que provoquen un debate más enconado entre las fuerzas políticas. Y, al mismo tiempo, se deja abierta una vía —el amparo— para el control de los vicios que puedan ser detectados no de manera inmediata a la aprobación de la norma, sino únicamente cuando ha transcurrido un cierto tiempo desde la misma y en relación a su aplicación en casos concretos, o incluso cuando, por las razones que sean, aun detectado en plazo el posible vicio, no se ejercita la acción de inconstitucionalidad por ninguno de los legitimados para ello.

De esta forma, se sustraen del conocimiento del amparo, probablemente, una buena parte de los supuestos más polémicos y encrispados políticamente hablando, que suelen darse durante la tramitación legislativa misma, siendo resueltos estos conflictos de mayor calado político por la Suprema Corte directamente y en única instancia, con efectos generales y al poco tiempo de aprobarse la norma.

Podrá discutirse si esta solución de fondo es o no la idónea, pero es, por lo pronto, una solución admisible y razonable, y que, al mantener abierta en todo caso la vía del amparo contra leyes, tiene la virtud de conservar una de las funciones básicas y más características de un instituto que el derecho mexicano ha exportado a otros países, la función de control constitucional del amparo, que constituye una vía excelente para que la Suprema Corte pueda desarrollar una de las tareas más importantes de toda jurisdicción constitucional: la interpretación evolutiva que adapte el texto constitucional al contexto social, político, económico, etcétera, de cada periodo histórico; al espíritu de los tiempos, en suma. Y es que, como gráficamente señala García Belaúnde, “el primer objetivo que tiene toda Constitución es durar en el tiempo”;⁴⁵⁹ de ahí la necesidad de una interpretación evolutiva, para la que el amparo es un instrumento básico.

Además, el control por vía de amparo es un control, no abstracto, sino concreto, y ello permite a la Suprema Corte tener en cuenta la aplicación práctica del precepto impugnado en el tráfico jurídico ordinario, así como también, por lo general, toda una amplia casuística y jurisprudencia, que puede suponer en muchos casos “un criterio puntual de orientación, una garantía de adhesión a la realidad social, sin ceder a formas exasperadas y abstractas de autonomía interpretativa”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 29.

⁴⁶⁰ Como para Italia señala D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas...”, *cit.*, pp. 92-93.

El único problema reside en la que constituye la objeción de mayor peso que puede hacerse al sistema del amparo contra leyes desde hace ya largo tiempo: la vieja objeción a la que ya hemos aludido de que la sentencia de amparo tiene siempre, y también en este caso, efectos particulares o “inter partes”, conforme a la célebre “fórmula Otero”, fórmula que efectivamente cumplió una misión histórica, pero cuya valoración actual respecto del amparo *contra leyes* no puede ser positiva, ni siquiera después de la introducción de la acción de inconstitucionalidad, especialmente si, como ocurre, se somete el ejercicio de esta última a un plazo fugaz, aspecto éste al que nos referiremos al hablar de los efectos de las sentencias respecto de los destinatarios.

e) En quinto lugar, debe indicarse que el plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad va a dificultar, en realidad, que ésta funcione como correctivo a la falta de unidad jurisprudencial que se deriva del control difuso de constitucionalidad por medio del amparo, como pretende Brewer-Carías.⁴⁶¹

f) Por último, hay que señalar que el plazo previsto tendrá como *dies a quo*, desde el que habrá de iniciarse su cómputo, la fecha de la publicación oficial (en el diario oficial que corresponda) de la ley o tratado internacional, y no la de su aprobación o la de su entrada en vigor. Por el contrario, es indiferente que la ley haya entrado ya —o no— en vigor: cabe, pues, un control de leyes todavía no vigentes, siempre que estén ya debidamente aprobadas. El plazo se computará en días naturales y si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente. En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles.

2. Incoación del proceso, alegatos y pruebas

El proceso se inicia con la recepción de la demanda, designando a continuación el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, “según el turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución” (artículo 24 LR105). Corresponderá al ministro instructor, por su parte, examinar el escrito de la

⁴⁶¹ Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 133.

demanda a fin de desecharla de plano “si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia” (artículo 25 LR105).

Si el ministro instructor no aprecia ninguna causa de improcedencia, pero encuentra que el escrito de demanda⁴⁶² es obscuro o irregular, deberá entonces prevenir al demandante, o a sus representantes comunes, para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de cinco días, plazo que se reduce a los tres días en caso de impugnación de leyes electorales. Transcurrido este plazo (sólo en caso de demanda obscura o irregular), el ministro instructor habrá de dar vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma, así como al órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, a fin de que, dentro del plazo de quince días (seis, para leyes electorales), rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendentes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad.” Cuando la norma impugnada sea una ley aprobada por el Congreso de la Unión, el mentado informe se “rendirá” por separado por ambas Cámaras.

Salvo en caso de que la acción hubiera sido ejercitada por el propio procurador General de la República, el ministro instructor habrá de darle vista con el escrito y los informes citados, a efecto de que, hasta antes de la citación para la sentencia, formule el pedimento que corresponda (artículo 66 LR105). Presentados los informes, o transcurrido, en todo caso, el plazo para su presentación, el ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes, a fin de que dentro del plazo de cinco días (o dos, cuando se trate de materia electoral), formulen alegatos (artículo 67).

En todo caso, hasta antes de dictarse sentencia, podrá el ministro instructor solicitar “a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto” (artículo 68 LR105) y, tratándose de la impugnación de una ley electoral, podrá solicitar “opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”.

Una vez agotado el procedimiento, el ministro instructor “propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de

⁴⁶² El artículo 64, en relación con la acción de inconstitucionalidad, se refiere exclusivamente a la oscuridad o irregularidad del escrito “en que se ejercita la acción”, mientras que el artículo 28 contiene una previsión análoga, respecto de las controversias constitucionales, no sólo para los escritos de demanda sino también para los de “contestación, reconvención o ampliación”.

sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado” (artículo 68 LR105). Y cuando la ley impugnada sea de carácter electoral, el proyecto de sentencia deberá ser sometido al Pleno dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya agotado el procedimiento, debiéndose dictar el fallo por el Pleno a más tardar en un plazo de cinco días, contados a partir de aquel en que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

En todo lo no regulado expresamente por la LR105, su artículo 1 se remite a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, que resulta así de aplicación subsidiaria por disposición legal expresa, con lo cual, parece no admitirse la “idiosincrasia” del proceso constitucional defendida por algún sector de la doctrina alemana.

3. *Acumulación y conexidad*

El artículo 69 LR105 prevé que el presidente de la Suprema Corte “podrá decretar la acumulación de dos o más acciones de inconstitucionalidad” que tengan por objeto la misma ley, entendiéndose que se trata de supuestos en que se impugna el mismo precepto legal o, en su caso, inciso del mismo. Las posibilidades que se pueden producir son las siguientes:

a) Acción interpuesta por una de las minorías parlamentarias y el procurador general de la República. No cabe razonablemente la posibilidad de acumulación de dos acciones de inconstitucionalidad interpuestas por dos minorías políticas en la medida en que se exige que una minoría cuente con el 33 por ciento de los representantes del órgano legislativo de que se trate, con lo que si existiesen dos minorías que cumpliesen ese requisito, en realidad ambas reunirían mayoría más que suficiente para derogar la ley o, más sencillamente, no haberla aprobado. Obviamente los parlamentarios que se computen a efectos de interponer una acción de inconstitucionalidad no pueden a su vez promover otra acción de inconstitucionalidad contra la misma ley.

b) Sólo respecto de las leyes electorales puede llegar a darse una “triple” acumulación: entre la acción interpuesta por una de las minorías parlamentarias, la interpuesta por el procurador general y, por último, la planteada por un partido político.

El artículo 69 de la ley regula también la conexidad y lo hace por referencia a las previsiones respecto de las controversias constitucionales

de los artículos 37 y 38. Se trata de supuestos en que también se impugna ante la Suprema Corte un mismo precepto legal por estimarlo inconstitucional pero no por la misma vía procesal sino por dos o incluso tres vías distintas: en primer lugar, por supuesto, a través de la acción de inconstitucionalidad; y junto a esta vía, se utiliza también la de las controversias constitucionales o la del amparo, o incluso ambas. Es claro que una circunstancia como ésta puede dar lugar a pronunciamientos contradictorios o incongruentes, razón por la que se prevé, con todo sentido, que pueda la Suprema Corte, mediante acuerdos generales, en tales supuestos, acordar un aplazamiento del juicio de amparo y de la controversia constitucional, plazo que no se computará a efectos de caducidad del litigio (artículo 38).

4. Incidentes

El artículo 12 LR105 distingue claramente entre dos tipos de incidentes:

a) Los de especial pronunciamiento, que conllevan la suspensión del proceso principal, en cuanto que pueden promoverse por las partes ante el ministro instructor “antes de que se dicte sentencia”. Dichos incidentes de especial pronunciamiento —que el artículo 12 determina casuísticamente: lo son “el de nulidad de notificaciones, el de reposición de autos y el de falsedad de documentos”— “se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda” (artículo 13). En el caso del incidente de reposición de autos,⁴⁶³ el artículo 13 determina que “el ministro instructor ordenará certificar la existencia anterior y la falta posterior del expediente, quedando facultado para llevar a cabo aquellas investigaciones que no sean contrarias a Derecho”.

b) Todos los restantes, que se “fallará(n) en la sentencia definitiva”, precisamente porque no requieren “especial pronunciamiento”.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Este incidente no se hallaba previsto en la originaria Ley de Amparo y sólo se introdujo a raíz de los terremotos de 1985, con ocasión de los cuales “se derrumbaron edificios en que se ubicaban juzgados y tribunales en donde se encontraban depositados numerosos expedientes”. Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, cit., p. 310.

⁴⁶⁴ Quizás podría hablarse de un tercer tipo de incidentes que distingue la ley: nos referimos al incidente de suspensión, que si bien no es un incidente de “especial pronunciamiento”, tampoco “se fallará en la sentencia definitiva” —como por relación a los restantes (que no son de “especial

5. *Recurso frente a las resoluciones de improcedencia o sobreseimiento*

No cabe recurso contra las sentencias dictadas en los procesos de constitucionalidad (cosa juzgada en sentido formal), lo cual es perfectamente coherente con la competencia que en esta materia tiene el propio Pleno de la Suprema Corte y no sus diversas Salas: la sentencia del Pleno sólo podría ser recurrible ante el mismo Pleno y ello no parece tener mucho sentido en un proceso de este tipo.

El único recurso existente es el de reclamación, que “únicamente procederá en contra de los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción”, sin entrar, por consiguiente, en el fondo de la cuestión.

Cuando se trate de materia electoral, el plazo para interponer el recurso será de tres días “y el Pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición” (artículo 70 LR105).

II. EFECTOS DE LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN

La admisión de la acción no tiene nunca efectos suspensivos sobre la vigencia de la ley, que sólo podrá quedar afectada por una eventual sentencia sobre el fondo y estimatoria de la inconstitucionalidad de la ley, pero no por la mera admisión de la procedencia de la acción. Así lo proclama, rotundamente, el artículo 64 LR105: “La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”.

Esta solución parece enteramente razonable como línea de principio, en cuanto que bien fundada en una presunción de constitucionalidad de la ley,⁴⁶⁵ que debe llevar a que el gravísimo efecto de suspender la vi-

pronunciamiento”) determina el artículo 12 LR— y merece una regulación específica en la sección II del capítulo de la ley relativo a los incidentes. Sea como sea, ello no tiene interés aquí pues es obvio que ese incidente de suspensión del acto que motivare la controversia es aplicable sólo a las controversias constitucionales y no a la acción de inconstitucionalidad. Respecto de las controversias constitucionales, se prevé en efecto esa eventual suspensión “del acto que las motivare” con una excepción taxativa: “La suspensión no podrá otorgarse en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales”, que son —precisamente— el objeto de las acciones de inconstitucionalidad. Por lo demás, el propio artículo 64 LR determina expresamente que “la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”.

⁴⁶⁵ La presunción de constitucionalidad de la ley implica, en palabras de García Belaúnde, “que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordado con la máxima de las

gencia de una ley democráticamente aprobada —y expresión, por tanto, de la voluntad popular— sólo tenga lugar, en principio, cuando el órgano de la constitucionalidad determine de modo fehaciente que la ley en cuestión vulnera algún precepto constitucional. Entretanto, esto es, en tanto no haya una resolución estimatoria sobre el fondo del asunto, la ley debe reputarse constitucional y, por consiguiente, no debe aceptarse su pérdida de vigencia, siquiera provisional.

Sin embargo, cabría plantearse si esta regulación general no podría admitir ciertas excepciones, especialmente atendiendo al dato de que, en el sistema mexicano, la eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad no tiene nunca efectos retroactivos e incluso, en ocasiones (concretamente, cuando la sentencia así lo establezca), no extiende su eficacia a las situaciones inmediatamente posteriores a la sentencia en cuestión. En este sentido, Fix-Fierro, refiriéndose a la falta de previsión de la LR105 respecto de la facultad de suspensión de la norma impugnada mediante la acción de inconstitucionalidad, sostiene:

Pensamos que la Ley debió haber previsto dicha suspensión, permitiendo a la Corte apreciar la existencia de razones de interés público que pudieran existir para concederla, sobre todo tomando en cuenta que la norma constitucional prohíbe la declaración de inconstitucionalidad con efectos retroactivos, salvo en materia penal. Se tendría así, además, un fuerte incentivo para pronunciar una rápida resolución.⁴⁶⁶

La cuestión merece una breve reflexión, así como una también breve referencia de derecho comparado.

Es sabido que el efecto no suspensivo de la admisión de la acción es propio de los sistemas austriaco, italiano y español,⁴⁶⁷ si bien en estos

cautelos, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema". García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional...", *cit.*, p. 31. Este principio ya lo destacó Rodolfo Reyes, *La Defensa constitucional*, *cit.*, p. 192.

⁴⁶⁶ Fix-Fierro, Héctor, "Defensa de la constitucionalidad...", *cit.*, p. 55; véase también Carbonell Sánchez, Miguel, "La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia, núm. 14-15, pp. 188-1898.

⁴⁶⁷ La única excepción en España es la relativa a los supuestos en que el gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, debiendo en tal caso el tribunal, en un plazo nunca superior a cinco meses, ratificar o levantar la suspensión producida.

dos últimos casos no puede pasarse por alto el importante dato de la eficacia retroactiva en el tiempo de las resoluciones del Tribunal Constitucional ni tampoco que en el primero de ellos, en Austria, el Tribunal Constitucional puede también, excepcionalmente, dar eficacia retroactiva a sus decisiones.

En cuanto al caso alemán, sin perjuicio de la eficacia retroactiva de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, se prevé en el artículo 32.1 BVerGG una facultad de especial relevancia: “El Tribunal Constitucional Federal podrá, en un litigio determinado, regular una situación mediante auto provisional (*durch einstweilige Anordnung*) cuando fuere necesario para prevenir perjuicios graves, para impedir una amenaza de violencia o para el bien común por otra razón importante”, si bien estos autos tienen vigencia por un plazo máximo de seis meses, pudiendo ser adoptados de nuevo sólo con mayoría de dos tercios de los votos (artículo 32.6).

Pues bien, dicha adopción de medidas provisionales por el Tribunal Constitucional es aplicable —siempre que concurren las circunstancias especiales referidas— *en todo tipo de procesos* y también, por consiguiente, en los de control abstracto de normas, lo que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, de manera expresa en alguna ocasión, y tácitamente en la mayor parte de los casos.⁴⁶⁸ Sea como sea, el Tribunal Constitucional ha hecho un uso extraordinariamente prudente y moderado de esta facultad, como por otra parte era de esperar y razonable exigir. Pero, en ciertos supuestos excepcionales, no ha dudado en acudir a tales medidas, y ello tanto en relación a leyes todavía no vigentes (así, por ejemplo, respecto de la ley de despenalización del aborto según el sistema de plazos, estableciendo un derecho transitorio entre tanto), como respecto de leyes ya en vigor (Ley sobre Medicamentos o Ley sobre el Servicio Militar, por ejemplo). El recurso a la suspensión de la eficacia de las leyes parece orientado a evitar que una eventual sentencia estimatoria no pueda producir efectos reales, y no puedan así repararse, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, daños de extrema gravedad. Se trata de evitar que quede comprometida gravemente la eficacia de una eventual sentencia estimatoria, mediante la consagración de situaciones irreversibles.

⁴⁶⁸ Berkemann, Jörg, “Einstweilige Anordnung”, en el colectivo Umbach, Dieter C. y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, cit., p. 577.

Si en un sistema tan avanzado como el alemán, a pesar de reconocerse eficacia retroactiva a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, se admite excepcionalmente el efecto suspensivo de la vigencia de la ley por el mero planteamiento de la inconstitucionalidad, y antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo, parece que habría, en efecto, razones de mayor peso para admitir ese efecto suspensivo en un sistema como el mexicano que no reconoce efecto retroactivo a las decisiones estimatorias de la inconstitucionalidad, sin perjuicio de reconocer que se trata de una facultad de la que la Suprema Corte habría de hacer un uso muy delicado y prudente, y que la valoración de las consecuencias políticas habría de ser aquí especialmente intensa.

Ocorre, sin embargo, que una facultad de este tipo no tiene, justamente a nuestro juicio, fácil encaje en un sistema sin eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad, pues su finalidad, más bien, sería la de asegurar la eficacia de una futura sentencia constitucional que, al pretender desplegar sus efectos para el pasado, se encuentre con que se han producido graves daños que no pueden ser reparados, al menos no directamente (aunque sí lo sean por medio de indemnizaciones, por ejemplo) y la retroactividad se encuentra con hechos consumados que no admiten la vuelta al *statu quo ante*. En un sistema que no parte del principio de la retroactividad de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, una facultad de esta naturaleza más bien habría de concebirse como una excepción, para casos particularmente graves, al principio general de irretroactividad de las sentencias y habría de combinarse, en todo caso, con una facultad (también excepcional, si se quiere) de la Suprema Corte de dotar a sus sentencias de fuerza retroactiva en ciertos casos.

Nada de esto ocurre, sin embargo, en el caso mexicano, pues el artículo 105 constitucional prohíbe la eficacia retroactiva de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad y la previsión legal del efecto suspensivo de la admisión de la acción chocaría con dicha prohibición constitucional pues, si bien no se trata en sentido estricto de dotar de retroactividad a una (eventual) sentencia estimatoria, sino más bien de adelantar sus (eventuales) efectos, no cabe ninguna duda que el espíritu del artículo 105 constitucional resultaría completamente burlado.

Parece, sin embargo, que podría perfeccionarse el sistema, en una eventual reforma constitucional, mediante la admisión de una facultad

suspensiva de los efectos de la ley cuando la Suprema Corte estime que su vigencia entretanto pudiera causar graves daños irreparables, si bien para ello habrá previamente que establecer que, al menos en esos casos, la sentencia estimatoria (y declaratoria de inconstitucionalidad) tiene efectos retroactivos, al menos hasta la fecha en que se adoptó la resolución suspensiva de los efectos de la ley cuestionada. Esta es justamente, por ejemplo, y en sus grandes líneas, la solución adoptada en Guatemala, si bien allí se exige también que la inconstitucionalidad sea notoria, exigencia que no parece del todo apropiada.

III. LA SENTENCIA SOBRE EL FONDO

1. *Quórum y mayoría exigidos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley*

Acaso uno de los aspectos más criticables de la regulación constitucional de la acción de inconstitucionalidad en México es el referido a la mayoría que se exige para que los magistrados del Pleno de la Suprema Corte puedan declarar inconstitucional una ley.

Se requiere, concretamente, para que una ley pueda ser declarada inconstitucional, el voto favorable de ocho magistrados, sobre un total de once. Dicho de otro modo, no basta con una mayoría simple; no es suficiente con que la mayoría de los magistrados que integran el Pleno emita un juicio favorable a la declaración de inconstitucionalidad, sino que es necesario que exista en el Pleno una mayoría reforzada de un 72 por ciento (es decir, casi las tres cuartas partes de los magistrados). Y eso únicamente para el caso de que estén presentes todos los magistrados, lo que no es en modo alguno necesario, pues la ley reglamentaria admite que el Pleno quede constituido, a los efectos de dictar una sentencia en un proceso de inconstitucionalidad, simplemente por la presencia de ocho de los ministros (artículo 4 LOPJF), hipótesis esta última en la que no bastará siquiera, para que prospere una declaración de inconstitucionalidad de la ley, con la mayoría reforzada del 72 por ciento de los ministros (presentes), sino que se requerirá la unanimidad de los mismos.

Es decir, la ausencia de hasta tres de los ministros no afecta a la constitución del pleno (a efectos de dictar una sentencia de inconstitucionalidad), pero sí incide en el porcentaje de ministros que ha de haber

favorables a la declaración de inconstitucionalidad, incrementándolo, lo que se explica porque la mayoría favorable requerida para emitir una declaración de inconstitucionalidad se establece mediante una cifra fija con relación al número legal de miembros del tribunal, y no mediante una cifra variable en función del número de ministros presentes en el momento de la votación. Es decir, aunque en términos absolutos el número de ministros que han de votar favorablemente a la declaración de inconstitucionalidad es siempre el mismo (ocho), sin embargo en términos relativos (es decir, proporcionalmente) la mayoría exigida se refuerza, o incrementa, a medida que son menos los ministros presentes (8 sobre 10, sobre 9 o incluso sobre 8).

Sea como sea, esta mayoría exigida para emitir una declaración de inconstitucionalidad de una ley, superior a la mayoría simple por la que razonablemente ha de resolver un órgano jurisdiccional colegiado, carece de todo sentido. Es claro que la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley puede serle otorgada a un único tribunal especial, o bien otorgársele a todos los órganos jurisdiccionales o sólo a algunos de ellos, incluso a un órgano de naturaleza no jurisdiccional, o sencillamente no otorgársele a nadie, pero si se le otorga a un tribunal, y tal es la “solución mexicana”, resulta obvio que ha de ser suficiente con que la mayoría de los magistrados competentes se pronuncien en el sentido de declarar inconstitucional una ley para que esa declaración sea viable y produzca sus efectos. Y es que, como nos dice Kirchhof, “la Jurisdicción [a diferencia del legislador] decide no por autoridad de la mayoría, sino porque se inviste de la autoridad de lo justo”.⁴⁶⁹

No tiene el menor sentido exigir mayorías cualificadas, para adoptar decisiones de este tipo, a un tribunal, sin que sirva para justificarlo la presunción de constitucionalidad de las leyes. Esta presunción puede, y debe, jugar su papel en otros ámbitos o momentos, pero no, desde luego, en lo relativo a la mayoría requerida para la adopción por el órgano competente de una resolución que declare la inconstitucionalidad de una ley.

Esto es fácil de comprender si se piensa que el órgano competente para adoptar una decisión de este tipo no es un órgano político, sino judicial y es judicial no sólo formalmente, sino también —y sobre todo—

⁴⁶⁹ Kirchhof, Paul, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en el colectivo López Pina, Antonio (dir.), *La garantía constitucional...*, cit., p. 253.

materialmente, en cuanto a los criterios de fondo que utiliza como base de sus resoluciones —por más que ésta presente algunas peculiaridades respecto de la argumentación e interpretación tradicionales—. Justamente por ello, no tiene el menor sentido que el ordenamiento jurídico atribuya a un determinado órgano judicial el control de constitucionalidad de las leyes, con la facultad de declararlas inconstitucionales con efectos generales y, al mismo tiempo, niegue toda validez o valor al juicio contrario a la constitucionalidad de la norma de la mayoría de los magistrados que integran dicho tribunal, lo que, dicho sea de paso, implica además minusvalorar el criterio de unos magistrados y sobrevalorar el de otros.

Resulta obvio que, si la mayoría de los magistrados referidos —a pesar de la presunción de constitucionalidad de la ley que guía, y ha de guiar, su interpretación— estiman la inconstitucionalidad de la ley impugnada, en cuanto que ese juicio se formula desde una base jurídica racionalizada (y también razonada), su juicio mayoritario no debería dejar de tener consecuencias. Y esas consecuencias han de ser, ante todo, la inconstitucionalidad (e invalidez, en principio) de la norma.

A lo sumo, podría haberse aceptado una solución como la que, como último extremo, propone Fix-Fierro, por la que la ley otorgaría al voto de 6 o incluso 7 ministros el carácter de recomendación al órgano que aprobó la norma impugnada pues, aunque no hay certeza de que ello fuera apropiado para la autoridad de la Corte, al menos se traduciría en una presión bastante fuerte para cambiar una norma inconstitucional.⁴⁷⁰ Con todo, incluso esta opción no dejaría de presentar serios inconvenientes, además de que presentaría la misma debilidad teórica y lógica que la hoy implantada: sólo podría ser admitida como mal menor.

Tampoco puede justificarse esta mayoría reforzada en el hecho de que se trate generalmente de “asuntos de gran entidad” pues, aunque ello sea cierto, la mayoría reforzada no es admisible cuando lo que está en juego es la justicia o injusticia —desde la perspectiva constitucional— de una norma, y esa decisión no es una decisión política (como la de un órgano legislativo al aprobar una ley, por ejemplo), sino una decisión *jurídica*, adoptada desde una base eminentemente racional, y —justamente por ello— razonada exhaustivamente. Con todas las particularidades que se quiera —derivadas del contenido tan característico de las normas a interpretar—, se trata, sin ningún género de dudas, de una

470 Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad...”, *cit.*, p. 55, nota 31.

decisión fruto del raciocinio jurídico, y resultado, no de una conformación de “voluntades” diversas, sino solamente de “interpretaciones” (jurídicas y racionales) diferentes, y en todo caso debidamente fundadas, del texto de la Constitución, lo cual es algo absolutamente distinto. El juego que, lícitamente, pueden tener las mayorías reforzadas en el ámbito parlamentario, y tan solo limitadamente, no es admisible en el ámbito jurisdiccional o de la justicia, ni siquiera cuando se trata de adoptar decisiones de tal gravedad.

Por lo demás, el sistema instaurado puede conducir al absurdo, si se tiene presente que prácticamente las tres cuartas partes de los ministros han de ser partidarios de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta proceda, mientras que bastará con que apenas la cuarta parte de ellos (4 de 11) defiendan la desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad para que aquélla tenga lugar. Y ello siempre que estén presentes todos los ministros; pero puede darse el caso de que estén presentes sólo ocho de los once (quórum que es legalmente suficiente para la constitución del Pleno), hipótesis en la cual se precisará la unanimidad, nada menos que el voto unánime de todos los ministros, bastando, pues, la oposición a la declaración de inconstitucionalidad de uno sólo de ellos (frente a los siete restantes) para que ésta no pueda tener lugar.

A todo ello puede añadirse lo paradójica que resulta esta exigencia de una mayoría reforzada cuando se la pone en relación con la exigencia simplemente de mayoría simple en el Pleno de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales cuando la cuestión sobre su constitucionalidad se ha planteado por la vía de la controversia constitucional (a pesar de que ello conduzca también a una resolución dotada de efectos generales) o, incluso, también cuando se ha planteado por la vía del amparo contra leyes. Esto último llevará probablemente a que, en la hipótesis de que la Corte, al juzgar por la vía de la acción de inconstitucionalidad sobre la conformidad a la Constitución de un ley, aprecie que la misma es inconstitucional por mayoría simple, pero sin alcanzar la mayoría reforzada de ocho ministros, aunque la acción de inconstitucionalidad resulte efectivamente desestimada, ello no podrá sin embargo impedir que los ciudadanos más pudientes afectados por la ley en cuestión puedan acudir a la vía del amparo contra leyes para lograr que la ley en cuestión les sea desaplicada, como efectivamente habrá de decretar la propia Suprema Corte en cuanto que, por la vía del amparo,

no se requiere mayoría reforzada alguna sino mayoría simple a secas. Es obvio que ello encierra una contradicción e incongruencia internas del sistema que no pueden sostenerse por mucho tiempo, aparte ya de la gran injusticia social que conlleva.

*Cuadro de mayorías requeridas para que prospere
la declaración de inconstitucionalidad, en función
del número de ministros presentes:*

<i>Número de miembros del Pleno presentes</i>	<i>A favor de la inconstit.</i>	<i>En contra</i>	<i>Mayoría requerida</i>
11	8	3	72,7%
10	8	2	80,0%
9	8	1	88,8%
8	8	0	Unanimidad

Es preciso señalar, por otra parte, que una regulación como la prevista es desconocida en Europa. Únicamente en Italia se ha producido una propuesta en ese sentido, exigiendo una mayoría ligeramente cualificada en la adopción de las decisiones por el Tribunal Constitucional, pero tal propuesta no contó con el más mínimo apoyo político y quedó como una simple y pintoresca anécdota. A ella se ha referido precisamente un ex-presidente de la *Corte Costituzionale*, quien —al preguntarse por el papel político de la Corte— señala cómo a ésta no le corresponde “ciertamente un papel tan modesto como pretendía una propuesta —afortunadamente lejana desde el punto de vista de sus posibilidades actuales de prosperar— requiriendo una mayoría cualificada para la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Por mucho que se tratara de una hipótesis abstracta, *su mero planteamiento resulta algo penoso*” (cursiva mía), opinión que nos parece enteramente suscribible y predicable, en su estricta literalidad, a México.⁴⁷¹

⁴⁷¹ Bonifacio, Francisco P., “Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica”, en el colectivo López Pina, Antonio, *División de poderes e interpretación...*, cit., p. 81.

Se impone, por último, una reflexión más general sobre este punto. Parece ser que lo que se pretendió con una regulación como la que comentamos fue evitar una politización de la Suprema Corte. De ser ése el objetivo buscado, se ha errado el camino, completamente. Y es que la forma de evitar tal politización no es a través de esta exigencia de una mayoría cualificada pues, por más que no se produzca una declaración de inconstitucionalidad de una ley por votar en ese sentido la mayoría de los miembros del tribunal pero no ocho de ellos, es obvio que el voto favorable de la mayoría (o incluso más)⁴⁷² de los ministros no puede dejar de afectar a la legitimidad de la ley en cuestión.

La mayoría cualificada requerida es probable que produzca el efecto contrario, justamente, al que se buscó, pues en aquellos casos en que seis o siete de los ministros se pronuncien en favor de la declaración de inconstitucionalidad de la ley y ésta no se produzca por oponerse a la misma cuatro magistrados (todo lo más, pero a veces únicamente tres, dos o incluso uno solo),⁴⁷³ es evidente que se producirá una deslegitimación difícilmente salvable de la ley en cuestión que sólo servirá para enconar, políticamente hablando, una cuestión que hasta ese momento se había mantenido en reposo. Quiero con ello decir que la eficacia que *jurídicamente* se niega al voto favorable de la mayoría de los ministros no afecta en modo alguno al valor *político* que dicho voto tiene en sí mismo y los partidos se encargarán de darle, aparte del que pueda también tener, con toda razón, para la opinión pública. El conflicto, entonces, lejos de resolverse, podría fácilmente acabar agudizándose.

De este modo, resulta patente que una medida con la que pretendidamente se trató de evitar la politización de la justicia podría llevar a un resultado justamente inverso y a una agudización política de un conflicto que bien podía haber quedado resuelto por la vía jurídica, sin riesgo mayor de politización de la justicia.

Precisamente por todo ello, es especialmente necesario que los ministros busquen por todos los medios un acuerdo de sus diversas posiciones a fin de evitar a toda costa resoluciones en que una mayoría de los

⁴⁷² 7 sobre 11 o incluso, poniendo un caso extremo, 7 sobre un total de 8 (quórum legalmente suficiente).

⁴⁷³ Sólo habrá un magistrado que se oponga, eficazmente, a la declaración de inconstitucionalidad en el caso de que el pleno se constituya con sólo ocho ministros pues bastará con la oposición de uno de ellos para que no se forme la mayoría precisada de ocho ministros favorables a la declaración de inconstitucionalidad.

ministros se pronuncia a favor de la inconstitucionalidad, a pesar de lo cual ésta no llega a tener efectos jurídicos por no ser la mayoría suficiente. Por la misma razón deberán evitar a toda costa, y en la medida de lo posible, la constitución del pleno sin alguno de sus miembros. La limitada experiencia de la acción de inconstitucionalidad es, en este sentido, positiva.

Permítasenos terminar con una breve reflexión, referida no tanto a insistir una vez más en la idea de que la medida estudiada puede llegar a ser, a fin de cuentas, contraproducente —y llevar así a resultados opuestos a los que se buscaban—, cuanto al hecho de que la mayoría requerida constitucionalmente para emitir una declaración de inconstitucionalidad de la ley es un dato de enorme significación para calibrar la sinceridad de la reforma, la verdadera voluntad política de instaurar en México una vía por la cual pueda controlarse la conformidad a la Constitución de las leyes, así como también un mecanismo de protección o defensa (*ex post facto*, pero también preventiva por la vía disuasoria) de las minorías políticas. Y a la luz de lo visto, es claro que esa voluntad no era, en modo alguna, decidida. Se ha instaurado la acción de inconstitucionalidad, pero se ha hecho con cierto temor a que pudiera afectar a las decisiones básicas adoptadas por las Cámaras legislativas; no es más que otra manifestación de lo que Carpizo ha llamado el “miedo a la propia creación que inspiró al Poder Revisor de la Constitución al crear la acción de inconstitucionalidad”.⁴⁷⁴ Es probable que ello, más que ninguna otra causa o justificación racional que pueda buscarse, explique (aunque difícilmente justifique) la exigencia de una mayoría tan reforzada en favor de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta se produzca. Un sistema como el actual nace herido de muerte y un replanteamiento serio de las funciones del órgano de la constitucionalidad habrá de conducir, antes o después, a comprender la necesidad inexorable de una reforma que viene exigida por el sentido común y la propia eficacia del órgano: la declaración de inconstitucionalidad debe prosperar siempre que aparezca respaldada por la mayoría simple de los magistrados presentes.

⁴⁷⁴ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales...”, *cit.*, pp. 837-838, quien, no obstante, se muestra partidario de una mayoría ligeramente cualificada (siete ministros sobre 11).

2. *Contenido formal de la sentencia. Publicación*

La propia Ley reglamentaria establece cuál ha de ser el contenido de las sentencias, por referencia a lo regulado respecto de las sentencias dictadas con motivo de controversias constitucionales. Y con arreglo al artículo 41, la sentencia deberá contener:

- a. La fijación breve y precisa de las normas generales impugnadas.
- b. Los preceptos que la fundamenten.
- c. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados. La eficacia de estas “consideraciones” se regula positivamente en el artículo 43 LR105, en los siguientes términos:

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos [*ratio decidendi*], serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.

- d. Los alcances y efectos de la sentencia. En caso de declaración de invalidez de la norma impugnada, los efectos de la sentencia “deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”. Esta precisión del artículo 41.IV LR hay que entenderla, en rigor, como una quiebra legal del principio de congruencia —que exige que exista una exacta correlación entre el *petitum* de la demanda y el contenido del fallo—, pero que en realidad constituye una exigencia ineludible de la propia estructura del proceso de control normativo a fin de salvaguardar la necesaria coherencia del texto legal al que pertenecían los artículos anulados y ello porque lo dispuesto en ese artículo no puede interpretarse como referido exclusivamente a las normas que dependen *lógicamente*⁴⁷⁵ de la norma que se invalida y ello tanto si son normas legislativas como si son normas reglamentarias. La lógica del precepto, que guarda por lo demás correlación con preceptos análogos en todos los sistemas de control concentrado de constituciona-

⁴⁷⁵ Véase lo que después diremos respecto de las sentencias de nulidad parcial.

lidad, es la de preservar la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Es particularmente necesario, en cualquier caso, que la Suprema Corte establezca claramente cuáles son esos preceptos a los que se extienden los efectos de la sentencia estimatoria, así como también, por otra parte, la fecha a partir de la que “las sentencias producirán sus efectos” (artículo 45 LR105).

e. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales.

3. *Efectos de la sentencia: sentencias estimatorias y desestimatorias.* *El valor de la cosa juzgada*

La LR105 regula en qué supuestos la sentencia ha de considerarse estimatoria y en cuáles desestimatoria: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos”, de tal forma que si la sentencia no es aprobada por la mayoría indicada, “el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto”. Ello no es más que una precisión de lo dispuesto por el artículo 105 constitucional en el sentido de que “las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos”: sólo en ese caso puede considerarse estimatoria (de la inconstitucionalidad) la sentencia.

a) Efectos en cuanto a los destinatarios

Lo que interesa en primer lugar resaltar es que, en principio,⁴⁷⁶ si la sentencia es estimatoria, el efecto que produce es la declaración de la invalidez de la norma, su expulsión pura y simple del ordenamiento jurídico, declaración de invalidez que tendrá efectos generales y no particulares o limitados a una determinada relación jurídica. Ello resulta ser una necesidad imperiosa y una exigencia lógica del propio control concentrado abstracto de constitucionalidad porque, como nos dice Brewer-Carías, en estos casos “la relación procesal no se establece entre un

⁴⁷⁶ Y sin perjuicio de la utilización que la Corte pueda hacer en el futuro de alguna de las técnicas sentenciadoras a que luego aludiremos.

demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una ley o acto estatal cuya constitucionalidad está cuestionada. En este caso, el objeto de la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley es su anulación, y los efectos de la decisión son necesariamente *erga omnes*. Nunca deberían ser *inter partes*, particularmente debido a la ausencia de partes propiamente dichas en el procedimiento”.⁴⁷⁷

Sea como sea, y tal y como ya hemos dicho en un momento precedente, estos efectos generales que tiene la sentencia dictada en este proceso constitucional, cuando sea estimatoria de la inconstitucionalidad alegada, constituyen, en México, una novedad absoluta, acaso una de las más relevantes de la reforma. Con ello, tal y como Fix-Fierro⁴⁷⁸ ha señalado, “se rompe una barrera, psicológica se diría, construida alrededor de la famosa ‘fórmula Otero’ en el juicio de amparo”.

En virtud de esta fórmula, que sigue siendo hoy de aplicación al juicio de amparo, las sentencias sólo pueden ocuparse “de los individuos particulares [...] limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.⁴⁷⁹ Contra esta limitación o restricción de los efectos a las partes intervinientes en el proceso (de amparo), como ya se ha señalado, se ha venido mostrando muy crítica la doctrina desde hace ya largos años, y no sólo por razones de economía procesal, sino ante todo por razones de justicia material, ya que de este modo lo que ocurre es que se lesiona, grave y patentemente, el derecho a la igualdad de los ciudadanos, en cuanto que la declaración de inconstitucionalidad de un determinado precepto legal en la sentencia sólo beneficia al ciudadano concreto que ha intervenido en el proceso y, a lo sumo, a todos los que acudan a los tribunales con posterioridad a efectos de que no se les aplique la ley en cuestión. Se proponía, por ello, otorgar efectos generales a las sentencias que declarasen inconstitucional un precepto, bajo ciertas condiciones.⁴⁸⁰ Ese paso no se ha dado todavía en el

⁴⁷⁷ Brewer Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 155-156.

⁴⁷⁸ Fix Fierro, Héctor, “La reforma constitucional de 1994...”, *cit.*, p. 123.

⁴⁷⁹ Artículo 76 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁸⁰ Fix-Zamudio proponía que cuando el pleno de la Suprema Corte estableciese jurisprudencia obligatoria de que un determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo en ese sentido habría de publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* y, a partir de su publicación, el precepto legal quedaría sin efecto para el futuro (sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los

ordenamiento mexicano, pero no ofrece dudas que la introducción en su sistema constitucional de una acción de inconstitucionalidad dotada de efectos generales, así sea con notables condicionamientos, supone un avance en esa línea que hará ineludible, antes o después, la extensión de los efectos generales, en ciertas condiciones, al propio amparo contra leyes.

b) Efectos en el tiempo

Por lo que a la eficacia en el tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad se refiere, hay que decir que la nulidad que dicha declaración encierra puede concebirse o ser configurada de dos formas distintas:

i) como nulidad *ex tunc*, en cuyo caso los efectos de la nulidad son de carácter retroactivo, aunque dicha retroactividad suele conocer algún tipo de límites, especialmente el respeto a la cosa juzgada (salvo en materia penal, cuando favorezca al reo). Esta eficacia, no sin ciertos límites, es típica de sistemas como el español, el italiano o el alemán⁴⁸¹ en Europa, y de Costa Rica⁴⁸² (países que la toman, a su vez, del sistema norteamericano).

ii) Como nulidad *ex munc*, es decir, una nulidad que no produzca efectos retroactivos, sino que sólo es efectiva a partir del momento de su declaración. La sentencia no es aquí meramente declarativa, sino constitutiva. Esta es la nulidad, anulabilidad más bien, propia del sistema austriaco originario, a fin de equiparar la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad “a una derogación —sobre lo cual se ha basado su calificación

cuales se planteó la cuestión respectiva). Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, p. 193.

⁴⁸¹ Para Alemania, Pestalozza, Christian, “‘Noch verfassungsmässige und’ ‘bloss verfassungswidrige’ rechtslagen. Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände”, en el colectivo Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht...*, cit., t. I, p. 522; para Italia, el colectivo *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989; para España, García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, vol. I, p. 191, quien sostiene asimismo que esta nulidad retroactiva “es común en los demás sistemas de jurisdicción constitucional distintos del austriaco”. No obstante, hay que decir que la cuestión no es del todo pacífica ni en el derecho alemán ni en el español y no hay absoluta unanimidad sobre este punto.

⁴⁸² En Costa Rica, la sentencia estimatoria tiene efectos *ex tunc*, retroactivos, salvo respecto de los derechos adquiridos de buena fe o respecto de situaciones consolidadas por prescripción, caducidad o en virtud de una sentencia judicial.

como ‘*acto de legislación negativa*’”.⁴⁸³ En palabras del propio Kelsen, la eficacia retroactiva de las sentencias que declarasen la inconstitucionalidad de un precepto legal

difícilmente podría ser justificada, no sólo por las consecuencias críticas de todo efecto retroactivo, sino especialmente porque la decisión concernía a un acto del legislador (constitucional), y el legislador también estaba autorizado para interpretar la Constitución, incluso cuando estuviese sometido en este aspecto al control judicial. Mientras el Tribunal no declare inconstitucional una ley, la opinión del legislador expresada en un acto legislativo, tiene que ser respetada.⁴⁸⁴

En la concepción kelseniana, el efecto *pro futuro* debía tener lugar, así pues, a partir del día de la publicación (*ex nunc*) de la sentencia. Sin embargo, el propio Kelsen previó la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiese prorrogar esos efectos por un plazo de espera (*Wartefrist, Karenzfrist*)⁴⁸⁵ —que algún comentarista de la época no dudó en comparar a la *vacatio legis*—. Se previó tal posibilidad con la finalidad de evitar las consecuencias que en ocasiones podrían derivarse del vacío legislativo, pues ese plazo de espera permitiría al Parlamento reemplazar la ley cuestionada por una nueva y constitucional, antes de que la anulación sea efectiva.

La Constitución austriaca consagraría positivamente esta idea en su originario artículo 140.2, en el que se facultaba al Tribunal Constitucional para prorrogar la eficacia de la sentencia por un plazo de hasta seis meses desde el día de su publicación. Esta facultad del alto tribunal se mantiene hasta el día de hoy, si bien el plazo *de prorroga jurisprudencial* de la vigencia de la ley ha ido creciendo en sucesivas reformas constitucionales hasta la última, de 1992, que lo fija en un máximo de dieciocho meses

⁴⁸³ García de Enterría, Eduardo, *Curso...*, vol. I, *cit.*, p. 191.

⁴⁸⁴ Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes...”, *cit.*, p. 219. No obstante, esta regla de la eficacia no retroactiva tiene, en la propia concepción austriaco-kelseniana, “sin embargo una excepción. La Ley anulada por el Tribunal ya no debe aplicarse a aquello que motivó el control constitucional y la subsiguiente aplicación de la ley. Como este caso ocurrió antes de la anulación, ésta tenía, con respecto a dicho caso, un efecto retroactivo”. Y si bien dicha excepción no se previó expresamente en la Constitución austriaca de 1919, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional la consideraron implícita en la regulación constitucional.

⁴⁸⁵ Sería el efecto *pro futuro* en sentido propio, a distinguir de los efectos *ex nunc* y *ex tunc*, si se permite la diferenciación —un tanto convencional— de estas modalidades.

(actual artículo 140.5 Constitución).⁴⁸⁶ Y, por otra parte, el actual artículo 140.7 establece una norma de extraordinaria importancia, que se ha revelado útil en múltiples casos: “La ley [declarada inconstitucional] se mantendrá, sin embargo, aplicable a los *hechos consumados antes de la anulación*, a excepción del asunto que originó la anulación, *a menos que el Tribunal Constitucional hubiere dispuesto otra cosa en su sentencia de anulación*”.⁴⁸⁷ En conclusión, estas distintas reglamentaciones permiten al Tribunal Constitucional adaptar el efecto del fallo a las condiciones del caso, lo cual se ha contrastado en la práctica y se ha estimado claramente preferible al criterio de que las sentencias decretasen una nulidad *ex tunc*, y probablemente sea ésta una de las razones que más han influido para que se acepte que los fallos del Tribunal Constitucional tengan fuerza obligatoria.⁴⁸⁸

Pero si en el sistema austriaco se ha producido una evolución desde un sistema de eficacia *ex nunc* de la nulidad, a otro en que el Tribunal tiene un amplio margen de libertad para determinar la eficacia en el tiempo de sus sentencias (tanto hacia el pasado, como hacia el futuro), no menos patente es la evolución que se ha producido en los sistemas con eficacia, en principio, *ex tunc* (retroactiva) de la sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad:

i) En el propio sistema norteamericano, debe decirse que, desde 1965, el Tribunal Supremo americano, que hasta entonces se había atenido al principio de la nulidad *ex tunc* o *ab initio*, a partir de ese momento va a sentar la importante doctrina de que “la Constitución ni prohíbe ni exige efectos retroactivos”, lo que le va a permitir, por la vía de excepción, admitir los efectos no retroactivos a las declaraciones de inconstitucionalidad en ciertos supuestos: es la conocida como doctrina de la prospectividad.

ii) En los sistemas europeos de jurisdicción constitucional se ha desarrollado, fundamentalmente por vía jurisprudencial, un verdadero ar-

⁴⁸⁶ La reforma de 5 de junio de 1992 señala que es sólo un plazo máximo (“este plazo no excederá...”), correspondiendo al Tribunal Constitucional fijar su duración concreta en función de las circunstancias.

⁴⁸⁷ Se consagra así un sistema que parte de la regla general de la eficacia *ex nunc* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad (efecto *ex nunc*), si bien por vía de excepción se admite tanto que el tribunal pueda diferir esa eficacia hasta un máximo de 18 meses (efecto *pro futuro*), como que el tribunal pueda establecer en su sentencia que la ley no se aplique a hechos consumados con anterioridad a la sentencia y, en este último caso, no se establece límite temporal alguno a la eficacia retroactiva (efecto *pro praeterito*).

⁴⁸⁸ Ermacora, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, *cit.*, p. 530.

senal tipológico de sentencias constitucionales, algunas de las cuales vienen a romper en la práctica con el principio general de eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad.

Por lo que a México ya se refiere, merecen ser destacados los siguientes puntos de la regulación constitucional positiva de los efectos en el tiempo de las sentencias estimatorias pronunciadas en el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad:

i) El principio general de que se parte en cuanto a los efectos temporales de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad está formulado negativamente en el artículo 105 constitucional, al señalar que la declaración de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos. Esta es la solución general en Latinoamérica: Panamá, Brasil, México, Colombia, Guatemala, Bolivia, Venezuela, Perú, Ecuador.⁴⁸⁹

ii) Nada se dice, sin embargo, en el texto constitucional, sobre el *dies a quo* de esos efectos temporales de una eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad. La Constitución sólo dice que la nulidad no tendrá efectos retroactivos, pero tampoco afirma expresamente que haya de producir necesariamente sus efectos inmediatamente después del pronunciamiento de la Suprema Corte.

iii) Aprovechando este vacío constitucional sobre el *dies a quo*, el legislador reglamentario —siguiendo de cerca, por lo demás, el sistema austriaco del *Wartefrist*— ha establecido que “las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia” (artículo 45 LR105).

Esta interpretación del texto constitucional por el legislador ordinario no era la única posible, si bien su constitucionalidad no parece discutible. Hay que reconocer, por lo pronto, que el hecho de que el texto constitucional guarde silencio sobre el momento en que las sentencias han de empezar a producir sus efectos no puede ser interpretado como una remisión en blanco al legislador en tan importante punto, obviamente. De otra forma, esa remisión sin más al legislador dejaría en manos de éste la destrucción pura y simple de todo el sistema trabajosamente diseñado para controlar, *concentradamente por la Suprema Corte y por vía de acción planteada por determinados órganos políticos*, la constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales. El legislador no puede ser libre para establecer, pongamos por caso, que las sentencias producirán

489 Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional...”, *cit.*, pp. 156 y ss.

sus efectos a los 10 años de su publicación, ni otras regulaciones disparatadas que rompan con el sistema introducido por el artículo 105 constitucional, y así se desprende de la más obvia interpretación sistemática y teleológica del citado precepto.

Pero nada de eso es lo que se hace mediante una regulación como la señalada, pues no es el legislador quien, directamente, establece una eficacia diferida de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, sino que meramente autoriza a la Suprema Corte a establecer esa eficacia diferida, previsión que se revela útil y, a la luz del derecho comparado (como enseguida veremos), acertada. Con todo, hay que decir que existen ciertos rasgos del sistema austriaco que no se han seguido en el caso mexicano, y que hacen a aquél superior. Concretamente:

i) A diferencia del sistema austriaco, no se admite (fuera de lo que se dirá respecto de la materia penal), en ningún caso, la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad. No se otorga a la Suprema Corte facultad alguna para establecer, en ciertos casos, que la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad se extienda a hechos consumados con anterioridad a la misma, como sí se hace en Austria, siquiera por la vía de excepción.

ii) En cuanto a la eficacia diferida, la letra de la ley no señala ningún plazo máximo de prórroga jurisprudencial de la vigencia de la ley declarada inconstitucional, a diferencia del plazo de 18 meses que prevé la Constitución austriaca. Tampoco se prevé, en la ley, esa eficacia diferida como excepción a una regla general de eficacia inmediata a la publicación de la sentencia, como sí hace la Constitución austriaca, aunque ello no obsta a considerar que así debe ser en efecto: aunque la ley no establezca expresamente esa regla general de la eficacia inmediata, una interpretación de acuerdo al texto constitucional (que no dice nada sobre el *dies a quo*, partiendo más bien, implícitamente, de la eficacia inmediata como regla general) ha de llevar necesariamente a esa conclusión y además supone que, en todo caso, el plazo que se establezca de *vacatio sententiae* (valga la expresión) de la declaración de inconstitucionalidad ha de estar justificado —en atención a las circunstancias, y a las (negativas) consecuencias de una eficacia inmediata (que habrán de explicitarse y justificarse en la sentencia)—, y no sólo en cuanto a su establecimiento, sino también en su duración. Hay que reconocer, no obstante, que ello va a depender, más que nada, de la prudencia y buen

sentido de la Suprema Corte, que sin duda no faltarán, sin que haya posibilidad alguna de control, más allá del de la opinión pública y la doctrina, pues sólo *in extremis* habrá de intervenir el propio legislador.

iii) La única excepción que establece el propio artículo 105 constitucional al principio general de irretroactividad de los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad viene referida a la “materia penal”, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables en esta materia. Habrá que determinar si cabe una interpretación amplia y entender incluidas dentro de la materia penal a las normas sancionadoras administrativas.

c) El valor de cosa juzgada

Las sentencias se benefician, por lo demás, del valor de cosa juzgada, es decir, no son susceptibles de recurso alguno⁴⁹⁰ y se imponen a todos los poderes públicos y autoridades.⁴⁹¹ Además, la Suprema Corte no puede volver a conocer de la constitucionalidad de esas mismas normas (identidad de objeto) cuando los conceptos de invalidez alegados sean los mismos (identidad de causa)⁴⁹² por ser ésa una causa legal de improcedencia.

Se plantea también la cuestión de si la autoridad de cosa juzgada vincula a la propia Suprema Corte en cuanto a la doctrina formulada y a la interpretación por ella sostenida y aquí hay que entender que la Suprema Corte no está *absolutamente* “atada” por sus decisiones anteriores sino que, puesto que la Constitución no es una fórmula matemática ni puede tampoco ser un texto muerto, puede el alto tribunal rectificar criterios anteriores,⁴⁹³ lo que en cualquier caso habrá de hacerse sólo en ocasiones contadas, con prudencia y, como hemos dicho al hablar de la argumentación, con una fundamentación especialmente intensa.

⁴⁹⁰ Artículo 51 LR.

⁴⁹¹ Artículo 43 LR.

⁴⁹² Aunque el artículo 19.IV LR exige no sólo identidad de objeto y de causa, sino también de partes, entiendo que ello es así respecto de las controversias únicamente, a las que específicamente se dirige el precepto, pero no respecto de las acciones de inconstitucionalidad, a las que se refiere sólo indirectamente, por remisión al mentado precepto del artículo 65 LR y que responden a una lógica distinta.

⁴⁹³ Nos referimos a los criterios que hayan constituido la *ratio decidendi* de una resolución anterior y no a los *obiter dicta*, que no le vinculan en absoluto.

4. *El desarrollo por las jurisdicciones constitucionales de una rica variedad tipológica de sentencias. Especial referencia a las sentencias interpretativas y a las sentencias de inconstitucionalidad parcial*

La gravedad ínsita en toda declaración de inconstitucionalidad —por las importantes consecuencias que de ella pueden derivarse, así como por el simple hecho de que supone la intervención del tribunal constitucional en el campo del legislador, para “corregirlo”— es la circunstancia principal que explica por qué los diversos tribunales constitucionales, y el propio Tribunal Supremo americano, han ido descubriendo y creando diversas técnicas que modulan de alguna forma la declaración pura y simple de inconstitucionalidad, especialmente en aquellos sistemas que parten como principio general de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad.

Puede hoy afirmarse así que, entre la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad y la sentencia desestimatoria, hay un vasto campo. Existen hoy, en efecto, muy diversas modalidades alternativas de sentencias a dictar por el órgano de la constitucionalidad entre la sentencia estimatoria y la desestimatoria, lo que ha llevado precisamente a la doctrina europea a hablar de la “técnica” de las sentencias constitucionales. Resulta así que, si bien la alternativa nulidad/conformidad constitucional representa el modelo clásico de control judicial de las normas emanadas del Parlamento, este modelo hoy ha sido ya, o está siéndolo, ampliamente superado. Si bien no es previsible que la Suprema Corte haga, en los primeros tiempos, uso de alguna de estas modalidades sentenciadoras (sentencias apelatorias, admonitorias, aditivas, de mera inconstitucionalidad sin declaración de nulidad,⁴⁹⁴ etcétera), probablemente puedan ser tenidas en

⁴⁹⁴ No vamos aquí a entrar en el análisis, somero siquiera, de todas estas modalidades sentenciadoras, pues ello nos llevaría demasiado lejos en el marco de la presente investigación. Entre la bibliografía que puede consultarse, baste indicar la siguiente, a título meramente orientativo: en general, Fernández Rodríguez, José Julio, “La tipología de sentencias del órgano de justicia constitucional”, *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, núm. 15, 1997 (en prensa); para Italia, Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre, 1996 (y la amplia bibliografía listada en este artículo, a la que puede añadirse Adele Anzón, “Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVII (1992), fasc. 4, pp. 3199 y ss. y la bibliografía en él utilizada); para Alemania, dos buenas visiones de conjunto son las de Sabine Stuth, “Entscheidung”, en el colectivo Umbach, Dieter C. y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, cit., pp. 1003 y ss. y Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 359 y ss. y la bibliografía que allí se cita (pp. 972 y ss. del libro de Umbach y Clemens); para Francia, Fernández

cuenta por dicho órgano una vez que se produzca una cierta consolidación del mismo y de la acción de inconstitucionalidad. Sólo vamos a prestar aquí nuestra atención a dos de las principales modalidades sentenciadoras, por su interés especial y porque la Suprema Corte parece que habrá de hacer uso irremisiblemente de ambas ya desde sus primeros tiempos: son las sentencias interpretativas, que han sido utilizadas invariablemente por todos los tribunales constitucionales, lo que en México resulte quizás potenciado por la amplia mayoría requerida para declarar inconstitucional la ley; y, por otra parte, las sentencias de inconstitucionalidad parcial.

A. El principio de interpretación conforme a la Constitución y las denominadas sentencias (desestimatorias) interpretativas: su derivación lógica de la presunción de constitucionalidad de las leyes

Sentencias interpretativas son, en palabras del Tribunal Constitucional español, “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”.⁴⁹⁵

Tales sentencias están estrechamente vinculadas al principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, principio que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo americano⁴⁹⁶ que exige la interpretación de las leyes *in harmony with the Constitution*, y responde a una lógica clara, siendo una buena muestra de ello la aceptación del mismo por vía jurisprudencial en prácticamente todos los sistemas de justicia constitucional, y muy singularmente en la doc-

Rodríguez, José Julio, “Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 18-19, 1997, pp. 161 y ss.

⁴⁹⁵ STC 5/81, de 13 de febrero, FJ 6o.

⁴⁹⁶ No le falta razón a Black [Black, Jr., Charles L., *Perspectives in Constitutional Law*, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1963, p. 4] cuando señala que la cuestión es el alcance concreto que se da a la presunción, que podría reducirla a una simple formalidad no operativa o, en el otro extremo, suponer una extinción virtual de la *judicial review*; algo de esto último ha ocurrido en la jurisprudencia norteamericana más reciente mediante una “deferencia” absoluta y desmedida no sólo frente al Legislativo sino también frente al Ejecutivo.

trina del Tribunal Constitucional alemán (*Verfassungskonforme Auslegung*).⁴⁹⁷ Nos referiremos brevemente a sus grandes rasgos.

El juez Cardozo en la sentencia *Ashwarder v. Tennessee* enunció el principio de interpretación conforme a la Constitución, que conduce a las sentencias interpretativas, así:

Cuando es puesta en cuestión la validez de una ley del Congreso, aun cuando exista una seria duda sobre su constitucionalidad, es un principio cardinal que este Tribunal decida, en primer lugar, si es posible una construcción o interpretación flexible de la ley, mediante la que pueda ser evitada la cuestión de constitucionalidad.

Se deriva este principio de la consideración de la Constitución como Ley Suprema,⁴⁹⁸ conectada a la unidad de todo el ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*) y a una verdadera “presunción de constitucionalidad de las leyes”,⁴⁹⁹ que, como señala García de Enterría, no

⁴⁹⁷ Romboli, Roberto, “La tipología de las decisiones...”, *cit.*, pp. 62-63; Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1993, pp. 410-411.

⁴⁹⁸ “Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante”. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 97. Pero, como Pérez Luño ha señalado, junto a la fundamentación inmediata y formalista del principio de interpretación conforme a la Constitución en los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica, también puede encontrarse otro origen desde una perspectiva más material o valorativa: dicho principio “de la interpretación conforme”, en efecto, “supone una trasposición a la teoría del constitucionalismo y del Estado de Derecho de un postulado de la doctrina iusnaturalista. Así, a semejanza del papel que en la tradición iusnaturalista juega la ley natural como *Grundnorm* o criterio fundamentador de la validez del contenido de las normas positivas, las Constituciones del Estado de Derecho, que no por casualidad tienen como uno de sus principales cometidos el positivizar los derechos naturales, van a actuar como parámetro de la validez del contenido de las restantes normas del ordenamiento jurídico. De ahí que la interpretación conforme no sea un mero banco de prueba de la adecuación formal de las leyes, es decir, de su respeto a las reglas de procedimiento que en cada sistema jurídico determinan la producción normativa, sino que es un criterio material que enjuicia el contenido de las normas y su conformidad con el contenido de la Constitución en su conjunto, o sea, con el sistema de valores, principios y normas que deben informar todo el ordenamiento jurídico”, todo lo cual no hace sino poner de relieve la insuficiencia de la teoría positivista en orden a la interpretación constitucional. Pérez Luño, Antonio-Enrique, “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, pp. 130-131.

⁴⁹⁹ Formulada ya en 1920, en España, por Alvarado, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad...*, *cit.*, p. 48. La doctrina alemana (Ehmke) ha entendido que esta presunción presenta una doble dimensión: a) en el plano subjetivo, como *favor legislatoris*, supone un reconocimiento implícito de la primacía del legislador democrático en la concreción y desarrollo del texto constitucional; b) en el plano objetivo, como *favor legis*, implica una presunción de que la ley se ajusta

es la simple afirmación formal de que cualquier ley⁵⁰⁰ se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que pueda permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea “razonablemente posible”, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.⁵⁰¹

Ahora bien, la interpretación llevada a cabo por el tribunal en estos casos tiene unos límites, pues el contenido claro de la norma constitucional no puede ser redefinido, alterado o corregido de un modo radical,⁵⁰² ni los fines (Scopi) del legislador pueden ser modificados en sus puntos esenciales.⁵⁰³ Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán ha negado la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución de una regulación emanada durante el nazismo, por cuanto que el espíritu que lo inspiraba era profundamente totalitario y habría exigido, más que

a los parámetros establecidos por la Constitución. Pérez Luño, Antonio, “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, pp. 126 y ss.

⁵⁰⁰ Es discutida, no obstante, la aplicación de esta técnica a las leyes de reforma constitucional. *Cfr. Bverfge* 30, 1 (17 y ss., 34).

⁵⁰¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 96. Y, como Hesse nos recuerda, la interpretación conforme tiene lugar no sólo “allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente ‘normas-parámetro’ (*Prüfungsnormen*), sino también ‘normas de contenido’ (*Sachnormen*) en la determinación del contenido de las leyes ordinarias”. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *cit.*, pp. 50- 51.

⁵⁰² Pues, como nos dice Hesse, cuando “el contenido que, a través de la interpretación conforme, el tribunal da a la ley contiene no ya un *minus*, sino un *aliud* frente al contenido original de la ley”, “el tribunal interfiere las competencias del legislador con más intensidad incluso que en el supuesto de una declaración de nulidad, puesto que es él mismo quien conforma positivamente, mientras que en el caso de declaración de nulidad la nueva conformación sigue siendo asunto del legislador”. Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, *cit.*, pp. 52-53.

⁵⁰³ Stuth, Sabine, *Il Bundesverfassungsgericht e...*, *cit.*, p. 290. Si bien la doctrina ha criticado a los Tribunales Constitucionales por deformar “la auténtica voluntad del legislador con la preferencia por determinadas fórmulas que el legislador hubiera podido establecer”, lo que lleva a salvar “*en último extremo* regulaciones cuestionables que mejor hubieran sido devueltas al legislador para una nueva redacción”. Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 854.

una interpretación, una verdadera y propia reformulación, que habría podido consistir, en último término, en una actividad creativa, pura y simplemente, de una norma.

Si la admisibilidad de las sentencias interpretativas puede plantear dudas en algún sistema de justicia constitucional, aparte de que la jurisprudencia sin apenas excepciones las admite, desde luego su procedencia en el derecho mexicano es indiscutible a la luz del artículo 43 de la Ley Reglamentaria, que aunque se ubique en sede de controversias constitucionales, es de aplicación por la remisión que a él, entre otros preceptos, realiza el artículo 73. Dice el artículo 43:

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.

Parece que, aunque ello pueda resultar un tanto absurdo, para que la sentencia interpretativa (desestimatoria) sea vinculante en México habrá de ser una sentencia aprobada con el voto de ocho ministros al menos, es decir, la misma mayoría cualificada que se requiere para aprobar una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad. Y a esta exigencia de mayoría cualificada cabe hacerle las mismas críticas que a la mayoría exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes: la cualificación de la mayoría requerida no tiene justificación racional ni en uno ni en otro caso.

En toda sentencia interpretativa, el Tribunal habrá de razonar por qué sólo será constitucional el precepto si se interpreta en el preciso sentido que el Tribunal establece o si no se interpreta en alguno de los sentidos rechazados por inconstitucionales. Pues bien, esos razonamientos y, consiguientemente, también los resultados racionales a los que llega, son los aludidos en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria como vinculantes para todos los tribunales mexicanos.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ También la jurisprudencia constitucional alemana ha entendido que el efecto vinculante (*Bindungswirkung*) se extiende a los motivos determinantes (*tragende Gründe*) de la decisión: *BVerfGE* 1, 14 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (89); 40, 88 (93).

Un pequeño, y último, problema surge respecto de la posibilidad de una sentencia interpretativa dictada con relación, no a una ley, sino a un tratado internacional sobre cuya constitucionalidad se suscitan dudas. Parece que, respecto de los tratados internacionales, no será posible admitir en ningún caso esta técnica sentenciadora, sino que en estos casos la sentencia habrá de ser, irremisiblemente, bien de conformidad, bien de declaración de inconstitucionalidad, pues de otro modo se iría contra la naturaleza misma de la normativa internacional y podrían generarse graves problemas en la esfera internacional e incluso en la interna.⁵⁰⁵

B. *Las sentencias de inconstitucionalidad parcial*

Aunque estas sentencias no tengan, desde una perspectiva técnico-formal, nada de nuevo, su capacidad de modificar la *voluntas legis* se ha revelado como un importante instrumento para influir en el ordenamiento.⁵⁰⁶ Se trata de supuestos en que sólo algunas de las disposiciones legales son inconstitucionales, pero no la ley en su integridad. Y del mismo modo que ocurre en el ámbito privado o en el administrativo, ello no conduce a la declaración de nulidad de la ley en su conjunto, sino sólo de las disposiciones inconstitucionales: es la nulidad parcial de la ley.

Ocurre, sin embargo, que habrá casos en que la inconstitucionalidad de disposiciones legales singulares habrá de traducirse necesariamente en una nulidad total de la ley, frente a la regla general de la “incomunicación de la nulidad”: a) bien porque las restantes disposiciones de la ley sujeta a examen dejan de tener significado autónomo (criterio de la dependencia); b) bien porque las disposiciones inconstitucionales formaban parte de una regulación global a la cual prestaban sentido y justificación (regla de la interdependencia).⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ No obstante, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado recientemente conforme a la Constitución el Tratado de Maastricht (sobre la Unión Europea) *siempre* que se interprete en un determinado sentido que él precisa: “la fecha de entrada en la tercera fase [moneda única] de la Unión debe ser más bien considerada como un objetivo a seguir que como un término jurídicamente vinculante. El paso a la tercera fase exige igualmente una evaluación por el *Bundestag* de los criterios de convergencia”. En definitiva, y aunque ello no aparezca previsto por el Tratado en ningún lado, el Tribunal Constitucional exige una intervención parlamentaria para el paso a la moneda única.

⁵⁰⁶ Stuth, Sabine, *Il Bundesverfassungsgericht e il...*, cit., p. 290; sobre el tema en el derecho estadounidense, puede verse Alonso García, Enrique, “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre de 1982, pp. 217-221.

⁵⁰⁷ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, cit., pp. 1077-1078.

Junto a los supuestos aludidos, puede darse otra hipótesis de nulidad parcial cuando el tribunal declara la inconstitucionalidad sólo de una de las partes separables⁵⁰⁸ de la disposición impugnada,⁵⁰⁹ así como cuando sea declarada inconstitucional sólo una de las posibles normas deducibles de dicha disposición, “la cual queda, por tanto, en vigor en lo que atañe a todas las demás. Este último tipo de resoluciones se caracteriza por la fórmula, contenida en el fallo, según la cual una disposición es declarada inconstitucional en la parte en que prevé o dispone algo”.⁵¹⁰

5. *La ejecución de la sentencia*

El capítulo III del título III LR105 tiene por objeto la regulación de las sentencias dictadas en los procesos de constitucionalidad, y aunque su artículo 73 LR105 efectúa una remisión a diversos preceptos referidos a las sentencias dictadas en las controversias constitucionales, no se hace, en cambio, ninguna remisión a los preceptos que regulan la *ejecución* de las sentencias dictadas en tales controversias. Resulta así que la ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de constitucionalidad carece de regulación específica, lo que no impide considerar aplicable a la acción de inconstitucionalidad todo lo previsto para las controversias constitucionales, y ello por virtud de la remisión que el artículo 59 de la ley efectúa, con carácter general, a la regulación de las controversias en todo lo no previsto en el título III, referido a las acciones de incons-

⁵⁰⁸ Se trata de una parte de la disposición que podría constituir por sí sola una disposición autónoma pero que, por las razones que sean, se halla formando parte de un precepto más amplio. Hay que enfatizar esa autonomía o separabilidad para distinguir estos supuestos de aquellos otros en que se anulan una o varias palabras, sin las cuales cambia el contenido normativo del enunciado legal (sentencias manipulativas), que plantea mayores problemas, con respecto a la libertad de configuración del legislador, que las sentencias de mera anulabilidad o las apelatorias o admonitorias, especialmente en aquellos supuestos en que la eliminación de una o varias palabras conduce a la ampliación del ámbito de aplicación del precepto, por lo general para poner punto y final a una infracción legal del principio constitucional de igualdad. Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 523.

⁵⁰⁹ Zeidler, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III, 1987, p. 41.

⁵¹⁰ Un trabajo fundamental sobre este punto es el de Zippelius, Reinhold, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el colectivo Starck, Christian (dir.), *Bundesverfassungsgericht und...*, cit., t. 2, pp. 108 y ss. Para Italia, véase Roberto Romboli, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteada en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996, pp. 63-64.

tucionalidad. Es, por lo demás, la propia Constitución la que prevé que, en caso de incumplimiento de las resoluciones dictadas con motivo de las acciones de inconstitucionalidad, se aplicarán los procedimientos previstos en la misma Constitución para el amparo, en su artículo 107.XVI y que en su globalidad tienden a convertir a la Suprema Corte —como se ha dicho del Tribunal Constitucional alemán— también en “dueña de la ejecución”.

A la luz de lo anterior, puede decirse que, en primer lugar, en relación a las controversias constitucionales, se establece en el artículo 46 LR105 que las propias partes habrán de informar al presidente de la Suprema Corte de Justicia del cumplimiento de la sentencia en el plazo fijado por la sentencia, debiendo aquél resolver si la sentencia ha quedado efectiva y debidamente cumplida, disposición que no tiene sentido aplicar al proceso de constitucionalidad de las leyes, en el que los efectos no son *inter partes*, sino *erga omnes*, ni hay tampoco partes en sentido estricto que defiendan sus propios intereses.

En caso de incumplimiento total o parcial, las partes podrán solicitar al presidente de la Corte para que requiera a la parte obligada para que informe de inmediato de su cumplimiento. Si ese cumplimiento no se produce en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación del requerimiento, o la ejecutoria se encontrare en vía de ejecución o si se advierte el intento de eludir su cumplimiento, el presidente de la Corte, cuando la naturaleza del acto lo consienta, “turnará el asunto al ministro ponente para que someta al Pleno el proyecto por el cual se aplique el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (artículo 46 LR105), artículo que se remite a su vez a los dos primeros párrafos del artículo 107, fracción XVI,⁵¹¹ como ya hemos visto.

Y en dicho artículo 107 constitucional se establece:

Si concedido el amparo, la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, y la Suprema Corte de Justicia estima que es inexcusable el incumplimiento, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al Juez de distrito que corresponda. Si fuera excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a

511 Esta fracción tiene una nueva redacción tras la reforma de 31 de diciembre de 1994.

la responsable y le otorgará un plazo prudente para que ejecute la sentencia. Si la autoridad no ejecuta la sentencia en el término concedido, la Suprema Corte de Justicia procederá en los términos primeramente señalados. Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, podrá disponer de oficio el cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Igualmente, el quejoso podrá solicitar ante el órgano que corresponda, el cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, siempre que la naturaleza del acto lo permita.

Como la doctrina ha señalado, para determinar los alcances de estas disposiciones constitucionales es preciso diferenciar las distintas posibilidades que puede presentar la ejecución del fallo protector según la materia de la controversia. Y si se trata de normas generales, que será siempre la hipótesis en las acciones de inconstitucionalidad,

la sola declaración de invalidez consuma los efectos anulatorios, por lo que ya no es necesario identificar los posibles supuestos de incumplimiento o de cumplimiento sustitutivo, pero en la hipótesis de repetición de la norma general impugnada por parte de la autoridad encargada de su expedición, el artículo 47 LR dispone que la Suprema Corte, una vez comprobada la repetición o la aplicación indebida de las disposiciones legislativas anuladas, ordenará la separación de la autoridad y su consignación penal, por lo que no puede optarse por el incumplimiento sustituto,⁵¹²

aunque ello parece, ciertamente, muy poco apropiado para el caso de las acciones de inconstitucionalidad. Es, en cualquier caso, una hipótesis extrema que habrá que evitar.

IV. LA TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

En este sentido, debe destacarse que es el artículo 65 de la Ley Reglamentaria el que, por referencia al artículo 25 de la misma (relativo a las controversias constitucionales), prevé que pueda el ministro instructor

⁵¹² Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge y Cossío Díaz, José R., “La jurisdicción constitucional en...”, *cit.*, p. 775.

en las acciones (procesos, más bien) de inconstitucionalidad aplicar las causas de improcedencia y sobreseimiento de los artículos 19 y 20.

Debe señalarse que, dado que la apreciación de esta improcedencia corresponde exclusivamente al ministro instructor, se contempla en la propia ley una garantía por la que los demás miembros del órgano colegiado se corresponsabilizan de su decisión o, por el contrario, la corrigen o rectifican: cabrá recurso de reclamación “contra los autos o resoluciones que admitan o desechen una demanda, su contestación o sus respectivas implicaciones” (artículo 51.I LR105).

En cuanto a las causas de improcedencia y las causas de sobreseimiento, se contemplan, respectivamente, en los artículos 19 y 20 de la Ley reglamentaria.⁵¹³ Por lo que a las primeras se refiere, y antes de su enumeración y análisis, conviene subrayar cómo el propio artículo 19, en su último párrafo, establece que “en todo caso, las causas de improcedencia deberán examinarse de oficio” y el artículo 25 LR105, por su parte, establece que, una vez recibida la demanda y designado, según el turno que corresponda, un ministro instructor, deberá éste ante todo examinar el escrito de la demanda “y si encontrare motivo manifiesto e ineludible de improcedencia, la desechará de plano”, lo que la Suprema Corte ha interpretado como exigencia de que el

juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considera probada la correspondiente causa de improcedencia sin lugar a dudas, sea porque los hechos sobre los que descansa hayan sido manifestados claramente por el demandante o porque estén probados con elementos de juicio indubitables, de suerte tal que los actos posteriores del procedimiento no sean necesarios para configurarla en forma acabada y tampoco puedan, previsiblemente, desvirtuar su contenido.⁵¹⁴

Estas causas de improcedencia son las siguientes:

1) “Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia”. A juicio de Castro y Castro, se trata de una “imitación extralógica del juicio de amparo” pues la Suprema Corte no está legitimada en las acciones de inconstitucio-

⁵¹³ Y entre esas causas de sobreseimiento no se contempla la renuncia, el desestimiento ni el allanamiento, que no se admiten con entera lógica.

⁵¹⁴ Tesis LXXII/95 (9ª), emitida en el recurso de reclamación de la acción de inconstitucionalidad 1/95.

nalidad (ni tampoco en las controversias), ni activa ni pasivamente, por lo que esta causa no tiene ningún sentido.⁵¹⁵

2) “Contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez”. Se contempla aquí la litispendencia, exigiéndose identidad de partes, objeto y causa. La referencia a la “controversia” debe entenderse referida aquí a otra acción de inconstitucionalidad, como resulta obvio y señala expresamente, por lo demás, el artículo 65 *in fine*.

3) “Contra normas generales o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Se alude así a la cosa juzgada, requiriéndose también aquí identidad de partes, objeto y causa.⁵¹⁶ Respecto de la referencia a la “otra controversia”, vale lo dicho en el apartado anterior.

4) “Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia”. Se trata de una causa de improcedencia perfectamente coherente con un sistema en que la nulidad derivada de la inconstitucionalidad no tiene nunca efectos retroactivos y la acción de inconstitucionalidad se concibe para resolver dudas reales sobre la aplicación del derecho y no para dar lugar a dilucidaciones teóricas.

5) “Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto”. Obviamente,⁵¹⁷ esta causa no es de aplicación a la acción de inconstitucionalidad, pues es ésta una vía procesal excepcional que se concede a determinados órganos políticos para impugnar en vía directa la constitucionalidad de una ley, al margen de los recursos de que disponen el común de los ciudadanos para hacer valer la constitucionalidad de las leyes por medio de la acción de amparo contra leyes.

⁵¹⁵ Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, cit., p. 265.

⁵¹⁶ Como hemos dicho ya al hablar de los efectos de la sentencia, entiendo que el requisito de identidad de partes no es de aplicación a las acciones de inconstitucionalidad pues ello carecería de todo sentido, que sí tiene en cambio, respecto de las controversias.

⁵¹⁷ No lo entiende así, en cambio, Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, cit., pp. 267 y ss.

6) “Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21 de la Ley”. Se trata de la extemporaneidad, cuestión sobre la que nos remitimos a lo comentado con anterioridad respecto del plazo.

7) “En los demás casos en que la improcedencia resultare de alguna disposición de esta ley”.

El artículo 20, por su parte, regula las causas de sobreseimiento que pueden ser apreciadas por el ministro instructor o bien por el Pleno en la sentencia (artículos 41.V y 65 LR105) y que son las siguientes:

1) “Cuando la parte actora se desista expresamente de la demanda interpuesta en contra de actos, sin que en ningún caso pueda hacerlo tratándose de normas generales”. Dado que la acción de inconstitucionalidad se dirige siempre contra normas generales, no cabe respecto de ella el sobreseimiento por desestimación del actor, como establece el artículo 65 LR105 y tal y como acontece en otros países.⁵¹⁸

2) “Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo 19”. Se trata de causas de improcedencia sobrevenida, bien porque es una causa que no existía en el momento de admitir la acción bien porque no se conocía de forma “manifiesta e indudable”.

3) “Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma [...] materia de la controversia”.

4) “Cuando por convenio entre las partes haya dejado de existir el acto materia de la controversia, sin que en ningún caso ese convenio pueda recaer sobre normas generales”. No es aplicable a la acción de inconstitucionalidad, como se prevé expresamente al prohibir el convenio entre las partes para la derogación de normas generales. Sin embargo, si esa derogación se produce resulta claro que concurre la causa de sobreseimiento prevista en el número 3, especialmente en cuanto que se prohíbe la retroactividad.

⁵¹⁸ Para Alemania Stuth, Sabine, “Verfahren in den Fällen...”, *cit.*, p. 986, quien nos dice que el proceso queda substraído a la disposición del actor.

CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación lleva a las siguientes conclusiones, sintéticamente expuestas:

Primera. La especialización progresiva de la Suprema Corte de Justicia mexicana en cuestiones de relevancia constitucional parece llegar a su punto culminante con la reforma constitucional de diciembre de 1994 (completada, a su vez, por la reforma de agosto de 1996), que atribuye a dicho tribunal dos competencias prototípicas de un tribunal constitucional: la acción de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Sobre su caracterización, o no, como un verdadero tribunal constitucional puede concluirse:

1. Si bien la Suprema Corte de Justicia reúne casi todos los elementos positivos distintivos de un tribunal constitucional, y particularmente tiene todas sus competencias más características, es lo cierto también que retiene otras competencias cuya atribución a un verdadero tribunal constitucional resulta difícil de justificar, por tratarse de competencias de mera legalidad, sin que tengan tampoco una trascendencia política especial que pueda justificar su conocimiento por un órgano de la constitucionalidad.

2. Sin perjuicio de lo anterior, resulta obligado reconocer que la Suprema Corte de Justicia, a resultas de la evolución que se ha producido en los últimos años, se halla más cerca de ser un tribunal constitucional que de ser lo que su *nomen iuris* parece continuar indicando: es decir, es más un órgano jurisdiccional de la constitucionalidad que un tribunal de naturaleza casacional. Por ello, es perfectamente posible que llegue a desempeñar una función análoga a la de un tribunal constitucional, aun sin serlo en sentido estricto. Es claro, por otra parte, que cualquier paralelismo de la Suprema Corte de Justicia habrá de establecerse, no con los tribunales supremos (casacionales), sino justamente con los tribunales constitucionales pues, por más que no se identifique formalmente con uno de éstos, es evidente que se aproxima material y funcionalmente a uno

de ellos en un grado importante; son, por consiguiente, el modelo a tomar en cuenta.

3. Sería deseable, en todo caso, que una eventual reforma constitucional, con toda claridad, instaurase un verdadero tribunal constitucional, con ésta o parecida denominación, con todas las consecuencias, al que habría de dotarse de competencias de naturaleza estricta y exclusivamente constitucional, creándose a su lado una Corte Suprema de naturaleza casacional.

Segunda. La naturaleza de la acción de inconstitucionalidad instaurada por la reforma constitucional de 1994 es, desde una perspectiva jurídico-procesal estricta, la de una acción y no la de un recurso. Dicha acción incoa un proceso (constitucional) por medio del cual la Suprema Corte conoce de la constitucionalidad de las leyes *en abstracto*, y cuando decimos que conoce en abstracto, pretendemos señalar que es un conocimiento de la constitucionalidad de la ley que tiene lugar, por así decirlo, “en el vacío”, esto es, un conocimiento desligado de todo caso concreto. Ello contrasta fuertemente con el modo en que cualquier juez o tribunal federal mexicano conoce de la constitucionalidad de las leyes, que es un conocimiento íntimamente ligado, y condicionado, por la dialéctica del caso concreto y particular, al que desde luego se limitarán los efectos de cualquier eventual resolución, mientras que, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, los efectos son generales y afectan, por ello, a la validez misma de la ley sujeta a examen, y en principio a todos y cada uno de los casos particulares a los que esa ley pudiera eventualmente aplicarse.

Y es ese carácter abstracto de la acción, junto con la legitimación restringida a ciertos órganos políticos, lo que conduce a un elevado grado de politicidad de este tipo de procesos, como la experiencia comparada acredita suficientemente, y la brevísima experiencia mexicana no hace más que corroborar. Pero si ello presenta algunos riesgos e inconvenientes, serán siempre menores que las ventajas y beneficios que de una utilización medianamente racional de esta vía pueden derivarse. En efecto, si el tribunal sabe cumplir dignamente su misión, sin excederse ni quedarse tampoco corto en el ejercicio de sus atribuciones de control de la constitucionalidad de las leyes, habrá de tocarle sin duda desempeñar un importante papel integrador, especialmente mediante la protección de las minorías y la resolución de conflictos políticos que, de otra forma, y en un clima de mayor pluralismo político como el que comienza a

vivirse en México no encontrarían una adecuada vía de escape y se encontrarían en la vida política. Esta contribución de la Corte al asentamiento y consolidación de la democracia en el día a día del país, por medio de la salvaguardia de la supremacía constitucional y la aceptación, aunque sea “a regañadientes”, por todas las partes política y procesalmente contendientes de la resolución de la Suprema Corte, es algo más que mera teoría: es una realidad que nos muestra el derecho comparado y, sobre todo, es ya una realidad en la breve experiencia mexicana en este terreno.

Tercera. La legitimación (activa) se regula de una forma claramente restrictiva, lo cual resulta, en principio, característico, y no sin ciertas excepciones, de esta vía procesal. Resulta evidente que, cualquiera que sea el cuadro de legitimados que se diseñe, su finalidad primigenia sólo puede ser la protección de la Constitución y de su vigencia efectiva. Pero, aparte de esa finalidad genérica y última de protección de la supremacía constitucional, los principales modelos de legitimación que el derecho comparado nos ofrece responden, en segundo grado, a otros fines no menos importantes, fundamentalmente tres: (1) la protección del reparto constitucional de competencias, o del propio ámbito competencial (bien sea éste el del Estado central o la Federación, frente a las Regiones, Comunidades o estados, bien sea el de éstas frente al Estado central o federal), (2) la protección de las minorías políticas y (3) la protección de los derechos fundamentales.

La legitimación que prevé la Constitución mexicana parece responder, antes que nada, aparte ya del objetivo primero de protección de la supremacía constitucional, a la finalidad de protección de las minorías político-parlamentarias (en general, y muy particularmente en materia electoral), sin que se prevea una legitimación específica para la protección del reparto constitucional de competencias ni para la protección de los derechos fundamentales, lagunas ambas de cierta gravedad y que deben llevar, para corregirlas, a otorgar legitimación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como a los estados frente a las leyes de la Federación, y a ésta frente a las leyes de aquéllos. Pero, en tanto no se produzca esta ampliación de la legitimación, ésta aparece restringida a los siguientes órganos:

1. Fracción del órgano legislativo (de la Federación o de los estados) que expidió la norma que se impugna. Lo más probable es que sea esta legitimación la que haya de desempeñar un papel más importante. El

aspecto más criticable viene constituido por la exigencia de que la fracción parlamentaria que respalde la interposición de la acción haya de ser, como mínimo, de un tercio de los miembros del órgano legislativo. Este porcentaje resulta un tanto excesivo en cualquier sistema político, pero lo es de manera particular en México, donde tradicionalmente, y desde hace ya siete décadas, un partido monopoliza los escaños parlamentarios. Y si bien es cierto que la situación está cambiando relativamente y se camina hacia una situación política de mayor pluralismo político, tal situación no se ha alcanzado todavía en absoluto, por lo que la exigencia de una minoría tan elevada no sólo no se justifica, sino que no contribuye demasiado al más que necesario fortalecimiento de la oposición política en México.

2. Procurador general de la República. El principal problema que plantea este supuesto viene constituido por el estatuto jurídico del propio procurador y su grado de independencia respecto del presidente de la República. La dependencia del presidente de la República desvirtuaría en muy buena medida esta legitimación, que se dirige frente a tratados internacionales (cuya celebración corresponde al presidente de la República), frente a las leyes de la Federación (que suelen tener su origen en la presidencia de la República son promulgadas por el presidente y que son aprobadas por un órgano legislativo dominado, hasta hoy, por el partido del presidente), y frente a las leyes de los Estados (dominados mayoritariamente, hasta hoy, por el partido del presidente de la República). Por todo ello, es fácil comprender que, en tanto no se produzca un extraño y rotundo vuelco en la configuración parlamentaria mexicana, esta legitimación sólo adquiriría pleno sentido y virtualidad si el procurador general tuviese garantías objetivas de independencia frente al presidente de la República.

Sin embargo, la interpretación hasta hoy dominante, y de apariencia sólida, considera que el presidente de la República goza de la más absoluta libertad a la hora de destituir a “su” procurador general. No obstante, a la luz de la voluntad legislativa, me inclino más bien a pensar que esa destitución por el presidente de la República sólo puede obedecer a un ejercicio negligente de sus funciones por parte del procurador general, lo que dotaría a éste de una independencia razonable y de la que, desde luego, parece estar necesitado para el ejercicio de esta importantísima facultad de interponer la acción de inconstitucionalidad. En la

práctica, la cuestión hasta el momento presente no se ha suscitado pues se ha nombrado a personas de renombre e independencia, pero que en todo caso no han hecho, hasta el momento presente, un uso destacado de esta facultad impugnatoria.

3. Los partidos políticos, respecto de las leyes electorales. Esta legitimación no se concibe como excluyente de la de las fracciones parlamentarias ni de la del procurador general, sino simplemente como un mecanismo adicional, y específico, de tutela de la constitucionalidad en materia electoral. Es, asimismo, una garantía objetiva para cualquier partido político del respeto por el legislador de todos los principios constitucionales en materia electoral. La filosofía a que responde, así como la generosidad con que se contempla, sólo pueden merecer una valoración positiva.

Cuarta. El objeto de la acción de inconstitucionalidad está íntimamente ligado a la legitimación, pues sólo uno de los órganos legitimados, el procurador general, puede impugnar las leyes tanto de la Federación como de los estados, así como los tratados internacionales. Las fracciones parlamentarias, en cambio, sólo pueden impugnar las leyes aprobadas por el órgano legislativo en que se integran, mientras que los partidos políticos sólo pueden impugnar leyes electorales (y sólo las de su respectivo estado, cuando se trate de partidos de ámbito estatal). Aclarado esto, puede afirmarse que las normas susceptibles de impugnación por esta vía, son fundamentalmente dos:

1. Las leyes formalmente tales, lo que excluye a las normas con rango y fuerza de ley dictados por el Ejecutivo, laguna grave que habrá de corregirse en el futuro. En cambio, aquí resultan incluidos los reglamentos parlamentarios, cuya naturaleza legislativa es indiscutible en México. Suprimida por la reforma de agosto de 1996, en línea con el criterio imperante en el derecho comparado, la exclusión material que había operado la reforma constitucional de 1994 respecto de las leyes electorales, es lo cierto, no obstante que de la calificación de una ley como “electoral” siguen derivándose ciertas consecuencias de relevancia (legitimación específica, exclusión del amparo contra leyes, especialidades promulgatorias y en el procedimiento de impugnación, inmodificabilidad de su sustancia durante los procesos electorales).

También se incluyen aquí las reformas constitucionales, tanto las estatales, como inclusive las federales pues, aunque algún sector doctrinal

las considere parte integrante de la Constitución, lo cierto es que la necesaria diferenciación entre el poder constituyente *originario* y el *derivado* o *constituido*, la naturaleza legislativa de las reformas constitucionales (*aunque sea sui generis*) y el propio principio elemental de supremacía constitucional han de llevar a admitir el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, si bien habrá de tratarse en principio de un control únicamente formal o procedimental destinado a evitar que las reformas a la Constitución se conviertan en un caballo de Troya de la supremacía constitucional. El control material de la constitucionalidad es enteramente posible respecto de las reformas constitucionales de los Estados, mientras que respecto de las reformas a la Constitución federal sólo sería procedente si se admitiera la existencia de límites constitucionales implícitos o inmanentes y, en todo caso, sólo es imaginable en situaciones constitucionales patológicas de gravedad en las que probablemente la justicia constitucional ya poco pueda aportar, por sí misma, para hacer realmente operativos esos límites.

2. Los tratados internacionales. Es de lamentar, ante todo, que no se haya seguido el ejemplo de los sistemas más avanzados en el ámbito comparado, que prevén para estas normas un control de la constitucionalidad de carácter previo en atención al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, que establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, contemplando además expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, cuestión que resuelve terminantemente en el sentido de que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado” y, entre esas normas se encuentra incluida obviamente la propia Constitución, con lo cual la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional ya ratificado no es suficiente para destruir ni la vinculación internacional del Estado, ni tampoco la responsabilidad que de ese incumplimiento puede derivarse en el plano internacional. Es justamente para eludir ese riesgo para lo que se instituye un control *a priori* de las normas convencionales internacionales.

Por lo que se refiere ya a la opinión doctrinal de que por medio de la acción de inconstitucionalidad pueden impugnarse los tratados, pero no los convenios internacionales, hemos de concluir que esa distinción

entre unas y otras normas internacionales carece, a nuestro juicio, de todo apoyo constitucional y de toda base lógica, además de que, desde una perspectiva iusinternacionalista, resulta pura y simplemente inadmisibile. Enteramente distinto es el caso de los acuerdos interinstitucionales, normas que, incluso presuponiendo su (más que discutible) admisibilidad constitucional, no pueden ser objeto de impugnación por medio de la acción de inconstitucionalidad.

Quinta. El parámetro de enjuiciamiento utilizado para resolver la cuestión sobre la constitucionalidad, es y sólo puede ser la Constitución, pudiendo por su parte los vicios de inconstitucionalidad ser formales, procedimentales o materiales. Ello sitúa a la interpretación constitucional, con todas sus peculiaridades, en primer plano. Es preciso referirse, asimismo, y reflexionar sobre cuatro problemas genéricos que la Constitución como parámetro plantea: (1) la presencia de elementos decisionistas en la jurisprudencia constitucional y los riesgos que ello conlleva, de sustitución incluso de la voluntad constitucional por la voluntad del intérprete; (2) la necesidad imperiosa de fundamentación clara y exhaustiva de los fallos como criterio legitimador de la justicia constitucional y medio decisivo para que funcione como un organismo educativo; (3) la compatibilidad del método jurídico a utilizar por la Suprema Corte con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos; y (4) la posición privilegiada de las normas relativas a los derechos fundamentales en la labor de control constitucional de la ley.

Sexta. Uno de los aspectos sin duda más controvertidos del procedimiento viene referido al plazo de treinta días que se establece para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Debe decirse, en primer lugar, que la previsión de un plazo tan corto dificulta u obstaculiza, de manera considerable, la utilización de esta vía y no sólo eso, sino que además potencia el que, de manera casi inevitable, se convierta en una prolongación en sede jurisdiccional de las divergencias más enconadas entre la mayoría parlamentaria y la oposición, como parecería acreditar, en principio, el caso español, si bien ello también viene ocurriendo en sistemas, como el alemán, donde formalmente no hay ningún plazo de ejercicio. Es, por lo demás, un plazo demasiado breve para fundamentar con rigor la pretensión, así como para sopesar “en frío” las ventajas e

inconvenientes que pueden derivarse del ejercicio de la acción y debería, por ello, ampliarse a tres o cuatro meses.

El establecimiento de este plazo para el ejercicio de la acción no puede ser valorado, por otra parte, como una primacía absoluta de la seguridad jurídica sobre la justicia, pues —salvo en materia electoral— siempre sigue abierta la posibilidad de control de constitucionalidad de las leyes por medio del amparo contra leyes. La coexistencia con esta otra vía merece una valoración positiva, pues una y otra parecen responder a principios y filosofías distintas, además de que resultan complementarias entre sí en la labor de control jurisdiccional de la constitucionalidad, sin perjuicio de reconocer la necesidad de dotar de eficacia general, bajo ciertas condiciones, a las sentencias dictadas en el proceso de amparo contra leyes que declaren la inconstitucionalidad de una ley. En ocasiones puede ser asimismo posible el control por la vía de las controversias constitucionales una vez pasado el plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad y pueda obtenerse por dicha vía una declaración-general de inconstitucionalidad.

Séptima. La admisión de la acción no tiene efectos suspensivos de la vigencia de la ley, que solamente podrá quedar afectada por una eventual sentencia sobre el fondo y estimatoria de la inconstitucionalidad de la ley, pero no por la mera admisión de la procedencia de la acción. Algún sector doctrinal ha señalado, sin embargo, la conveniencia de admitir excepcionalmente la suspensión de la vigencia de la ley por razones de interés público. Tal previsión, aparte ya de otros inconvenientes, choca sin embargo con la interdicción constitucional expresa de la retroactividad de la sentencia.

Octava. Para adoptar una resolución por la que se declare inconstitucional una ley se exige una mayoría que oscila entre un mínimo de un 72,5 por ciento de los magistrados (una mayoría, pues, casi de tres cuartos), hasta la unanimidad (cuando el pleno haya quedado constituido sólo por ocho magistrados). Tal mayoría reforzada resulta de todo punto inadmisibles y uno de los aspectos débiles de la nueva acción de inconstitucionalidad; supone, además, partir de un paralelismo con los procedimientos parlamentarios que no tiene ningún sostén lógico, pues los tribunales deciden sobre la base de un consenso, no de *voluntades políticas* diversas, sino de *interpretaciones y valoraciones jurídicas* sólo a

veces (y excepcionalmente) no coincidentes; los tribunales en suma, no deciden por autoridad de la mayoría, sino por autoridad de lo justo, pura y simplemente. Debe añadirse asimismo, que ello puede fácilmente conducir a situaciones absurdas y políticamente difíciles que coloquen a la Suprema Corte en una posición delicada. Sería difícil, en todo caso, negar un importante valor político al posicionamiento favorable a la declaración de inconstitucionalidad de la mayoría simple (o más incluso) de los ministros, por más que no se le reconozca efecto jurídico alguno. Y en cualquier caso, deben evitarse a toda costa situaciones en que haya una mayoría de ministros partidarios de la declaración de inconstitucionalidad pero no en número suficiente (ocho ministros) para que dicha declaración llegue a surtir efectos jurídicos.

Novena. En lo que se refiere al ámbito de los efectos de las sentencias, hay que distinguir entre las sentencias estimatorias y las desestimatorias, debiendo precisarse asimismo que en México, como consecuencia de lo que acabamos de decir, sólo pueden considerarse estimatorias de la inconstitucionalidad las sentencias en las que haya acuerdo en ese sentido de, al menos, ocho ministros. En cualquier otro caso, la sentencia habrá de ser desestimatoria y no afectará a la validez de la ley.

En cuanto a la sentencia estimatoria sus efectos se extienden también a todas aquellas normas que dependan de norma invalidada. Pero la principal innovación que introduce respecto del juicio de amparo es una de muy amplio alcance: la sentencia estimatoria está dotada de efectos generales, no se limita a ningún caso particular que haya dado lugar a la sentencia, caso concreto que aquí no existe. Es un avance de extraordinaria importancia respecto de la relatividad de los efectos que caracteriza a las sentencias del juicio de amparo contra leyes, y que en cualquier caso debe ser todavía superada.

Por lo que se refiere ya a la eficacia *en el tiempo* de esa eventual sentencia estimatoria, la Constitución prohíbe expresamente la retroactividad, salvo en materia penal. Ello no deja de ser criticable pues si bien no habría nada que objetar a que se adoptase como regla general la irretroactividad (salvo en materia penal), habría sido aconsejable facultar a la Suprema Corte para extender la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad a hechos consumados con anterioridad a la misma (efecto *pro praeterito*), tal y como se hace en Austria.

El legislador de desarrollo ha facultado, en cambio, a la Suprema Corte para retrasar los efectos de la sentencia (efecto *pro futuro*). Esta previsión sí parece estar directamente inspirada en el *Wartefrist* austriaco y nos parece constitucionalmente admisible, siempre y cuando se parta del principio general, evidente, de que las sentencias estimatorias han de producir sus efectos inmediatamente después de su publicación (inmediata, a su vez, a su pronunciamiento) y sólo excepcionalmente, por concurrir razones de interés público que así lo aconsejen, podría la Suprema Corte hacer uso de esta facultad dilatoria. Dichas razones, con referencia a las circunstancias concretas y a las eventuales consecuencias negativas de una eficacia inmediata, habrán de explicitarse en la sentencia. Es asimismo criticable que la ley no prevea un plazo máximo para esa eficacia diferida, tal y como sí se ha hecho en Austria, donde ese plazo ha ido incrementándose en sucesivas reformas constitucionales, hasta llegar al plazo actual de dieciocho meses.

El efecto de valor de cosa juzgada de que se benefician las sentencias supone que no son susceptibles de recurso alguno y que la Suprema Corte no puede volver a conocer de la constitucionalidad de las mismas leyes si se alegan los mismos conceptos de invalidez (sean o no las mismas partes las que interponen la acción, pese a lo que dice la ley). Hay que entender, sin embargo, que la cosa juzgada no vincula absolutamente a la propia Suprema Corte en su doctrina e interpretación de la Constitución, sino que puede rectificar criterios doctrinales y hermenéuticos anteriores, si bien ello habrá de fundamentarlo de una manera especialmente intensa y parece admisible, en principio, sólo cuando haya transcurrido un tiempo considerable entre una y otra resolución.

Por último, y en relación también a la sentencia, hay que decir que, de la rica variedad tipológica que el derecho comparado nos ofrece de sentencias que no son ni puramente estimatorias ni tampoco puramente desestimatorias, ante todo son dos de ellas las que habrán de ser utilizadas por la Suprema Corte desde los primeros tiempos: a) las sentencias interpretativas, que habrán de evitarse respecto de los tratados internacionales; y b) las sentencias de inconstitucionalidad parcial.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA SOBRE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aunque a primera vista pudiera parecer que la bibliografía sobre la acción de inconstitucionalidad es relativamente abundante, dado el tiempo transcurrido desde la reforma constitucional, no es así en realidad, por un doble motivo:

a) De un lado, porque, de los dos libros que hay sobre la reforma del artículo 105 constitucional, uno de ellos le dedica a la acción de inconstitucionalidad 30 páginas (de un total de 385 dedicadas a la reforma del artículo 105) y el otro 9 (sobre un total de 476 páginas, bien es cierto que 413 de apéndices).

b) En cuanto a los artículos, únicamente ocho de ellos se dedican monográficamente a la acción de inconstitucionalidad y dos de estos ocho, de un par de páginas por lo demás, se centran en un problema concreto (la delimitación de la materia electoral).

Los restantes artículos versan sobre la reforma judicial de 1994 en general, o sobre la del artículo 105 en particular (acción de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, facultad de atracción) y dedican al tema de la acción de inconstitucionalidad escasas páginas.

Con todo, y contra lo que cabría esperar, es en los artículos, sin duda alguna, donde se encuentran las más valiosas aportaciones doctrinales (Fix-Zamudio, Fix-Fierro, Soberanes Fernández, Carpizo, Cossío Díaz, García Ramírez, Gutiérrez Rivas Carbonell), más que en los libros.

Sea como sea, dado que la producción científica sobre el tema no es inabarcable en absoluto, a continuación se ofrece un listado de todas las publicaciones que conocemos y hemos manejado sobre la acción de inconstitucionalidad:

ARRIAGA BECERRA, “La acción de inconstitucionalidad”, *Lex*, México, 3a. época, núm. 4, octubre de 1995.

- ARROYO MORENO, Jesús Ángel, “Crítica a las reformas al Poder Judicial Federal”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 25, 1995-II, pp. 75-88.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco*, México, Monte Alto, 1996.
- , “Algunas notas en torno a la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad”, *Responsa*, año 1, núm. 4, marzo de 1996.
- BARRAGÁN BARRAGÁN, José, “La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana” (primera parte), *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones Jurídicas, Jalisco, Universidad de Guadalajara, año 5, núm. 2, mayo-agosto de 1995.
- , “La novísima reforma de la Suprema Corte de Justicia mexicana” (parte final), *Revista Jurídica Jalisciense*, año 5, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995, pp. 299-329.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “Evaluación crítica de la reforma judicial federal zedillista”, *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, núm. 13, especial sobre la “Reforma Judicial”, 1995, pp. 43-58. El contenido de este artículo se reproduce en lo esencial en la parte de su manual dedicada a la reforma judicial de 1994.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, “El reclamo como antecedente de la acción de inconstitucionalidad del artículo 105 de la Constitución”, *Quórum*, Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, México, año IV, núm. 32, 2a. época, enero-febrero de 1995, pp. 83-86.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, “La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Departamento de Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia, núm. 14-15, pp. 173-190.
- CARPIZO, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva Serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 807-842.

- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, 1996.
- , “Ideas generales sobre la Suprema Corte como Tribunal Constitucional”, *La justicia mexicana hacia el siglo XIX*, cit.
- , “La acción de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes”, *Revista Jurídica*, Cuernavaca (Morelos), núm. 6, abril-junio de 1996.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel, “El artículo 105 constitucional y el concepto de materia electoral”, *Lex*, 3a. época, año I, núm. 6, diciembre de 1995, pp. 5-8.
- , “Artículo 105”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, t. II, cit., pp. 1032-1056.
- ELIZONDO GASPERÍN, María Macarita, “Acciones de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes”, trabajo inédito.
- ESTRADA SÁMANO, Rafael y DÁVALOS MORALES, José, “Reforma de la justicia, necesidad inaplazable de la nación”, *Ars Iuris*, núm. 13, especial sobre la “Reforma Judicial”, México, 1995, pp. 65-108.
- ESTRADA SÁMANO, José Antonio, “Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 19, núm. 19, 1995, pp. 407-434.
- FIX-FIERRO, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Iuris*, México, núm. 13, especial sobre la “Reforma Judicial”, 1995, pp. 109-127.
- , “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, cit.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; COSSÍO DÍAZ, José Ramón y CARPIZO, Jorge, “La jurisdicción constitucional en México”, en el colectivo Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- FLORES MEDINA, Ruben Jaime, “Estado democrático de derecho y reforma del Poder Judicial”, *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 67-113.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Constitucionalidad de leyes y actos de autoridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM,

- Nueva Serie, año XXVIII, núm. 84, septiembre-diciembre de 1995, pp. 975-1000.
- GELIO GULBENKIAN, Aulio, "Su opinión sobre el nuevo artículo 105 constitucional y su ley reglamentaria", entrevistado por Genaro David Góngora Pimentel, *Lex*, México, 3a. época, núm. 7, enero de 1996, pp. 5-10.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, "Significado de la expresión 'materia electoral' en el artículo 105 constitucional y en su ley reglamentaria", *Lex*, México, 3a. época, núm. 5, noviembre de 1995, pp. 5-7.
- GONZÁLEZ ALCÁNTARA, Juan Luis, "Comentarios a la reforma judicial de 1994", *Ars Iuris*, México, núm. 13, especial sobre la "Reforma Judicial", 1995, pp. 175-184.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "Facultades y atribuciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: el inicio de una nueva época", *Revista Jurídica Jalisciense*, año 5, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995, pp. 11-28.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "La acción de inconstitucionalidad: una nueva garantía de defensa constitucional en México", *Tribunales Constitucionales y control de la constitucionalidad en el constitucionalismo iberoamericano de los últimos años (1979- 1995)*, 12 de abril de 1994, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, ponencia inédita.
- JIMÉNEZ REMUS, Gabriel, "La Suprema Corte como Tribunal Constitucional", Ponencia presentada al Seminario Internacional "Justicia y Sociedad en México" (8 de julio de 1996), organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Cámara de Senadores en México, Distrito Federal del 7 al 11 de julio de 1996.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, "Introducción a las reformas constitucionales del Poder Judicial Federal", *Ars Iuris*, México, núm. 13, especial sobre la "Reforma Judicial", 1995, pp. 11-28.
- MATEOS SANTILLÁN, Juan José, "La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México", *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 1 de enero-abril de 1995, pp. 35-66.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, "Las acciones de inconstitucionalidad como un mecanismo de control constitucional", *Responsa*, año 1, núm. 4, marzo de 1996.

- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Breve análisis comparativo de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional y de la Ley de Amparo”, *Lex*, México, 3a. época, octubre, 1995, núm. 4.
- SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., “Supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra Constitución, a raíz de las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 19, núm. 19, 1995, pp. 253-278.
- , “Análisis constitucional de las reformas del 31 de diciembre de 1994, particularmente las relacionadas con el control de la constitucionalidad, la inamovilidad judicial y la renunciación del procurador general de la República”, *Ars Iuris*, núm. 13, especial sobre la “Reforma Judicial”, México, 1995, pp. 223-254.
- SEPÚLVEDA VALLE, “El control de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 1, enero-abril, 1995, pp. 115-140.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Nueva Justicia Constitucional en México”, *Crónica Legislativa*, Órgano de información de la LVI Legislatura de la Honorable Cámara de Diputados, año V, nueva época, núm. 8, abril-mayo, 1996, pp. 13-29.
- VV.AA., *Quórum*, Revista del Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados de la República de los Estados Unidos Mexicanos, año IV, núm. 32, 2a. época, enero-febrero, 1995, pp. 33-70.
- VV.AA., *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/ Corte de Constitucionalidad de Guatemala/ Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 19.
- VV.AA., *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
- VV.AA., *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM/Senado de la República (LVI Legislatura), 1997.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995.

VILLANUEVA GÓMEZ, Juan Manuel, "Algunas consideraciones en torno a la última reforma constitucional relativa a la impartición de justicia", *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 1, enero-abril de 1995, pp. 15-34.

OTRA BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA
EN ESTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Además de la bibliografía específica sobre la acción de inconstitucionalidad se han utilizado otros artículos y libros mexicanos que, por diversas razones, tienen relación con alguno de los temas aquí abordados. También se ha utilizado abundante bibliografía extranjera, lo que se explica por el hecho de que el instituto objeto de esta investigación es un instituto bien conocido y desarrollado en otros países. Sea como sea, se ha prescindido de todo estudio *autónomo* del derecho de otros países y se ha optado por un análisis verdaderamente *iuscomparatista*, es decir, se alude al derecho comparado al tratar cada uno de los aspectos del instituto mexicano en que se ha creído necesario o interesante la alusión a la regulación en otros países o a su funcionamiento real. Aunque es un criterio discutible, respecto de la bibliografía en otros idiomas, se ha optado siempre por realizar las citas en castellano y no en su idioma original (en su caso, se ha reproducido a veces el texto original), pues razones de peso y utilidad así lo avalaban, o al menos así lo he creído yo. Las traducciones, salvo alguna ocasión en que así lo señalo, son propias y, por tanto, responsabilidad exclusivamente mía. Hechas estas aclaraciones, sólo resta listar la bibliografía "no específica" utilizada.

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires [s.e.], 1944.

—, *Cuestiones de terminología procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 1972.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *El control previo de constitucionalidad (Estudio comparativo)*, tesis doctoral, León, 1993.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- ALLEGRETTI, Umberto, “Il Problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale”, en Eugenio Ripepe e Roberto Romboli (coord.), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, G. Giappichelli, 1995.
- ALMAGRO NOSETE, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Madrid, Dykinson, 1980.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.
- , “Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 6, septiembre-diciembre de 1982.
- ALVARADO, A. Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes*, con prólogo de Clemente de Diego, Madrid, Editorial Reus, 1920.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Derecho político español*, Madrid, Edersa, 1996.
- , (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988.
- AMOROSO, Mario, “Italy”, en GEROGEL, Jacques y SASSE, Christoph (ed.), *European Electoral Systems Handbook*, cit.
- ANZÓN, Ádele, “Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVII (1992), fasc. 4.
- APARICIO, Miguel Ángel, “La posibilidad de relaciones conflictuales entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria (sistema político y jurisdicción)”, *Anuari de Dret Politic*, Universitat de Barcelona, 1983.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “Legitimación en los procesos constitucionales”, en ALZAGA, Óscar (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII.
- , “Competencias del Tribunal Constitucional. Comentario al artículo 161”, en ALZAGA, Óscar (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII.
- , “El sistema español de justicia constitucional. Comentario introductorio al Título IX”, en ALZAGA, Óscar (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII.

- , “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 19, enero-abril de 1987.
- , “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986.
- AUBERT, Jean François, “Limitation des droits de l’homme: le rôle respectif du législateurs et des tribunaux”, en MESTRAL, Armand de (ed.), *The limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Québec, Yvon Blais, 1986.
- AYALA CORAO, Carlos M., “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- , “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit.
- BACK, Charles L., Jr., “Constitutional Structure and Judicial Review”, *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución* (trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y prólogo de Tomás Ramón Fernández), Madrid, Cuadernos Civitas, 1987.
- , “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, en HÄBERLE, Peter (comp.), *Verfassungsgerichtbarkeit*, cit. (Hay traducción castellana en México).
- , “Die richterliche Kontrollfunktion in westdeutschen Verfassungsgefüge”, en el colectivo *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* (Homenaje a Hans Huber en su sexuagésimo aniversario), Bern, Stämpfl & Cie, 1961.
- , “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y Política”, traducción de León Cortiñas-Peláez, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, nueva serie, año XIX, núm. 57, septiembre-diciembre de 1986.
- BARILE, Paolo, *Scritti di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Pádova, 1967.

- BARTOLE, Sergio, "Modelli de giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale", *Quaderni Costituzionale*, año XVI, núm. 2, agosto de 1996.
- BENDA, Maihofer, VOGEL, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, edición [y revisión de las traducciones] de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.
- BERKEMANN, Jörg, "Einstweilige Anordnung", en Dieter C. Umbach y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *cit.*
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.
- BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le "forme di Stato" e le "forme di governo". Le Costituzioni moderne*, Milano, Giuffrè, 1988.
- , *Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las Constituciones modernas*, (trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio), México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BLACK, Charles L. Jr., *Perspectives in Constitutional Law*, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1963.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, colección Alianza Universitaria, 1994.
- , *La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana*, Barcelona, Working Papers, núm. 117, Institut de Ciències Polítiques i socials, 1996.
- , *Il valore della Costituzione (Separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale)*, Padua, CEDAM, 1997.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

- BONIFACIO, Francisco P., “Constitucionalidad, legislación regresiva y civilidad jurídica”, en LÓPEZ PINA, Antonio, *División de poderes e interpretación...*, cit.
- , “Las motivaciones tras de inflexiones o no alteración en los criterios interpretativos de la jurisprudencia constitucional”, en LÓPEZ PINA Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit.
- BRENNER, Michael, “Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts”, *Der Staat*, t. 32, núm. 4, 1993.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit.
- BRUNNER, Georg, “Zweieinhalb Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat*, 1993, t. 32.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1996.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Mariano Azuela), México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1961.
- , *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987.
- , *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- , “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo” (trad. de Jorge Rodríguez-Zapata), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 4, enero-abril de 1982.

- , *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “La ubicación constitucional del Ministerio Público”, en *La justicia mexicana...*, cit.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- , “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.
- CARPISO, Jorge, “Prólogo” a CARMONA, Jorge, *La interpretación judicial...*, cit.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.
- CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis, “Prólogo” a TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, trad. de José Luis Carro, Madrid, Civitas, 1974.
- CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985.
- CASCAJO CASTRO, José Luis, “Los defensores del Pueblo en el Estado Social y democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989.
- , “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, enero-febrero de 1975.
- , Intervención en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en *Los procesos constitucionales...*, cit.
- CASTILLO SOBERANES, Miguel Ángel, “La declaratoria general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano”, *Ars Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, núm. 6, 1991.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La justicia constitucional en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1997.

- CLIFFORD GRANT, James Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.
- , “El efecto legal de la declaración de la inconstitucionalidad”, en el colectivo *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.
- CONWAY, M. Margaret, *La participación política en los Estados Unidos*, (trad. de Elsa Ruth Martínez Conde), México, Gernika, 1986.
- COX, Archibald, *The role of the Supreme Court in American Government*, London, 1976.
- , *The Court and the Constitution*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1987.
- CRISAFULLI, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del diritto obbiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- , “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5.
- , Intervención en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en *Los procesos constitucionales...*, cit.
- CUOCOLO, Fausto, *Principi di Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DAHL, Robert A., *A preface to democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago, 1956, del que hay una reciente traducción al castellano de José Luis González: *Un prefacio a la teoría democrática*, México, Gernika, 1987.

- , “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6.
- DE ARAÚJO, António, “Relações entre o direito internacional e o direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (A norma do artigo 277,2 da CRP)”, en *Estudos sobre a jurisprudência...*, cit.
- DEGENHART, Christoph, *Staatsrecht I (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane und Staatsfunktionem)*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986.
- DENENBERG, R.V., *Para entender la política de los Estados Unidos de América* (trad. de Margarita Montero de Gesundheit), México, Gernika, 1981.
- DÍAZ DE LEÓN DE LÓPEZ, Elvia, “Breves reflexiones respecto al decreto que reforma diversos artículos de la Constitución y transforma al Poder Judicial Federal”, *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1983, vol. I.
- DOLZER, Rudolf, *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972.
- D’ORAZIO, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991.
- DUARTE SILVA, A. E., “As inelegibilidades nas eleições autárquicas”, en *Estudos sobre a jurisprudência...*, cit.
- EBSEN, INGWER, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
- EHMKE, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, en su libro recopilatorio *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, con prólogo de Peter Häberle, Athenäum, Königstein, 1981.
- EISENMANN, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d’Autriche*, con prólogo de Kelsen, ed. facsimilar, París, Economica-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1986.
- ELIA, Leopoldo, “‘Constitucionalismo cooperativo’. ‘Racionalidad’ y ‘sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit.

- ENELHARDT, Dieter, “Das richterrliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 8, 1959.
- ERMACORA, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en el colectivo *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- ESPOSITO, Carlo, *Le validità delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1964.
- ESTEBAN, Jorge de y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro J., *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 1994, t. II.
- ETO CRUZ, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo (Perú), Ediciones “Derecho y sociedad”, 1992.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991.
- , *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal (La defensa de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo. El Tribunal Constitucional)*, Madrid, Tecnos, 1982, t. III.
- FALLER, Hans Joachim, “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, número monográfico, enero-febrero de 1979.
- , “Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, (trad. de Jaime Nicolás), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, enero-abril de 1992.
- FAVOREU, Louis, *Les Cours constitutionnelles*, París, Presses Universitaires de France, 1986.
- , *Los tribunales constitucionales* (trad. de Vicente Villacampa y prólogo de Marc Carrillo), Barcelona, Ariel, 1994.
- , “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le developement du ‘Droit constitutionnel international’”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, t. XCVII.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1997.
- , “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXXVI, números 1-2-3, enero-septiembre de 1995.
- , “Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 18-19, 1977.
- , “La tipología de sentencias del órgano de justicia constitucional”, *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, núm. 15, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson/ Ediciones Jurídicas Lima/ E. Esteva/ Editorial Jurídica Venezolana, 1997.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- , “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993.
- , “La judicialización del derecho constitucional”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 3, 1993.
- , “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Madrid, Ministerio de Defensa, núm. 65, enero-junio de 1995.
- , “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, mayo de 1994.
- , “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Perú, núm. 16, diciembre de 1990.
- , “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo (coord.), *La jurisdicción constitucional...*, cit.

- , “La jurisdicción constitucional en España”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo (coord.), *La jurisdicción constitucional...*, cit.
- , “La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo (coord.), *La jurisdicción constitucional...*, cit.
- FISHER, ROGER, “El derecho constitucional de libertad de expresión”, en el colectivo Harold J. Berman (comp.), *Diversos aspectos del derecho de los Estados Unidos*, México, Letras, 1965.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XVIII, núm. 52, enero-abril de 1985.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, separata de la *Memoria de El Colegio Nacional de México*, México, núm. 3, 1976, t. VIII.
- , “La Suprema Corte como Tribunal Constitucional”, en el colectivo *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987.
- , “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, núm. 4, octubre-diciembre de 1970.
- , “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 65, t. XVII, 1967.
- , *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982.
- FLANDERKA, Otokar, *Le controle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie*, Paris, Université de Paris, 1926.
- FRANKFURTER, “The Supreme Court in the mirror of Justices”, *University of Pa. Law Review*, núm. 105, 1957.
- FREUND, Paul A., “La Suprema Corte”, en el colectivo Harold J. Berman (comp.), *Diversos aspectos del derecho de Estados Unidos*, México, Letras, 1965.

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994.
- , “Procesos constitucionales en la Constitución brasileña de 1988”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Fundación Friedrich Naumann, núm. 5, 1990.
- , “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, núm. 181-182, t. XLII, enero-abril de 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (dir.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979.
- , *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.
- , “Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, núm. 89, 1989.
- , “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, enero-abril de 1981.
- , *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1991, vol. I.
- GARCÍA MORELOS, Gumersindo, “Perspectivas de los derechos humanos en México”, *ABZ*, año I, núm. 23, 1º de junio de 1996.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El *status* del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 1, 1981.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El ministerio público y la reforma constitucional de 1994: antecedentes, contexto y novedades”, *Ars Iuris*, núm. 13, 1995.
- , “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)”, en *Poder Judicial y ministerio público*, México, UNAM, 1997.
- GARLICKI, Leszek, y ZAKRZEWSKI, Witold, “La protection jurisdictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, I, 1985.
- GARRO, Alejandro M., “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la

- Corte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto de 1992.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994.
- GEIGER, Willi, “Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1985.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al derecho procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- GIOVANNELLI, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón, “La justicia constitucional en Chile”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- GUTIÉRREZ BAYLON, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones internacionales incorporados inconstitucionalmente al derecho mexicano”, *Lex*, México, 3a. época, año I, núm. 5, noviembre de 1995.
- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en su libro recopilatorio *Retos actuales del Estado Constitucional* (trad. de Xabier Arzoz Santiesteban), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.
- , “Verfassungsgerichtbarkeit als politische Kraft”, en su libro recopilatorio *Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Zwei Studien*, Frankfurt, Athenäum, 1980.
- , “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, trad. Carlos Ruiz Miguel, en Fernández Segado

- y Domingo García Belaunde (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit.
- , “Grundprobleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit”, en Peter Häberle (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit.
- , “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular en relación con el ejercicio del Poder Legislativo”, en Antonio López Pina (dir.), *La garantía constitucional...*, cit.
- (comp.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976.
- HAMILTON, A., Madison, J., y JAY, J., *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HAND, Geoffrey; GEORGEL, Jacques y SASSE, Christoph (ed.), *European Electoral Systems Handbook*, London, Butterworths, 1979.
- HÄUßLER, Richard, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zur Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, Duncker und Humblot, 1994.
- HEIN, P. E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht: Grundlagen, Anwendungsbereich, Rechtsfolgen*, Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 39 y ss.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.
- , *Escritos de derecho constitucional*, selec., trad. e introduc. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- , “Evolución histórica y configuración de la justicia constitucional en Alemania”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación constitucional...*, cit.

- , “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación constitucional...*, cit.
- HEUBNER, Hermann, “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982.
- IGARTUA SALAVERRA, Juan, “La motivación de las sentencias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991.
- INGBER, Stanley, voz “Elections”, en L. Hall Kermit (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1992.
- IPSEN, J., “Nichtigerklärung oder ‘Verfassungswidrigerklärung’. Zur Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollpraxis”, *Juristenzeitung*, 1983.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en *Los procesos constitucionales...*, cit.
- KÄLIN, Walter, *Verfassungsgerichtbarkeit in der Demokratie (Funktionen der Staatsrechtlichen Beschwerde)*, Bern, Stämpfli & Cie., 1987.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- , “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, *La Giustizia Costituzionale*, trad. de Carmelo Geraci y prólogo de Antonio La Pergola, Milano, Giuffrè, 1981.
- , “Judicial Review of Legislation. A comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200; traducción al castellano de García Belaunde, Domingo, con nota introductoria de Fernández Segado: Hans Kelsen, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, *Dereito*, vol. IV, núm. 1.
- KIRCHHOF, Paul, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en Antonio López Pina (dir.), *La garantía constitucional...*, cit.

- LA PERGOLA, Antonio, "Un momento del federalismo statunitense: entra in scena il New Deal", en el colectivo *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obbiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977.
- LANDFRIED, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
- , "The judicialization of Politics in Germany", *International Political Science Review*, vol. 15, núm. 2, 1994.
- LEIBHOLZ, Gerhard, "Der Status des Bundesverfassungsgerichts", en el colectivo *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1971.
- LOBO ANTUNES, Miguel, "Fiscalização abstracta da constitucionalidade. Questões processuais", en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência...*, cit.
- LOEWENSTEIN, Karl, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age", en el colectivo Arnold J. Zurcher (Ed.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, Washington/New York, New York University Press, 1951.
- , *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitaré, Barcelona, Ariel, 1986.
- , *Über Wesen, technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, Serie IV, Monografía núm. 20, 1991.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en el colectivo *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993.
- LÓPEZ MATA, Rosendo, "Notas para el análisis sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley sobre la Celebración de Tratados", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

- LÓPEZ PINA, Antonio (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991.
- , (dir.), *División de poderes e interpretación constitucional. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.
- MADRAZO, Jorge, “El artículo 135”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, t. II, *cit.*
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 13, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala/ Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala, 1994.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, “El Tribunal Constitucional en la estructura del Estado. El caso de la Corte Constitucional de Guatemala”, *Revista Jurídica Jalisciense*, año 5, núm. 3, septiembre-diciembre de 1995.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, t. II.
- MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, José María Bosch, 1996, parte general, t. I.
- MONTERO AROCA, Juan, “El ministerio público en España (un intento de explicación de lo inexplicable)”, en *La justicia mexicana...*, *cit.*
- OLIVER ARAUJO, Joan, “Las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”, en MONREAL, Antoni (ed.), *La división de poderes: el Poder Judicial*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials-Universitat de Lleida, 1996.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. de Jesús, “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, *Justicia Electoral* (Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal), núm. 9, 1997.

- ORTIZ, Julio César, “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, año XXIV, núm. 71, mayo-agosto de 1991.
- PAPIER, Hans-Jürgen, “‘Spezifisches Verfassungsrecht’ und ‘einfaches Recht’ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgericht”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, *cit.*
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1996, parte general, t. I.
- PECES-BARBA, Gregorio, “El Tribunal Constitucional”, en el colectivo *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso-Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, enero-abril de 1984.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.
- , *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- , Intervención en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en *Los procesos constitucionales...*, *cit.*
- PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, Munich, C.H. Beck, 1982, p. 13.
- , “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, núm. 2, 1963.
- , “‘Noch verfassungsmässige’ und ‘bloss verfassungswidrige’ Rechtslagen. Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, *cit.*
- PICARDI, Nicola, “Le sentenze ‘integrative’ della Corte Costituzionale”, en el colectivo *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale (Scritti in onore di Constantino Mortati)*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale*

- e non giurisdizionale del diritto obbiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977.
- PIEROTH, Bodo, y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, Madrid, Ariel, 1987.
- POLITI, Fabrizio, “Principio di continuità del’ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme incostituzionali: ‘giusta preoccupazione’ o ‘excesivo timore’ della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año XXXVII (1992), fascículo 4.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “Artículo 95. Inconstitucionalidad en tratado internacional”, en Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, cit.
- RENNERT, Klaus, “Historisches zur Bindungswirkung und Gesetzeskraft verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Der Staat*, t. 32, núm. 4.
- REYES, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934.
- RIGAUX, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction contituante*, Bruselas, Ferdinand Larcier, 1985.
- RITTERSPACH, Theo, “Hermann Höpker Aschoff: der erste Präsident des Bundesverfassungsgerichts (1883-1954)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, t. 32, 1983.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ROIG IBÁÑEZ, V., *La Constitución que España necesita*, Madrid, 1929.
- ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, núm. 48, septiembre-diciembre de 1996.
- ROSTOW, Eugene, “The democratic character of judicial review”, *Harvard Law Review*, núm. 193, vol. 66, diciembre de 1952, p. 208. Hay traducción castellana mía, con revisión de Domingo García Belaun-

- de, en *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación jurídica*, Lima, año I, núm. 1, octubre de 1996.
- ROYER, Jean Pierre, “La justice en Europe”, *Pouvoirs. Revue Française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 74, septiembre de 1995.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , Intervención en la discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en *Los procesos constitucionales...*, cit.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, “El significado jurídico del principio de dignidad de la persona en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1996.
- , *Consejos de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Madrid, Dykinson, 1995.
- RUPP VON BRÜNNECK, Wiltraut, “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?”, en *Festschrift für Gebhard Müller*, 1982.
- SÄCKER, Horst, *Das Bundesverfassungsgericht: Status, Funktion, Rechtsprechungsbeispiele*, München, C.H. Beck, 1975.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Tribunal Constitucional e interpretación constitucional”, en el colectivo *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer, 1995.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *La función constitucional del juez. Las interpretaciones del modelo americano y su posible vigencia en España*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso de recepción como Académico de número, 1967.
- SANDULLI, “Sulla posizione della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (trad. de Roberto Reyes Mazzoni), México, FCE, 1996.

- SASSE, CHRISTOPH, "Germany" en HAND, Geoffrey, GEORGEL, Jacques y SASSE, Christoph (eds.), *European Electoral Systems Handbook*, cit.
- SCHAPIRO, Robert A., "The legislative injunction: A remedy for unconstitutional legislative inaction", *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989. Hay trad. castellana en prensa.
- SCHLAICH, K., *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H. Beck, 1994.
- SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.
- , *Teoría de la Constitución* (trad. y presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García-Pelayo), Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- , *La defensa de la Constitución*, prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.
- , "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung", en su libro recopilatorio *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", trad. de Joaquín Abellán, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982.
- , "El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la Justicia y la política", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, septiembre-diciembre de 1991.
- , "Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional", en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit.
- , "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria", en Antonio López Pina (dir.), *La garantía constitucional de los derechos...*, cit.
- SCHNEIDER, Peter, "In dubio pro libertate", en el colectivo *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1960, t. II.
- SCHWABE, J., *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1977.

- SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional” (trad. de Macarena von Carsten y José Miguel Jiménez), en el colectivo Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, ed. y revisión de las traducciones de LÓPEZ PINA, Antonio, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX (Notas para su estudio)*, México, UNAM, 1992.
- SÖHN, HARMUT, “Die abstrakte Normenkontrolle”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, cit.
- SPILIOTOPOULOS, E., “Controle difuss et dualité de jurisdiction sont-ils conciliables? Le cas de la Grèce”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, I, Economica-PUAM, 1985.
- STARCK, Christian (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, 2 t.
- STEINBERGER, HELMUT, *200 Jahre amerikanische Bundesverfassung*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1987.
- STIRN, Bernard, *Les libertés en questions*, Paris, Monchrestein, 1986.
- STONE, A., *The Birth Of Judicial Politics in France, The Constitutional Council In Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1992.
- STUTH, Sabine, “Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce”, *Quasderni Costituzionali*, vol. IX, núm. 2, agosto de 1989.
- , “Entscheidung”, en Dieter C. Umbach y Thomas Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, cit.
- , “Verfahren in den Fällen des §13 Nr. 6 (Abstraktes Normenkontrollverfahren)” en Dieter C. Umbach y Thomas Clemens, *Bundesverfassungs-gerichtsgesetz...*, cit.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco, “A modo de sugerencia (Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)”, en GARRORENA, Ángel (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990.

- , “El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Los jueces y la Constitución”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal...*, *cit.*
- TORRES DEL MORAL, Antonio, y LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia electoral. Acotaciones críticas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996.
- TORTOLERO CERVANTES, Francisco, “Jurisdicción constitucional y conflictos políticos. SCJN: ¿hacia un tribunal constitucional?”, tesis de licenciatura, inédita.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo, voz “Recurso de inconstitucionalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1994.
- UMBACH, Dieter C., y CLEMENS, Thomas (coord.), *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, con prólogo de Roman Herzog y Ernst-W. Böckenförde, Heidelberg, C.F. Müller, 1992.
- VV.AA., *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas-Notícias, con prólogo de José Manuel M. Cardoso da Costa (presidente del Tribunal Constitucional), Lisboa, 1993.
- VV.AA., *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional* (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “Cuadernos y Debates”, núm. 41, 1992.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1996.
- VARGAS LLOSA, Mario, “La revolución posmoderna”, *El País*, México, 11 de agosto de 1996.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988.
- , “Prólogo” a Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, *cit.*

- VERGOTTINI, Giuseppe de, “Sulla effectività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti ibero-americani”, en Giorgio Lombardi (dir.), *Costituzione e Giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 1985.
- VOGEL, Klaus, “Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, cit.
- WALTER, Robert y MAYER, Heinz, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Viena, Manzsche, 1980.
- WEBER, Albrecht, “La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986.
- , “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995.
- WRÓBLEWSKY, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza), Madrid, revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria, Civitas, 1985.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución”, en LÓPEZ PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación...*, cit.
- ZEIDLER, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, Economica-PUAM, 1987.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado. Ciencia de la política* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México, Porrúa-UNAM, 1989.
- , “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht un Grundgesetz...*, t. II, cit.
- ZLINSZKY, Jnos y NÉMETH, Agnes, “Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional” (trad. de Carlos Flores Juberías), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto de 1991.

ZWEIGERT, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und Kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Christian Starck (dir.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz...*, t. I, *cit.*

“Bericht an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur ‘Status Frage’”, de 21 de marzo de 1952, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 6, 1957.