



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

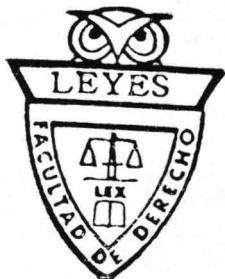
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

"LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO
DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS
Y DISPOSICIONES GENERALES EN MEXICO".

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
IGNACIO BRITO MELGAREJO



MEXICO, D. F.



2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: BRITO MELGAREJO IGNACIO
FECHA: 15-OCTUBRE-2004
FIRMA:

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Muy Distinguido Señor Director:

El alumno **BRITO MELGAREJO IGNACIO**, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada **"LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES GENERALES EN MÉXICO"**, bajo la dirección del suscrito y del **Dr. Miguel Covián Andrade**, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El **Dr. Covián Andrade**, en oficio de fecha 22 de septiembre de 2004, me manifiesta haber aprobado la referida tesis; y personalmente he constatado que la monografía satisface los requisitos que establece el Reglamento de Exámenes Profesionales, por lo que, con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 de dicho reglamento suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., septiembre 23 de 2004.

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO

**NOTA DE LA SECRETARÍA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará a la Secretaría General de la Facultad.*

*mpm.

Ciudad de México, 22 de septiembre de 2004

Dr. Edmundo Elías Mussi
Director del seminario de Derecho
Constitucional y Amparo de la
Facultad de Derecho de la UNAM
Presente

Me es muy grato comunicarle que el pasante de la licenciatura en Derecho, IGNACIO BRITO MELGAREJO, con número de cuenta 9100171-1, ha concluido la elaboración de la investigación que presenta como tesis profesional, titulada "LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES GENERALES EN MÉXICO".

Considero que este trabajo realizado bajo mi supervisión, reúne los requisitos de forma y de fondo que establece nuestra legislación universitaria para este tipo de ensayos, por lo que no tengo inconveniente en extender el presente oficio de terminación, para que el alumno continúe con los trámites tendentes a su titulación.

Quiero dejar constancia además, de que el esfuerzo correspondiente a la elaboración de este trabajo y su contenido académico son un claro reflejo de la calidad de su autor, el cual siempre se ha distinguido por ser un excepcional alumno de nuestra facultad.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.


Dr. Miguel Covián Andrade

A mi querida Universidad Nacional Autónoma de México por darme las herramientas necesarias para vivir y desarrollarme profesionalmente.

A mis padres, Jesús Ignacio Brito y Yolanda Melgarejo como reconocimiento al amor y apoyo brindados durante mi vida y trayectoria académica.

A mi hermano Rodrigo y a mi novia Ana Díaz Sánchez por darle sentido a mi vida y manifestarme su cariño y apoyo incondicionales.

A mi abuelo Mario Melgarejo Luna, ejemplo de vida, en agradecimiento del amor, experiencias y consejos obsequiados a mi persona.

Al Doctor Miguel Covián Andrade, mi amigo y maestro, por brindarme sus conocimientos y experiencias y contribuir a mi formación personal y académica.

A mis amigos Ananké, Mayra, Joel, Manolo, David y Humberto agradeciéndoles su amistad y apoyo, así como los increíbles momentos que hemos compartido.

**“LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD
COMO MEDIO DE
CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD DE
NORMAS Y
DISPOSICIONES
GENERALES EN MÉXICO”**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	X
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTOS BÁSICOS PARA SU ESTUDIO

1.1 Concepto de Constitución.....	1
1.2 Concepto de supremacía constitucional.....	24
1.3 Concepto de control.....	30
1.4 Concepto de constitucionalidad.....	39
1.5 El control de la constitucionalidad y el ejercicio del poder político.....	40
1.6 Concepto de acción.....	49
1.7 Concepto de inconstitucionalidad.....	53

CAPÍTULO SEGUNDO SISTEMAS Y MEDIOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

2.1 Sistemas de control de la constitucionalidad.....	58
2.1.1 Ausencia de control normativamente estructurado.....	62
2.1.2 Control legislativo.....	65
2.1.3 Control político.....	71
a) Órgano de control	72
b) Medios de control de la constitucionalidad	75

c) Procedimientos para la aplicación de los medios de la constitucionalidad	76
d) Reglas para tomar las resoluciones o decisiones	80
e) Efectos de las resoluciones o sentencias.....	82
2.1.4 Control jurídico.....	86
a) Órgano de control.....	87
b) Medios de control de la constitucionalidad	92
c) Procedimientos para la aplicación de los medios de la constitucionalidad	95
d) Reglas para tomar las resoluciones o decisiones	98
e) Efectos de las resoluciones o sentencias.....	100
Diferencias entre el control político y el control jurídico (jurisdiccional).....	103
2.2 Diseño y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad.....	106
2.3 El control de normas y disposiciones generales.....	111
2.3.1 Control abstracto de normas y disposiciones generales.....	111
2.3.2 Control concreto de normas y disposiciones generales.....	116

<p>CAPÍTULO TERCERO EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO</p>
--

3.1 España.....	120
-----------------	-----

3.1.1 El recurso de inconstitucionalidad.....	120
A) El Tribunal Constitucional.....	122
a) Integración.....	124
b) Jurisdicción y competencia.....	125
B) Proceso directo de inconstitucionalidad.....	130
a) Objeto del proceso de inconstitucionalidad.....	132
b) La legitimación activa y su carácter institucional.....	143
c) Legitimación pasiva.....	151
d) Plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad.....	152
e) Substanciación del proceso directo de inconstitucionalidad..	154
f) Sentencia.....	159
g) Efectos de la sentencia.....	160
h) Ejecución de las sentencias.....	162
3.1.2 La cuestión de inconstitucionalidad.....	163
a) Legitimación.....	167
b) Partes litigantes del proceso <i>a quo</i>	170
c) Requisitos de admisibilidad.....	173
d) Objeto de control.....	175
e) Procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad.....	184
f) Efectos de la sentencia.....	189
3.2 Alemania.....	191
3.2.1 El control de constitucionalidad de normas generales en Alemania.....	191
a) Organización territorial del Estado.....	192
b) Órganos de gobierno.....	194
c) Sistema de control de constitucionalidad.....	197

3.2.2 Control abstracto de normas.....	203
a) Legitimación y competencia.....	204
b) Objeto de control.....	205
c) Plazo para interponer el control abstracto de normas.....	206
d) Substanciación del procedimiento de control abstracto constitucionalidad de normas.....	207
e) Sentencia.....	210
f) Efectos de la sentencia.....	212
3.2.3 Control concreto de normas.....	212
a) Legitimación y competencia.....	212
b) Objeto de control.....	216
c) Substanciación del procedimiento de control concreto de normas.....	218
d) Sentencia.....	221
e) Efectos de las sentencia.....	221
3.2.4 Queja constitucional.....	222
3.2.5 Control de normas internacionales y sobre la vigencia de normas de carácter federal.....	227
a) Control de normas internacionales.....	227
b) Control sobre la vigencia de normas federales.....	229
3.3 Estados Unidos de América.....	231
3.3.1 El control de constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos de América.....	231
a) Organización territorial del Estado: Federalismo.....	232
b) Órganos de gobierno.....	234
c) Sistema de control de constitucionalidad.....	235
d) Poder Judicial de los Estados Unidos de América.....	237

e) Suprema Corte.....	239
f) Principios fundamentales del control de la constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos.....	242
3.3.2 Revisión judicial de leyes (judicial review of legislation).....	244
a) La revisión judicial como medio de control de la constitucionalidad de la legislación en los Estados Unidos de América.....	244
b) Competencia y objeto de control.....	248
c) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes.....	251
d) Límites a la revisión judicial de leyes.....	253
3.3.3 Doctrina de los precedentes (principio <i>stare decisis</i>).....	257
a) El principio <i>stare decisis</i> en el sistema judicial estadounidense.....	258
b) Procedimiento para la aplicación del principio <i>stare decisis</i>	259
c) Elementos a considerar par la interpretación y aplicación de precedentes judiciales.....	261
d) El principio <i>stare decisis</i> en el sistema difuso de control de la constitucionalidad.....	266

<p>CAPÍTULO CUARTO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO</p>

4.1 Antecedentes históricos y constitucionales de la acción de inconstitucionalidad en México.....	270
--	-----

4.1.1 Constitución de Cádiz.....	270
4.1.2 Constitución de 1824.....	271
4.1.3 Constitución de 1836.....	272
4.1.4 El voto particular del diputado José Fernando Ramírez y las Bases Orgánicas de 1843.....	275
4.1.5 El reclamo como antecedente de la acción de inconstitucionalidad: Acta de Reformas de 1847.....	280
4.1.6 Constitución de 1857.....	284
4.1.7 Constitución de 1917.....	288
4.2 Fundamento constitucional y legal de la acción de inconstitucionalidad en México.....	291
4.2.1 La fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	291
4.2.2 La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	303
4.2.3 Objeto de la acción de inconstitucionalidad.....	317
4.2.4 Procedimiento y sustanciación de la acción de inconstitucionalidad en México.....	321
a) Partes.....	323
b) Improcedencias y sobreseimiento de la acción de inconstitucionalidad.....	335
c) Plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad.....	346
e) Demanda.....	348
f) Incidentes.....	352
g) Notificaciones.....	354
h) Substanciación.....	357

i) Sentencia.....	359
j) Suplencia de la queja y del error.....	362
k) Efectos de la sentencia.....	363
l) Ejecución de la sentencia.....	367
m) Recursos.....	370
4.2 Las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral.....	371
a) Partes.....	371
b) Plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad en materia electoral.....	377
c) Substanciación.....	378
d) Suplencia de la queja y del error.....	381
e) Participación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad.....	382
f) Recursos.....	383

CAPÍTULO QUINTO
LA NECESARIA RESTRUCTURACIÓN DE LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE
LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES
GENERALES EN MÉXICO

5.1 Consideraciones preliminares.....	386
5.2 Normas y disposiciones de carácter general no sujetas a control abstracto de la constitucionalidad, vía acción de inconstitucionalidad en México.....	388

5.3 Elementos a considerar para una posible reestructuración de la acción de inconstitucionalidad en México.....	403
5.3.1 Legitimación restringida a ciertos órganos constituidos y dependencias para promover la acción de inconstitucionalidad.....	403
a) Legitimación a fracciones de órganos legislativos federales, estatales y del Distrito Federal para promover la acción de inconstitucionalidad.....	403
b) Legitimación del Procurador General de la República para promover la acción de inconstitucionalidad en México.....	411
c) Restricción a la legitimación de los partidos políticos para promover la acción de inconstitucionalidad: sólo leyes electorales.....	421
d) Sujetos no legitimados actualmente para promover la acción de inconstitucionalidad en México.....	427
5.3.2 Quórum para sesionar y mayoría de votos exigidos para la adopción de resoluciones en el juicio de acción de inconstitucionalidad.....	433
5.3.3 Plazo perentorio para promover la acción de inconstitucionalidad.....	441
5.4 Conveniencia del diseño y estructuración de un medio concreto de control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en el sistema mexicano de control de la constitucionalidad.....	446
CONCLUSIONES	461
BIBLIOGRAFÍA	474

INTRODUCCIÓN

El control debe ser considerado como un elemento clave en la Constitución de un Estado democrático y social. El ejercicio del poder político aunque está limitado constitucionalmente no puede verificarse si no se establece un sistema efectivo de control que garantice y preserve la unidad política y jurídica establecida por la Constitución. De ahí que surja la idea de control para toda Constitución a través de la cual se pretenda limitar eficazmente el poder político y su ejercicio, por ser el elemento indispensable para asegurar la vigencia de los principios y reglas derivadas del texto constitucional, haciendo efectivos los límites establecidos en él.

Con la finalidad de proteger tanto la Constitución del Estado como el principio de supremacía constitucional, surge la idea del control de la constitucionalidad y del establecimiento de sistemas y medios de control de la constitucionalidad efectivos con el objeto de verificar la correspondencia con el texto constitucional de los actos provenientes de los órganos de gobierno y, para el caso de constatarse su falta de conformidad, destruir los efectos anticonstitucionales producidos.

Considerando que uno de los actos de gobierno primarios en todo estado es la creación del ordenamiento jurídico cuya finalidad será regular la actividad estatal y cumplir con los fines estatales propuestos por la Constitución, es necesario que la normatividad derivada de todo proceso legislativo sea conforme con ésta. Pero no sólo las normas derivadas del proceso legislativo deberán ser conformes, sino también todas aquéllas normas o disposiciones que tengan naturaleza de ley (reglamentos, decretos-ley, etcétera),

debiéndose aclarar que los actos formal y materialmente legislativos no son los únicos que durante el ejercicio del poder político pueden vulnerar la Constitución de un Estado.

La legislación se encarga de regular la organización del poder político al establecer las facultades o atribuciones de los órganos del Estado y de las instituciones y personas que los integran. Debido a la importante función que cumplen las leyes y demás normas generales, surge la necesidad de controlar su constitucionalidad por ser el fundamento de la actividad de todas las instituciones y autoridades estatales.

Si consideramos esta normatividad como derivada de las normas constitucionales y atendemos al principio de supremacía constitucional que considera que el ordenamiento constitucional debe prevalecer en todo momento sobre el establecido por los órganos legislativos o ejecutivos federales o locales, resulta imprescindible verificar la conformidad de las mismas con el texto constitucional con el propósito de corregir los efectos anticonstitucionales o inconstitucionales que puedan generarse por la contradicción entre la ley y la Constitución, declarando su nulidad y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico vigente por los órganos competentes del Estado para ejercer el control de la constitucionalidad, pues una ley o norma general que contradice a la Constitución la modifica y atenta contra la idea de suprallegalidad constitucional. Consecuentemente, el acto número uno que puede infringir una Constitución es la ley, bien sea desde el momento de su publicación y entrada en vigor por contener disposiciones material o formalmente incompatibles con el ordenamiento constitucional, o bien por su aplicación a una situación concreta.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el análisis del control abstracto de la constitucionalidad de normas generales realizado en nuestro país a través de la acción de inconstitucionalidad. Tiene el propósito de establecer una reflexión general sobre el estado actual de este medio de control de la constitucionalidad, apoyándose en el análisis teórico general del control de la constitucionalidad y en estudios de derecho comparado sobre el control de normas y disposiciones generales en el extranjero, empleando para tal efecto elementos de ciencia política y derecho constitucional por ser indispensables para la comprensión del control de la constitucionalidad y del control abstracto de normas y disposiciones generales.

La hipótesis principal de la que se parte es la ineficacia del control abstracto de la constitucionalidad en México, producto del deficiente diseño estructural y funcional de la acción de inconstitucionalidad. Para justificar esta hipótesis hemos dividido nuestro estudio en cinco capítulos con el fin de presentar un panorama teórico general acerca del control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales, así como del control abstracto realizado en nuestro país vía acción de inconstitucionalidad. Esto con el propósito de demostrar las deficiencias estructurales y funcionales actuales de esta clase de control de la constitucionalidad.

En el primer capítulo se establece una visión general sobre el control de la constitucionalidad con la finalidad de establecer su importancia para los Estados democráticos en la actualidad, partiendo necesariamente del estudio de conceptos básicos como el

de Constitución del Estado y principio de supremacía constitucional, debido al valor de éstos para la teoría del control de la constitucionalidad, tomándose una postura analítica e inclusive crítica de los mismos basada en estudios de teoría política y constitucional. En cuanto a los conceptos de control, constitucionalidad e inconstitucionalidad tratados durante el desarrollo de este capítulo, se lleva a cabo un examen no sólo constitucional y jurídico de los mismos sino además semántico con el fin de comprender el significado de estos conceptos y su relación con el control de la constitucionalidad, proponiéndose además una definición de control de la constitucionalidad.

También se establece la diferencia entre los términos limitación y control, así como la distinción entre medios de defensa de la Constitución y medios de control de la constitucionalidad, analizándose su importancia para la protección de la Constitución del Estado, concluyendo este capítulo con el estudio del concepto de acción procesal con la finalidad de comprender el por qué de la denominación de este medio de control de la constitucionalidad en nuestro país, dándole un enfoque semántico al análisis de este concepto en busca de una definición útil a nuestro objeto de investigación: la acción de inconstitucionalidad en México.

El segundo capítulo tiene como propósito el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad y de los medios de control de la constitucionalidad, elementos clave para el control de la constitucionalidad del ejercicio del poder político, con el fin de establecer la importancia de su incorporación en cualquier sistema y ordenamiento constitucionales. Para ello se analizan los distintos sistemas de control de la constitucionalidad partiendo de la ausencia

de control normativamente estructurado y del control legislativo, los cuales no pueden considerarse propiamente como sistemas de control de la constitucionalidad sino como medios de defensa de la Constitución, pero debido a que forman parte de los medios de protección constitucionales, resulta indispensable su estudio para la teoría del control de la constitucionalidad. Posteriormente se lleva a cabo el análisis de los únicos sistemas de control de la constitucionalidad conocidos en la actualidad: el control político y el control jurídico o jurisdiccional, explicándose sus características estructurales, el procedimiento de control correspondiente a cada uno y los elementos que lo integran y que no son otros que aquéllos genéricos a todo sistema de control de la constitucionalidad: órgano de control, medios de control de la constitucionalidad, procedimientos para la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad, reglas para adoptar las decisiones o resoluciones y efectos de las resoluciones o sentencias, y que permiten establecerse diferencias estructurales y operativas entre ambos sistemas de control.

Efectuado el análisis estructural y funcional de los sistemas de control de la constitucionalidad, se propone un método para el diseño y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad. Además, se ofrece una explicación sobre el control abstracto y concreto de normas y disposiciones generales y sobre la importancia de incluir ambas modalidades de control en todo sistema de control de la constitucionalidad que pretenda verificar la correspondencia del ordenamiento jurídico estatal y la Constitución del Estado y corregir los efectos anticonstitucionales o inconstitucionales producidos por su falta de correspondencia para garantizar la supremacía de la Constitución y la permanencia de un estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico estatal vigente.

El tercer capítulo está dedicado al estudio del control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en el derecho comparado, específicamente el realizado en Europa y América, analizándose al efecto dos tipos de sistemas jurisdiccionales de control de la constitucionalidad: el control concentrado de control (austriaco) y el sistema difuso o americano de control de la constitucionalidad.

El estudio del sistema concentrado de control de la constitucionalidad se desarrolla mediante el análisis del control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en dos países europeos: España y Alemania. Por su parte, el análisis del sistema difuso de control se efectúa a través del examen estructural y funcional del control de normas generales realizado en los Estados Unidos de América.

En el caso de España se examinan las características de los medios abstractos y concretos de la constitucionalidad de normas generales y de actos y disposiciones con fuerza de ley denominados respectivamente "recurso de inconstitucionalidad" y "cuestión de inconstitucionalidad". No obstante, en primer lugar se establece el significado e importancia del sistema concentrado, estudiándose al respecto la naturaleza del Tribunal Constitucional y la importancia de la existencia de una jurisdicción constitucional. Posteriormente se estudia el proceso directo de inconstitucionalidad propio del recurso de inconstitucionalidad español, atendiendo su análisis a los elementos genéricos de todo sistema de control de la constitucionalidad y de manera especial al procedimiento de control

abstracto, finalizando con el análisis estructural y funcional de la cuestión de inconstitucionalidad.

Además se analiza el sistema de control de la constitucionalidad en Alemania, en especial el control de la constitucionalidad de normas generales, incluidas sus dos modalidades: control abstracto y control concreto de normas, desarrollándose su procedimiento específico de control. También se estudia la posibilidad que existe en este país europeo de controlar la constitucionalidad de las normas generales por violación de derechos fundamentales a petición de los ciudadanos mediante la llamada "queja constitucional", complementándose el estudio del control de normas con el análisis del control de la constitucionalidad de normas internacionales y sobre la vigencia de las normas federales.

Finalmente, se examina el sistema difuso de control de la constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos de América a través de la llamada "revisión judicial de leyes", abordándose de manera complementaria la doctrina de los precedentes judiciales por su importancia para este sistema de control de la constitucionalidad.

Una vez analizadas las características del control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en el derecho comparado, en el capítulo cuarto se estudia concretamente el control abstracto de la constitucionalidad en México que se verifica a través del medio de control de la constitucionalidad denominado acción de inconstitucionalidad. En primer lugar se realiza un estudio sobre los antecedentes históricos y constitucionales de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, partiendo de la Constitución de Cádiz de 1812, analizándose todos los ordenamientos

constitucionales que contemplaron instrumentos de control abstracto de la constitucionalidad de normas generales hasta la vigente Constitución de 1917. Además se examinan las reformas al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos verificadas entre los años de 1994 y 1996 y que introdujeron la acción de inconstitucionalidad como medio de control jurisdiccional y abstracto de la constitucionalidad de normas generales en México, dando origen a la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional que regula de manera específica el procedimiento abstracto de control de la constitucionalidad, incluido el proceso legislativo de elaboración de este ordenamiento legal desde su iniciativa hasta su aprobación y publicación en mayo de 1995 y su posterior reforma en el año de 1996.

También se estudia el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad, así como el procedimiento y substanciación de este medio de control de normas generales previsto en la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional, incluido por supuesto el estudio de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, estableciéndose las diferencias específicas entre el procedimiento de control abstracto de normas en general y el realizado sobre las normas que rigen los procesos electorales federales y locales en México.

En el quinto y último capítulo se analizan las deficiencias estructurales y funcionales en el diseño de la acción de inconstitucionalidad tanto a nivel constitucional como legal reglamentario, comenzando con su objeto de control que actualmente se encuentra restringido constitucional y legalmente, estableciéndose las normas y disposiciones de carácter general cuyo

control abstracto de su constitucionalidad resulta imposible llevar a cabo vía acción de inconstitucionalidad, dándose las razones por las cuales deberían incluirse en el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad. Posteriormente se estudian las deficiencias existentes en el diseño del procedimiento de control abstracto, analizándose aquéllos elementos que contribuyen a la ineficacia de este medio de control de la constitucionalidad como son la legitimación activa para promover la acción de inconstitucionalidad, la inconveniencia del establecimiento a nivel constitucional y legal de un plazo perentorio para su interposición y de un quórum de asistencia y votación excesivos para adoptar las resoluciones en los juicios de acción de inconstitucionalidad por parte de los miembros del órgano de control (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), señalándose en cada caso las opciones para corregir tanto las fallas estructurales como funcionales de este medio de control abstracto de normas en nuestro país.

Además de la necesaria reestructuración del control abstracto de la constitucionalidad mediante las reformas constitucionales y legales sugeridas, se propone la introducción de un medio concreto de control de la constitucionalidad con la finalidad de proteger eficazmente la Constitución mexicana no sólo de manera abstracta sino también concreta. La finalidad de introducir este medio concreto de control es la tutela de la Constitución no sólo de las normas que con su sola publicación puedan vulnerarla, sino también de la aplicación de las normas generales inconformes en los juicios ordinarios (primera instancia o apelación), con la finalidad de complementar nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad y garantizar un estado de conformidad de todo el ordenamiento jurídico vigente con lo dispuesto en el texto

constitucional, lográndose con ello una protección integral del ordenamiento constitucional en el Estado mexicano.

Cabe señalar finalmente que este trabajo de investigación pretende poner de manifiesto las fallas estructurales y funcionales del control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país, a fin de que sean consideradas por nuestros legisladores y se lleven a cabo las reformas constitucionales y legales necesarias para corregir esta situación, pues en sus manos está el que pueda brindarse una protección eficaz a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y evitar la constante vulneración del texto fundamental por la incompatibilidad de las normas y disposiciones generales y abstractas vigentes en el ordenamiento jurídico estatal.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTOS BÁSICOS PARA SU ESTUDIO

1.1 Concepto de Constitución

Comenzaremos este primer capítulo de conceptos básicos con el estudio teórico del concepto Constitución. Es preciso mencionar que nuestro objeto de investigación no es propiamente la Constitución del Estado, sin embargo, por la importancia del tema para nuestro estudio, resulta necesario su análisis con la finalidad de proponer el concepto que será empleado durante el desarrollo de nuestra investigación. Una vez establecido el propósito teórico del tema, daremos inicio al estudio del mismo.

En el lenguaje común y corriente, la palabra *constitución* se emplea para designar la específica naturaleza de una cosa, el modo en que están arreglados los elementos que la integran, por lo que este término da idea de *composición* u *organización de un todo*.¹ Establecido el significado de la palabra *constitución*, consideramos prudente realizar el análisis del concepto de Constitución del Estado, tomando como base, además del concepto mencionado, dos corrientes teóricas opuestas, una *formalista* o *jurídica* y otra que llamaremos *ontológica* o *real*, que serán de gran utilidad para la elaboración de nuestro concepto.

¹ FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, 2001, p. 51

Respecto a la primera corriente teórica, la formalista, es preciso mencionar que la mayoría de los autores nacionales e inclusive extranjeros, se adhieren a sus planteamientos. Del análisis *jurídico* o *formal* del concepto *Constitución del Estado*, puede decirse que se le considera como la *ley fundamental* o *ley suprema de la Nación*, concibiéndola por ende, como un *complejo normativo*. Manuel García Pelayo es partidario de esta *teoría formalista*, pues considera a la Constitución del Estado como: "...un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de normas".²

Del concepto anterior, podemos observar que dicho autor español muestra su conformidad con la explicación teórico - jurídica del concepto de Constitución del Estado, propuesta en un inicio por Hans Kelsen, quien para la construcción de dicho concepto consideró necesario establecer la distinción entre *Constitución en sentido material* y *Constitución en sentido formal*.

Para Kelsen, la *Constitución en sentido material* está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. El citado autor reconoce que el concepto de Constitución, tal como lo entiende la teoría del derecho, no es enteramente igual al correspondiente concepto de la teoría política, pues considera que el primero es lo que previamente hemos llamado Constitución en el sentido material

² Cit. por Elisur Arteaga Nava y Laura Trigueros Gaisman en *Diccionarios Jurídicos Temáticos* Volumen 2 (Derecho Constitucional). Segunda edición. México, Oxford University Press, 2000, p.15.

del término, que abarca las normas que regulan el “proceso de legislación”, mientras que el segundo concepto, perteneciente a la teoría política, ha sido forjado con la mira de abarcar también aquellas normas que regulan la creación y competencia de los órganos ejecutivos y judiciales supremos.³ Ambas ideas integran el concepto material de Constitución.

Como puede observarse, la construcción del concepto material de Constitución del Estado es totalmente jurídica, ya que se le considera como un complejo (sistema) normativo, concepto que como anteriormente hemos señalado, ha prevalecido en el campo del Derecho Constitucional, siendo por ello expresado del siguiente modo por Jellinek: *“La Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”*⁴

De acuerdo con el concepto anterior, “crear y organizar” a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia es el contenido mínimo y esencial de toda Constitución, cuyo objetivo principal es el limitar al poder (político) del Estado mediante el establecimiento de un sistema de competencias. Por tanto, *Constitución en sentido material* implica la organización del poder público, con la finalidad de impedir el abuso de poder.

Si analizamos el contenido del concepto material, podemos darnos cuenta que de éste deriva la clasificación tradicional

³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*. Trigésima cuarta edición. México, Editorial Porrúa, 2001, p.22.

⁴ *Ibidem*

(formalista) de las partes integrantes de una Constitución del Estado: *dogmática* y *orgánica*, ya que para limitar el poder del Estado a través del establecimiento de un sistema de competencias que asegure la libertad de los miembros de la sociedad en un estado, debe atenderse primero a una serie de *principios jurídicos* que deben ser observados antes de *organizar jurídicamente* al poder político del Estado.

Conforme a esta idea, existe una obligación de enumerar en la Constitución ciertos derechos del individuo, llamados "derechos fundamentales", que expresan y concretamente se sustraen de la invasión del Estado. Tales derechos se clasifican teóricamente en dos categorías: *derechos del individuo aislado* y *derechos del individuo relacionado con otros individuos*, todos ellos, derechos de la persona frente al Estado, pero comprendiendo la primera categoría *derechos absolutos* como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, etcétera; en tanto que la segunda categoría contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales requieren de la intervención ordenadora y limitadora del Estado, como la libertad de cultos, la de asociación, etcétera. Cabe señalar que la tendencia actual es permitir la intervención reguladora del Estado en toda clase de derechos individuales, inclusive en el de propiedad, que antes se consideraba absoluto. La parte de la Constitución que trata de los derechos fundamentales del individuo recibe el nombre de *dogmática*.⁵

Una vez reconocidos los derechos fundamentales --parte dogmática--, es necesario el establecimiento de un sistema de

⁵ *Ibidem*, p 23.

competencias como *garantía orgánica* contra el abuso del poder, garantía establecida a través del *principio de división de poderes*.⁶ La parte de la Constitución que tiene por objeto organizar al poder público recibe el nombre de *parte orgánica*, y es la que propiamente regula la formación de la voluntad estatal al dotar a los órganos constituidos de facultades de hacer, a diferencia de la parte dogmática que generalmente sólo erige prohibiciones.⁷ Dicha parte orgánica sumada a la parte dogmática integran el concepto material de Constitución del Estado.

Es preciso mencionar que la doctrina europea, perteneciente a la corriente formalista, considera que la Constitución en sentido material implica un concepto mucho más amplio de lo que hemos establecido, pues se refiere a todas las *reglas relativas a la transmisión y al ejercicio del poder*. Como puede apreciarse, este concepto material es a la vez extenso e impreciso, ya que comprende no sólo las normas reguladoras de los órganos del Estado, sino inclusive las disposiciones sobre el sistema electoral, el derecho parlamentario, los estatutos de los partidos, así como aquellos usos y mecanismos no jurídicos que influyen de manera determinante en el régimen político.⁸

⁶ La *división de poderes* es el instrumento básico por medio del cual se intenta conjurar el peligro de un poder excesivo y no constraído a límite alguno, es la distribución de funciones del Estado en órganos distintos que deben actuar sólo en el ámbito de su competencia y que se controlan entre sí, impidiendo la concentración del poder. El otro instrumento básico por medio del cual se intenta conjurar el peligro de un poder excesivo, ilimitado y que complementa el concepto material de Constitución- son los *derechos fundamentales* (garantías individuales o derechos humanos) que requieren de un esfera jurídica protectora que garantice su invulnerabilidad y represente por ende, un freno y límite a la acción del Estado, siendo estos la primera limitación institucional al ejercicio del poder público (político). Por ello, la palabra clave es el de *límites* al Estado y *límites* al poder político todos ellos fijados por la ley.

⁷ TENA, Op. cit., p.23 y 24.

⁸ FIX ZAMUDIO, Op. cit. p.55.

Habiendo explicado el concepto material de Constitución, concluiremos el “estudio jurídico” de la Constitución del Estado, con la explicación del *concepto formal*. La Constitución en sentido formal, en palabras de Kelsen, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas que no forman parte de la Constitución en sentido material. Dichos preceptos, que por su propia índole deberían de estar en las leyes ordinarias, se inscriben en la Constitución para darles un rango superior al de las leyes comunes, para excluirlos en lo posible de la opinión mudable del Parlamento, dificultando su reforma mediante el procedimiento estricto que suele acompañar a las enmiendas Constitucionales.⁹

Como puede observarse, se reserva el *sentido formal de Constitución* para el *documento escrito* y que generalmente se revisa según un *procedimiento especial*, por lo cual tiene un valor jurídico superior a las demás normas que integran el orden jurídico positivo (legislación ordinaria). Esto es, las normas constitucionales se distinguen porque para su modificación o derogación se requiere la observancia de un procedimiento más complejo que el que se utiliza, para los mismos efectos, tratándose de cualquier otra norma jurídica, el cual está determinado precisamente en el texto constitucional (principio de rigidez constitucional).

Una vez analizado el concepto de Constitución propuesto por la corriente formalista o jurídica, es momento de iniciar el estudio del concepto propuesto por su antagónica, la corriente ontológica o real, con la finalidad de elaborar nuestro concepto de Constitución.

⁹ TENA. Op. cit. p.24.

La corriente *ontológica* centra su atención y crítica en el "positivismo jurídico" propuesto por Kelsen, pues considera que su aportación teórica respecto del concepto de Constitución se basa en construcciones jurídicas no comprobables en la realidad, ya que dicho autor pretende explicar el concepto Constitución del Estado a través de elementos meramente normativos (formales), esto es, jurídico-estructurales sin explicar cuál es la *esencia* o *contenido* de toda Constitución.

La crítica de los autores que se adhieren a esta corriente, tiene sustento en la idea de que no puede tratar de definirse a la Constitución del Estado con base en un único criterio: el jurídico. Consideran incorrecto concebir a la Constitución como un complejo normativo a través del cual se establezca el proceso de creación de leyes y se organice al Estado mediante la asignación de competencias a los distintos órganos constituidos que lo integran --Constitución en sentido material--, y que dichas prescripciones, deban estar contenidas en un "documento solemne", pudiendo ser solamente reformadas a través de un "procedimiento especial" --Constitución en sentido formal--, pues este concepto corresponde a una Constitución concreta o aisladamente considerada.

El sostener que la Constitución es la *norma suprema* atendiendo a las características propuestas por Kelsen, evidencia que el horizonte temporal y el sustento intelectual de esta teoría no va más atrás ni más adelante de finales del siglo XVIII y de todo el siglo XIX. Esto es, el *concepto material de Constitución* no es más que la definición de un tipo específico de Constitución, la del Estado

liberal burgués de Derecho.¹⁰ Al respecto Michael Mialle¹¹ considera lo siguiente:

“La existencia de una Constitución como texto único que reúne las reglas concernientes a la atribución y al ejercicio del poder político en determinada sociedad, es un fenómeno relativamente reciente: en la forma que le conocemos actualmente, no es anterior al siglo XVIII. Esto no significa que antes de esta época las sociedades no hayan tenido necesidad de una constitución. Esta técnica resultó necesaria en el momento en que la burguesía, políticamente minoritaria frente a la aristocracia, buscó el medio de limitar el poder real en el cual, teóricamente, no participaba. La vieja teoría del contrato social, ya presente en la Edad Media, fue retomada por los filósofos de las luces y encontró una encarnación precisa: el texto de la Constitución no es otra cosa que el resumen de las afirmaciones de los derechos de los ciudadanos y de las modalidades de ejercicio del poder de ellos mismos o por sus representantes. La Constitución representa por lo tanto la ley suprema en la organización de la sociedad que confiere al Estado sus fundamentos y sus límites.”

Como puede observarse, el concepto material de Constitución propuesto por Kelsen, es un concepto histórico-concreto que no es suficiente para establecer un concepto genérico de Constitución del Estado, pues éste atiende a la necesidad de un grupo social concreto (burguesía) de establecer límites frente al poder abusivo del Estado (monarca o rey y aristocracia) a través de un sistema de competencias (principio de división de poderes). Si partimos de la idea de que por Constitución debemos entender al conjunto de normas jurídicas que otorgan garantías individuales y consagran la división de poderes, entonces toda forma de organización distinta que adopte un Estado no sería constitucional, pues por no ajustarse a este modelo, carecería de Constitución. Dicha afirmación nos lleva a formular la siguiente pregunta: *¿puede haber un Estado sin constitución?* Es decir, *¿puede existir algo (Estado) que no esté conformado (constituido) de alguna manera?* Si lo anterior fuera

¹⁰ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *Teoría Constitucional*. Segunda edición. México. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2000, p. 22.

¹¹ Cit por Miguel Covián Andrade en su obra *Teoría Constitucional*, p.13

cierto, los tipos de Estado anteriores al liberal burgués de derecho como las monarquías absolutas o limitadas, por no poseer un documento dividido en parte dogmática --derechos fundamentales--, y parte orgánica --división de poderes--, no tenían Constitución, lo cual resulta evidentemente absurdo.

De lo expuesto hasta este momento, podemos establecer que la corriente formalista considera a la Constitución del Estado como "*aquellas normas que al estar reunidas en un documento escrito, quedan todas protegidas por la complejidad del procedimiento que debe observarse para su modificación*". Para los críticos de esta corriente, lo que se define es una *forma* o un *aspecto externo* y *circunstancial* de la Constitución del Estado, *pero no su esencia*, al considerar a la Constitución del Estado como "una norma suprema que se distingue de las otras normas por su forma". Sin embargo, con este concepto no se determina qué es la Constitución, sino únicamente lo que no es: no será Constitución aquélla que no cumpla con los elementos materiales y formales propuestos por Kelsen.¹²

No obstante, resulta absurdo pensar que dicho concepto formal de Constitución pueda corresponder a la realidad. Para demostrar que tal afirmación es cierta, basta tomar como ejemplo el caso de la Gran Bretaña, país en el cual no existe un documento escrito que enuncie las normas supremas del mismo y que integren dicha ley suprema (a pesar de que los partidarios de la corriente formalista pretendan justificar sus argumentos señalando que el caso de este país es una excepción a la regla). Si se atiende estrictamente al concepto formalista, debemos concluir que *este país no tiene Constitución*, lo cual resulta más que imposible, pues en palabras de

¹² *Íbidem*, p.27.

Carl Schmitt¹³, se ha confundido una parte --cada norma constitucional--, con el todo --la Constitución--, es decir, se ha tomado la parte por el todo sin lograr definir a éste último. Se confunde la parte con el todo, pues cada norma se identifica con la Constitución, y el conjunto de ellas, según la visión formalista, equivale a ésta última, por lo que las Constituciones se diferencian unas de otras por su *tamaño o número de partes* --preceptos--, *concepto en sentido formal*, atendiendo por supuesto estructuralmente al *concepto material de Constitución* planteado por Kelsen --derechos fundamentales y división de poderes--, mas no por el *contenido* o la *sustancia* de sus prescripciones.

Para demostrar que los planteamientos de la teoría formalista o positivista establecida por Hans Kelsen no corresponden a las características generales de toda Constitución, es necesario analizar los argumentos de dos autores que se sitúan en un plano teórico totalmente opuesto: Ferdinand Lassalle y su "Constitución en sentido real" y Carl Schmitt cuya teoría ha recibido la denominación de "decisionismo". El objeto de este análisis es establecer si la Constitución del Estado debe ser concebida como un ente abstracto --jurídico--, o bien, como una realidad.

Antes de iniciar el estudio de dichos autores, es necesario recordar que los partidarios de la corriente formalista coinciden en la "naturaleza jurídica" de la Constitución del Estado, por lo que consideran a ésta como algo jurídico, que en tanto tal, establece

¹³ Este autor considera que la relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija sólo el de *ley constitucional concreta*, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales. Cit. por Miguel Covián Andrade en su obra *Teoría Constitucional*, p. 28.

cómo debe ser el Estado. Esta manera de entender la naturaleza de la Constitución implica que es la ley suprema la que crea al Estado, lo estructura y le señala *cómo debe funcionar*; el Estado es la sociedad política y *la Constitución es la ley fundamental que lo organiza jurídicamente*. A partir de la aceptación casi genérica sobre la idea de Constitución establecida por Hans Kelsen, no se concibe un Estado sin una ley suprema o norma básica y esencial del orden jurídico. El Estado de Derecho empieza, según este criterio, por la norma de normas, es decir, por la Constitución. Esta norma, consecuentemente, está *por encima* del propio Estado, cuya existencia jurídica y cuyo funcionamiento determina y condiciona (Constitución en sentido jurídico- positivo o concepto abstracto de Constitución del Estado).¹⁴

Lo anterior significa que la Constitución del Estado es el fundamento de validez del orden jurídico positivo que deriva de ella y que a ella puede ser, norma por norma jerárquicamente referido, y que a diferencia de otras normas jurídicas, sólo puede ser reformada a través de un procedimiento especial, lo que le atribuye un estatus jerárquicamente superior respecto de todo el orden jurídico del Estado.¹⁵ Por ende, la pregunta sobre la naturaleza de la Constitución del Estado es para los positivistas (formalistas), definitivamente ociosa, pues es obvio para ellos que la Constitución es una norma, un deber ser, porque en el fondo todo lo que puede concernir o referirse al Derecho es un "deber ser". En otros términos, para la corriente formalista (normativista) no hay sino dos opciones: o los hechos o los actos de la realidad están previstos por las normas,

¹⁴ COVIÁN, Op. cit. p.32.

¹⁵ En suma, la naturaleza normativa de las prescripciones jurídicas se percibe claramente en virtud de que todas ellas sin excepción, *tienen origen en otra norma* a la que están jerárquicamente subordinadas formal y substancialmente.

en cuyo caso tiene relevancia para el deber ser, o no están contemplados por ellas, en cuyo caso son intrascendentes para el orden jurídico, incluyéndose por supuesto a la Constitución.¹⁶

Una vez aclarada la postura formalista, daremos inicio al análisis sobre la aportación teórica de Ferdinand Lassalle sobre la Constitución del Estado. Para ello, centraremos nuestra atención en el estudio de los conceptos *factores reales de poder*, *Constitución real y efectiva* y *Constitución escrita u hoja de papel* que son la esencia de dicha aportación teórica.

Lassalle elabora sus estudios teóricos partiendo de la pregunta *¿en qué consiste la verdadera esencia de cualquier Constitución?* Este autor responde diciendo que todas las definiciones jurídicas formales, y otras parecidas que pudieran darse, distan mucho de dar satisfacción a la pregunta formulada, pues se limitan a describir exteriormente cómo se forman las Constituciones y qué hacen, pero no nos dicen lo que una Constitución es. Como puede apreciarse, Lassalle rechaza los conceptos formal y material propuestos por el positivismo kelseniano y destaca la necesidad de penetrar en la "esencia de la Constitución", pues el concepto de ley fundamental no aclara del todo dicha esencia. Para Lassalle *lo fundamental es lo necesario*, es decir, lo que "es" de una manera y no puede "ser" de otra, por lo que en todo caso, la Constitución se trata de un *ser* y no de un *deber ser*, de una *realidad* y no de una *normatividad*.¹⁷

¹⁶ COVIÁN. Op. cit., p.44.

¹⁷ *Ibidem*. pp. 52 y 53.

Pero, ¿qué es lo *necesario* para Lassalle? Para responder a esta pregunta es preciso aclarar que dicho autor distingue entre Constitución y ley. Considera que ambas tienen evidentemente una esencia genérica común, estableciendo que: *“Una Constitución, para regir, necesita de la promulgación legislativa, es decir, que tiene que ser también ley. Pero no es una ley como cualquiera, una simple ley: es algo más”*.¹⁸ Ese “algo más” al que se refiere en su explicación es “lo *fundamental*”, que en palabras de dicho autor no se refiere a la diferencia jerárquica normativa ni a su procedimiento de creación entre la Constitución del Estado y cualquier otra ley ordinaria, sino a los *factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada*.

Para justificar la existencia de dichos factores reales de poder dentro de la sociedad de un Estado, Lassalle elabora la siguiente pregunta: *“¿Es que existe en un país algo, alguna fuerza activa e informadora, que influya de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que las obligue a ser necesariamente, hasta cierto punto, lo que son y como son, sin permitirles ser de otro modo? Si señores; existe, sin duda, y este algo que investigamos reside, sencillamente, en los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada”*.¹⁹

Dicho concepto, --factores reales de poder--, es la parte medular de la teoría constitucional de Lassalle, pues para él concretamente, *“la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país”*.²⁰

¹⁸ Ídem, p.52.

¹⁹ LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Quinta edición. México, Ediciones Coyoacán, 1999, p.45.

²⁰ Íbidem, p.52.

Lo anterior quiere decir que, como señala Lassalle en su obra *¿Qué es una Constitución?*, si se presentara la hipótesis de que un Estado en un caso extremo se quedara sin Constitución y sin leyes, viéndose en la necesidad de darse un nuevo orden jurídico, si bien pudieran crearse nuevas normas técnicamente inobjetables y materialmente inclusive mejores que las precedentes, éstas serán aceptadas o no por ciertos sectores sociales, cuyos intereses son afectados en mayor o menor grado por el contenido del nuevo orden jurídico establecido por la nueva Constitución. Al respecto, Lassalle señala con toda razón que la nueva Constitución no puede ignorar la *correlación de fuerzas real* entre los distintos *factores de poder* prevalecientes al momento de reelaborar la ley suprema del Estado,²¹ es decir, no puede dejar de atenderse a la realidad social y política existente al momento de su elaboración.

Cabe señalar que dicho autor enfatiza que existe una realidad previa a la norma que la condiciona y determina, una realidad que, obviamente, no es geográfica, demográfica o culturalmente determinante, sino *políticamente decisiva*. La realidad “es” para Lassalle y no “debe ser”, es decir, es algo que ya está dado y no que debe ser de una u otra forma. Dicha realidad política, es la que fundamenta la estructura normativa y hace que *necesariamente* sea así, dicha realidad es “*el fundamento al que responden las normas y que no les permiten ser de otro modo*”.

En este orden de ideas, los factores reales de poder son uno a uno, parte de la Constitución, hasta integrarla todos en su conjunto; los factores reales de poder *son la Constitución misma*, de tal suerte que para Lassalle entre la *ley suprema* y la realidad no tiene sentido

²¹ COVIÁN. Op. cit, p.54.

establecer una relación en términos de ser y deber ser, ni fijar una prelación cronológica entre la Constitución (ley) y la realidad social. Por ello, para Lassalle los factores reales de poder son una *realidad política que configura o constituye el "ser" del Estado*, y por ende, "es" su Constitución. Esto significa que no hay una realidad social, así ambigua y genéricamente concebida por los positivistas, como un "ser" frente a un "deber ser" que la considera y recoge voluntariamente para incorporarla a la norma jurídica, lo que existe es una *realidad política* --factores reales de poder--, que es la Constitución misma y que no está sujeta a la consideración voluntaria o no, aproximada o no, de nadie, sino que es así e impide que las normas sean de otro modo. La Constitución para Lassalle no es un acto de voluntad del legislador, sino una *realidad política personificada y representada por los factores reales de poder*.²²

Ahora bien, ¿qué es lo que debemos entender por factores reales de poder? Factores reales de poder son aquellas organizaciones políticas, grupos sociales, grupos de presión, esto es, organizaciones y agrupaciones que tienen representatividad dentro de la sociedad, o en general de los muy diversos sectores que dentro de una comunidad exigen sus derechos.

Dentro de una organización de ciudadanos, cualquiera que sea su tamaño y cualesquiera que sea su grado de cohesión y tiempo de duración, éstos tienen *intereses propios que defienden y tratan de hacer prevalecer*, pero que no necesariamente por ello conforman un factor real de poder. Además de los propósitos, objetivos o finalidades que persigue esa parte de la sociedad (organizada formalmente o no), debe tener la fuerza suficiente para

²² *Ibidem*, p.56.

que los demás factores de poder no la anulen por completo y establezcan normas de coexistencia totalmente adversas a sus intenciones e intereses. No basta con ser un sector o grupo social que tenga intereses y derechos que defender o se sienta merecedor de ellos, es necesario además que cuente con la *capacidad real de actuar*, es decir, *con el poder efectivo para luchar por la prevalencia de lo que quiere y le interesa*, por lo que son dichos factores de poder los que en función de su "fuerza real" (mayor o menor unos de otros), impedirán que la Constitución prescriba algo que lesione sus privilegios y obstruya sus intereses, procurando en cambio, sostenerlos y si se puede ampliarlos, con base en un argumento concreto y manifiesto: *la dosis de poder real que cada uno detente al momento de la elaboración de dicha Constitución*.

Por ello, para Lassalle los factores reales de poder (el rey, la aristocracia, los banqueros, el ejército, la burguesía, etcétera de su época) son cada uno parte de la Constitución y ésta al final, *la suma de todos ellos*. Los factores reales de poder no son creados, son parte de la realidad, son unos hoy y otros mañana, dependiendo de que conserven la fuerza que actualmente detentan, o la pierdan, siendo entonces substituidos por otros factores de poder. De ahí que la Constitución, entendida como "*la suma de los factores reales de poder*", sea un concepto real y político, totalmente contrapuesto a los conceptos formales y normativistas del positivismo jurídico y teorías afines. La Constitución es para Lassalle una realidad y no una norma, esto es, *algo político y no algo jurídico*,²³ idea que debe ser entendida en forma dinámica y dialéctica, pues *suma* para él no significa *adición*, sino *resultado* de la combinación de intereses que cada factor real de poder logró hacer prevalecer en un momento

²³ ídem, p.57

determinado, y que hacen que el Estado sea lo que “es” y no otra cosa.

Para concluir con el estudio de la aportación teórica de Lassalle, es preciso mencionar que la Constitución del Estado es una realidad que no debe confundirse con lo que él llama la “*hoja de papel*”. Dicho autor considera que entre la llamada *Constitución jurídica o escrita* y la *Constitución real* --suma de los factores reales de poder--, existe sólo una relación de *forma a contenido*, ya que la *forma jurídica y escrita* no debe tomarse más que como la *expresión de la realidad*,²⁴ pues el error ha consistido y consiste en la actualidad en identificar a la Constitución con la *forma normativa u hoja de papel* y no con su *esencia o naturaleza política real*.

La Constitución del Estado es *primariamente política y derivadamente jurídica*, es decir, primero existe una forma de organización estatal (organización política) y después un modelo específico (adecuado) de estructuración normativa.²⁵

Debemos partir de una realidad política representada por los factores reales de poder, pues la verdadera Constitución de un país, en palabras de Lassalle, sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que rigen en un país determinado, y las *Constituciones*

²⁴ “He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la constitución de un país; la *suma de los factores reales de poder* que rigen en ese país. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama constitución, es decir, con la constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores *reales de poder*, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado. Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores *reales de poder*, convirtiéndolos así en factores *jurídicos*.” I. ASSALLE. Op. cit, p. 52.

²⁵ COVIAN, Op. cit. pp. 59 y 60.

escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. El discurso de Lassalle no se limita a señalar *dónde* se elabora la Constitución del Estado (en la sociedad), sino explica concretamente *cómo se crea* (resultado o suma de los factores reales de poder) y *qué es o cuál es su esencia* (Constitución política real y no jurídica escrita).

Una vez establecido el concepto de Constitución para Lassalle --Constitución real--, es momento de abordar otra de las aportaciones teóricas que se suman a la corriente ontológica: el *decisionismo* de Carl Schmitt.

Este autor alemán, al igual que Lassalle, demuestra con claridad la insuficiencia de los conceptos material y formal tradicionales acerca de la Constitución del Estado, a los que denomina *ideal* y *relativo* respectivamente. Según este autor, el *concepto material* tiene el defecto principal de *idealizar* el tipo de Constitución del Estado burgués de Derecho, tomando *esta forma concreta de Constitución* como si fuera el género, es decir, se confunde al género con la especie. En cuanto al *concepto formal*, para Schmitt *relativo*, su deficiencia radica en que confunde a la parte con el todo, es decir, se refiere a la *ley constitucional*, en lugar de definir a la Constitución del Estado. Este autor desecha lo que denomina *concepto absoluto de Constitución* y que no es sino la percepción formalista o positivista de la *ley suprema o norma de normas*²⁶

²⁶ *Ibidem*, p.62.

Para Schmitt, esta *visión totalizadora* de la Constitución --concepto absoluto--, es incorrecta en virtud de que establece un sistema estrictamente normativo, cerrado y unitario que llega al extremo de identificar a la Constitución con el Estado, pues menciona que se parte de la idea de que todas las normas tienen que poder ser referidas a esta ley suprema, por ser la norma fundamental de todo el orden jurídico; consecuentemente, la Constitución es un *deber ser* y al hacerla coincidir con el Estado, éste se concibe también en sentido jurídico, es decir, como un *deber ser normativo*. No obstante dichos planteamientos, Schmitt considera que la *Constitución es un ser o modo de ser*, y no una *normación total de la vida del Estado*.²⁷

Obsérvese que Schmitt, al igual que Lassalle, considera que la esencia de la Constitución es antes que norma *realidad*, y antes que algo identificable con un *deber ser*, algo esencialmente relativo al *ser del Estado*, pues afirma que "*la Constitución es una decisión conciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma*". Esta decisión o el conjunto de decisiones a las que Schmitt denomina *políticas fundamentales*, son las que no deben confundirse con las normas jurídicas, cuyo conjunto es lo que frecuentemente se considera como Constitución, *ya que en el fondo de toda normatividad reside una decisión política del titular del poder constituyente, que definen el ser o modo de ser del Estado*, por lo que no puede hablarse de que la esencia de la Constitución esté contenida normativamente.²⁸

²⁷ Ibidem. pp.62 y 63.

²⁸ Ídem. pp.63 y 64.

De lo anteriormente expuesto, puede colegirse que la *esencia* de la Constitución de un Estado no consiste en una ley, sino en una *decisión*. Es preciso aclarar que Carl Schmitt admite la existencia de normas jurídicas las cuales pueden distinguirse por su "jerarquía" unas de otras, ocupando entre ellas un sitio preponderante las normas constitucionales. Sin embargo, éstas no son la Constitución, en virtud de que la *unidad política* que ella representa no puede establecerse tan sólo en normas constitucionales, sino a través de un conjunto de *decisiones políticas*, las cuáles son *fundamentales* para la permanencia de dicha unidad política. Es por ello que son las *decisiones políticas fundamentales* las que definen o determinan la existencia política del Estado, es decir, la forma como éste se constituye o bien, en una palabra, su Constitución.

Supra:

Las decisiones políticas fundamentales definen lo que es, o bien cuál es la Constitución del Estado y no lo que debe ser; *no son esencialmente normas, sino decisiones*, es decir, *determinaciones sobre el modo y forma del Estado que el titular de la soberanía adopta por decisión propia, originaria, ilimitada e incondicional*. No son algo jurídico, en tanto no provienen de procesos, orígenes, ni atribuciones normativas, sino de fuerzas políticas, de poderes reales --factores reales de poder en palabras de Lassalle--, que toman una alternativa entre varias posibles. Tampoco son cualquier tipo de decisiones, sino nada menos que las que determinan y sientan los cimientos de la organización política de la sociedad. Las decisiones políticas fundamentales son en suma, la base (fundamento) de la organización política del Estado, que determina (decisión) una fuerza

soberana (política) y que hace que éste sea lo que "es" (ser) y no otra cosa.²⁹

Carl Schmitt considera necesario establecer la distinción entre Constitución del Estado y las llamadas *leyes constitucionales*. La distinción consiste en lo siguiente: una vez determinado el *ser o modo de ser del Estado*, es posible pensar en fórmulas normativas mediante las cuales la Constitución *sea jurídicamente expresada*. Esto significa que las decisiones políticas fundamentales son previas a las leyes constitucionales, y por ende, condicionan su contenido; entre la Constitución y las leyes (normas) constitucionales hay una dependencia ontológica y de validez. Las leyes (normas) constitucionales presuponen la existencia de una Constitución --decisiones políticas fundamentales--, de la que derivan, siendo ésta un acto de soberanía. Las leyes (normas) constitucionales tienen una *naturaleza jurídica* a diferencia de la Constitución, cuya naturaleza es *esencialmente política*; las leyes (normas) constitucionales son creadas con base en una o varias decisiones políticas fundamentales, las cuales son el resultado de la voluntad política de quien las adopta: factores reales de poder imperantes en una sociedad y época determinada.³⁰

Es necesario advertir que las decisiones políticas fundamentales tienen una connotación precisa que no debe confundirse, ni mucho menos asimilarse a lo que en las teorías formalistas conocemos como *principios generales, programas y proyectos nacionales, aspiraciones políticas de un pueblo, costumbres, usos y tradiciones o metas y propósitos* que se fijan los

²⁹ *Ibidem.* p. 65.

³⁰ *Ibidem.*

constituyentes al elaborar la Constitución. Estas decisiones no sólo son buenos propósitos, sino auténticas definiciones sobre la organización política del Estado, que son adoptadas entre varias opciones más por el titular de la soberanía. Son definitorias del *ser estatal* y no se toman pensando en que tengan vigencia a partir de un momento futuro, sino de inmediato. Dichas decisiones políticas tampoco expresan ideas y principios genéricos, sino *determinaciones concretas (Monarquía o República, régimen parlamentario o presidencial) sobre la estructura del Estado.*³¹ De ahí que podamos concluir definiendo a la Constitución del Estado como “*el conjunto de decisiones políticas fundamentales que adopta el titular de la soberanía y que definen el ser o modo de ser del Estado.*”

Para concluir con el estudio del *decisionismo*, es necesario mencionar que para esta postura la forma jurídica no es parte de la Constitución, en tanto ésta es esencia política y no expresión normativa. Que la norma o el elemento jurídico es necesario y cumple una función importante e imprescindible con relación a la Constitución, no implica que deba confundirse la esencia con la forma. En otros términos, puede haber en un Estado mayor o menor grado de expresión jurídico- formal o en su caso ninguno (p.e Inglaterra), pero lo que no puede dejar de existir es la esencia o contenido (decisiones políticas fundamentales). En este orden de ideas, el carácter imprescindible de la existencia de normas jurídicas es la de garantizar el cumplimiento de las determinaciones adoptadas, mientras que la expresión escrita de las mismas en un documento garantiza su permanencia.

³¹ Ídem, p 67

Es necesario mencionar que la corriente ontológica demuestra que la única idea correcta sobre lo que es una Constitución del Estado es la que concibe a ésta como un ser o una realidad.³² Nosotros nos adherimos a la explicación teórica de la corriente ontológica, por considerar que el concepto de Constitución es el que corresponde a la realidad y puede ser verificado y aplicado a cualquier Constitución en cualquier tipo de Estado.

Por lo anterior, proponemos los elementos genéricos que deben ser tomados en cuenta para la construcción del concepto de Constitución, atendiendo a las ideas vertidas tanto por Lassalle como por Carl Schmitt. Dichos elementos pueden resumirse de la siguiente manera:³³

- *Naturaleza de la Constitución.*- La Constitución es un ser, una realidad, no una normatividad (deber ser). Es algo ontológico (político), no deontológico (jurídico).
- *Esencia de la Constitución.*- Es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser del Estado (Carl Schmitt), es decir, determinan su estructura real y describen o reflejan cómo está constituido.

³² A diferencia de la corriente formal que pretende identificar a la Constitución del Estado con una normatividad y por ende concebir a la naturaleza de éste como jurídica, la corriente ontológica identifica al Estado como la *organización política de la sociedad*, por lo que la expresión "Constitución del Estado" podrá ser entonces sustituida por la de *Constitución política de la sociedad*. Así, nos referimos entonces al ser o modo de ser político de la sociedad, a la manera en que esa sociedad está constituida, a una realidad concreta que puede enunciarse diciendo: *Constitución de la sociedad políticamente organizada*, que no significa otra cosa más que la sociedad --Estado para estos efectos--, *está* organizada políticamente de alguna manera, argumento que demuestra la naturaleza política del Estado.

³³ COVIAN, Op. cit., p. 112.

- *¿Quién la adopta o la determina?* Los factores reales de poder en los que radica la soberanía en ese momento, en tanto fuerza capaz de tomar esas decisiones (poder constituyente).
- *¿Dónde se elabora la Constitución?* En un *órgano colegiado* en el que están representados los factores reales de poder y que recibe el nombre de *congreso constituyente*.
- *¿Cuál es su relación con el documento escrito o texto constitucional?* El texto constitucional es un conjunto de normas constitucionales que son la expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales --Constitución- esencia--, y que derivan de ella directa o indirectamente. La función de las normas constitucionales es dotar de obligatoriedad a las decisiones políticas fundamentales para que sea observada por los miembros de la sociedad políticamente organizada a la que va dirigida.

Utilizando estos elementos que conforman el concepto de Constitución, podemos definir a la Constitución del Estado como *“el conjunto de decisiones políticas fundamentales adoptadas por los factores reales de poder imperantes en una sociedad y época determinada, que definen el ser o modo de ser del Estado.”*

1.2 Concepto de supremacía constitucional

Una vez establecido el concepto de Constitución, que para los efectos del presente trabajo es el que será empleado, es necesario abordar el análisis de otro concepto básico para el estudio del *control*

de la constitucionalidad y de la acción de inconstitucionalidad: el concepto de *supremacía constitucional*.

Respecto de este concepto podemos comenzar su análisis diciendo que la palabra *supremacía* proviene de *supremo* y este vocablo del latín *supremus*, superlativo de *superus*, que significa *arriba o por encima*. Para Elisur Arteaga Nava³⁴ el término *supremacía constitucional*, es un principio que reconoce a la Constitución (entendida como texto constitucional, expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales) como un complejo normativo de *jerarquía superior* en relación con todo el orden normativo positivo, federal y local, vigente en el país. Por virtud de él, las leyes y los decretos deben de estar de acuerdo con lo mandado por la Constitución so pena de nulidad en caso de no estarlo.

Dicho autor considera que toda Constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo *de ser suprema*, pues para poder *constituir* (añadiríamos nosotros, constituir política y jurídicamente a un Estado), requiere poder estar por encima de toda institución jurídica, siendo para ello necesario que todo le sea inferior. En lo normativo a nada se le reconoce como superior, pues ésta, la Constitución del Estado, constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe. Lo anterior va con su naturaleza,³⁵ por ello es inherente al concepto *Constitución* el ser suprema. Lo es por cuanto ella está abocada a constituir y para poder hacerlo requiere que todo en lo interior le esté subordinado y estructurado siguiendo sus lineamientos generales. De ahí que nada que le sea contrario pueda subsistir o ser válido, ya que el principio de supremacía es operante

³⁴ ARTEAGA-TRIGUEROS. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 2.... p. 90.

³⁵ ARTEAGA NAVA, Elisur. *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 1 México. Oxford University Press, 2000, p.3.

tanto por lo que hace a la estructura y funcionamiento de un órgano, como por lo que se refiere a sus facultades, atribuciones y limitaciones.³⁶

Es preciso mencionar que dicho principio de supremacía constitucional está previsto en forma expresa en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece lo siguiente:

“**Artículo 133.-** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la *Ley Suprema de toda la Unión*. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Con base en las consideraciones anteriormente esbozadas y de acuerdo con la lectura del artículo 133 constitucional, se puede mencionar que el *principio de supremacía constitucional* establece la *jerarquización del orden normativo federal*, pues aun cuando en el artículo 133 constitucional no se establezca de manera explícita que la Constitución Federal se encuentra por encima de las Leyes Federales y Tratados Internacionales, cabe aclarar que debe entenderse el término “*Ley Suprema de la Unión*” no como la *Constitución del Estado*, sino como el *bloque normativo federal* compuesto por diferentes normas y disposiciones generales: Constitución Política, Leyes, Tratados, etcétera, que no integran un solo código normativo: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino un *nivel jurídico que será superior a los órdenes jurídicos internos de las entidades federativas*, esto es, el *Derecho Federal*. En este artículo, entonces, la expresión “*Ley Suprema*” es

³⁶ ARTEAGA-TRIGUEROS. *Diccionarios Jurídicos Temáticos* Volumen 2 p. 90.

equivalente no a *Constitución Federal*, sino a *orden jurídico federal*, pues en el ámbito federal existe una relación jerárquico–normativa entre las diversas disposiciones generales o normas jurídicas, esto es, las *normas constitucionales* están en un primer nivel y los Tratados Internacionales y las Leyes Federales en un segundo sitio, dependientes de ella y conformes a ella, por encontrarse establecidas en la Constitución (texto constitucional) las bases para la celebración de estos y la creación de aquéllas, lo que nos hace ver que dichas disposiciones están *jerárquicamente subordinadas* a la Constitución Federal, ocupando un segundo nivel dentro del orden normativo federal.

Lo anterior demuestra que el *orden jurídico interno* encabezado por las *normas constitucionales* es de jerarquía superior al *internacional* y que éste deriva, y por ende, está sujeto en cuanto a su validez y aplicabilidad a aquél. Que la Constitución prevalece sobre los Tratados y que éstos no son parte sino derivación de ella, lo demuestra el hecho de que no pueden entrar en vigor, ni producir efectos entre los sujetos que los acuerdan --Estado o Naciones--, si no son respetados los procedimientos para su celebración y aprobación establecidos en el texto constitucional. Esto significa que las normas supremas son las constitucionales y no las internacionales, por lo que queda comprobado que la Constitución del Estado está ubicada en un nivel más alto dentro del ordenamiento jurídico federal que los Tratados internacionales, los cuáles le están subordinados al igual que las Leyes Federales.³⁷

Cabe aclarar que el hecho de que los Tratados Internacionales sean jerárquicamente inferiores a la Constitución del Estado, no

³⁷ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *Teoría Constitucional...*, pp. 516 a 524.

implica que estén al mismo nivel jerárquico que las Leyes Federales, ya que por interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, éstas se ubican en un nivel más bajo dentro de la estructura del orden jurídico federal.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la tesis de jurisprudencia P. LXXVII/99, visible en la página 46 del Tomo X del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de noviembre de 1999, que al texto es como sigue:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCION FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales" y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las

entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados." No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27 de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.;" sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."

Una vez establecido el contenido y alcance del concepto de supremacía constitucional, es importante mencionar que el principio de supremacía constitucional se impone a los órganos constituidos locales en forma directa, ya que la Constitución Federal obliga a los Congresos locales a organizar a sus entidades federativas de conformidad con lo que establece el artículo 116. Otro precepto constitucional que refuerza este principio es el artículo 128, el cual obliga a los titulares de los órganos constituidos, tanto federales como locales, y en general a todo servidor público sin excepción, a respetar la Constitución Federal.

Estos preceptos constitucionales (artículos 116 y 128), aunados al texto del artículo 133 constitucional que contiene expresamente el aludido principio de supremacía constitucional, nos

permiten comprender que todo el orden normativo, federal y local, debe estar de acuerdo con la Constitución para tener validez, pues en caso de contradicción, deberán ser considerados nulos por la falta de correspondencia con lo establecido en el texto constitucional. Dicha consideración será aplicable en el caso de actos de servidores públicos y en general a cualquier clase de disposiciones y normas de carácter general que impliquen una contradicción con la Constitución Federal.

1.3 Concepto de control

El control puede ser considerado como un elemento clave en la Constitución del Estado de derecho democrático y social, por lo que en el caso de nuestro país, dicho concepto es de vital importancia al pertenecer a este tipo de Estado, pues resulta fundamental determinar el papel que en éste desempeña el control.

El autor español Manuel Aragón,³⁸ considera que el control en un Estado social es aún más necesario debido a que en éste se manifiesta, además de una gran extensión del poder, una corriente recíproca de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que requiere, en mayor medida, la efectividad de las *limitaciones* y *control*. Debido a ello considera que:

“... la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de *realización*, es decir de su efectividad normativa, que como ha señalado **Hesse**, requiere necesariamente “que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados” No es concebible, pues, la constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantía de una compleja división y

³⁸ ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002. p.101.

limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad...la aplicación de los jueces en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (*drittwirkung*), o la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de las asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación (para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos de control.”³⁹

Como puede observarse, este autor establece dentro de sus consideraciones la justificación de la existencia del control en un Estado democrático y social de derecho, pues parte de la idea que el poder político, y en especial su ejercicio, aunque está *limitado* constitucionalmente, no puede ser verificado si no se establece un sistema efectivo de controles que garanticen y preserven la unidad política y jurídica establecida por la Constitución. De ahí la necesidad de la idea del control para toda Constitución a través de la cual se pretenda limitar el poder político y su ejercicio.

Cabe señalar que en la Constitución de un Estado democrático y social de derecho, se establecen una serie de principios materiales y estructurales (estos últimos organizativos o procedimentales), cuya condición es precisamente la de ser *garantía* de otros principios o reglas materiales. De ahí que el control, -entendido en sentido general, que es de lo que hasta ahora venimos tratando y no sólo circunscrito al *control de la constitucionalidad*-, al dotar con su existencia de *eficacia* a dichas *garantías*, sea el

³⁹ *Ibidem*. pp. 102 y 103.

elemento indispensable para asegurar la *vigencia* de los principios y reglas materiales de la Constitución, es decir, para la realización de los *valores* propugnados como *finés*, en especial el de *igualdad*, por ser éste el objetivo fundamental del Estado social de derecho,⁴⁰ pues, en palabras de Sartori⁴¹, la *democracia pluralista* sólo es posible cuando se articula sobre un sistema general de controles, esto es, la democracia "concordada" o "proporcional" no supone la aminoración del control, sino su potencialización, ya que el Estado social no puede concebirse sin control.

Lo anterior nos lleva a concluir que sin instrumentos de control no es posible la existencia del Estado social y democrático de derecho. Es por ello que en palabras de Manuel Aragón: *"El control pasa a ser así, un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no sólo ocurre que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su realización; ocurre, simplemente que no hay Constitución"*.⁴²

Es importante mencionar que dicho autor español, afina su idea acerca del control estableciendo que:

"...para la teoría constitucional, el fenómeno del control escapa al establecimiento de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por el contrario, es justamente la existencia de un *sentido constitucionalmente unívoco del control* lo que le permite ser, como ya se ha expuesto, elemento inseparable de un concepto unívoco de Constitución. Unidad de sentido que se deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma *teoría del control*: considerada la íntima relación que existe entre Constitución y control, parece evidente que la teoría de aquélla ha de incluir la teoría de éste, por lo que cualquier intento en la elaboración de teorías acerca del control, ha

⁴⁰ ARAGÓN. Op. cit, p. 117 y ss.

⁴¹ Cit. por Manuel Aragón en su obra *Constitución, democracia y control*, p.119.

⁴² ARAGÓN. Op. cit, p.120.

de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional. Tal sentido no es otro que el de considerar al control como "el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder".⁴³

Una vez establecida la justificación de la existencia del control en un Estado que pretende ser definido como democrático y social, y entendido el *sentido unívoco* que le debe ser atribuido por ser considerado como parte inseparable del concepto de Constitución, esto es, como el instrumento o vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones establecidas en la Constitución para preservar los principios establecidos por ella, es necesario establecer el significado de dicho vocablo.

La palabra *control* proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre – rolé (controle)*, que significa, literalmente, "contra – libro", es decir, "libro de registro", que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de "fiscalizar", "someter", "dominar", etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés "control" se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a "comprobación", lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En *inglés* significa "mando", "gobierno", "dirección", pero también "freno" y "comprobación"; en francés, "registro", "inspección", "verificación", pero también, "vigilancia", "dominio" y "revisión"; en *alemán* (*kontrolle*), "comprobación", "registro", "vigilancia", pero también "intervención", "dominio" y "revisión"; en *italiano* (*controllo*), "revisión", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "freno" y

⁴³ *Ibidem*. pp. 120 y 121

"mando". El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: "inspección", "fiscalización", "intervención", "dominio", "mando", "preponderancia".⁴⁴

Si del análisis puramente lingüístico pasamos al examen del empleo que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad de significados no desaparece en cuanto que en los ordenamientos suele encontrarse el término "control" referido a fenómenos muy diversos: control parlamentario, judicial, administrativo, etcétera. Como puede observarse, la multiplicidad de significados es patente, sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una *pluralidad de conceptos de control*, no impide comprender a éste en un *único sentido*. Bajo las diversas formas del control del poder --parlamentaria, judicial, social, etc.--, y bajo las diversas facetas --freno, vigilancia, revisión, inspección, etc.--, que tal control puede revestir, late una idea común: *hacer efectivo el principio de limitación de poder*. Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden objetivamente a un único fin: *fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos*.⁴⁵

Tomando en cuenta los razonamientos anteriormente establecidos, puede considerarse al control como: *"el instrumento o vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones previstas en la Constitución para preservar los principios por ella establecidos, y evitar así, los abusos del poder durante su ejercicio."*

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 121 y 122

⁴⁵ *Ibidem*, p.122.

Cabe mencionar que si bien la unidad del fin permite atribuir un *sentido unívoco* al control y considerarle válidamente como un elemento inseparable del concepto de Constitución, la *pluralidad de medios* a través de los cuales ese control se articula y la diversidad de *objetos* sobre los que puede recaer --actos, leyes, etcétera--, impiden sostener un concepto único de control. No se trata de que existan clases de control, pues ello es obvio y no afecta a la unidad conceptual, sino que, por imperativos analíticos, la *heterogeneidad* de los medios de control es tan evidente que obliga a la pluralidad conceptual. Para el derecho constitucional no hay, pues, uno sino diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, pero integrado por muy variados elementos. La categoría del control se presenta, en sus diversas manifestaciones prácticas, a través de modalidades tan distintas: controles sociales, políticos y jurídicos, que cualquier intento de englobarlas en un solo concepto que las pudiese abarcar sería teórica y operativamente imposible.⁴⁶

Diferencia entre limitación y control.- Una vez planteada la importancia que para la Constitución del Estado tiene el significado del control y la imposibilidad de establecer un concepto único del mismo, es importante señalar que existe una diferencia entre *control* y *limitación* a pesar de estar estrechamente relacionados, por lo que resulta necesario aclarar este punto para evitar confusiones en el manejo de ambos conceptos.

Para tal efecto, nos permitimos transcribir las ideas expuestas al respecto por Carla Huerta Ochoa debido a la sencillez de sus planteamientos, los cuales adoptamos para el establecimiento de una

⁴⁶ Ídem. p 123.

diferenciación no sólo teórica, sino inclusive práctica de ambos conceptos. Esta autora plantea lo siguiente:

"Las limitaciones establecen las fronteras a las posibilidades de actuación de los órganos de gobierno. Pero el poder puede excederse, rebasar dichas fronteras y transformarse en un mandato arbitrario. La *función del control* es vigilar la observancia y respeto de las limitaciones. Una forma efectiva y permanente de establecer limitaciones es por medio del derecho, tanto en la Constitución como en la ley, los decretos o los reglamentos, en virtud de su fuerza obligatoria.

Para Manuel Aragón, "la limitación resulta de una norma abstracta y el órgano de control es actualizador de una limitación preestablecida" Es decir, que el órgano que ejerce el control tiene la obligación de verificar que la limitación sea respetada. En su opinión, los límites buscan preservar la supremacía constitucional, y el control es la garantía del acatamiento de las limitaciones

Es correcto afirmar que establecer limitaciones sin un medio de control es inefectivo y poco realista, pero no es válido pensar que los controles permiten asegurar que la conducta no deseada no se verificará. Por ello es oportuno diferenciar también los conceptos de control y garantía.

Las garantías son los medios que permiten asegurar los derechos y protegen la libertad de los abusos que la autoridad pudiera cometer. Las limitaciones son un tope al ejercicio del poder, pero no garantizan que no se incurrirá en tales abusos. Es únicamente a través de los diversos instrumentos de control como se logra garantizar la efectividad de las limitaciones establecidas.

Por otra parte, es oportuno aclarar, con Manuel Aragón, que el órgano controlante no limita, asegura la vigencia de las limitaciones fijadas objetivamente por el Derecho. Es decir, solamente hace eficaces los límites establecidos, pero no puede crear o fijar nuevas limitaciones a los demás órganos; esa es función del órgano constituyente y del Legislativo, en su caso.

Para que la limitación sea efectiva, es preciso que los controles sean institucionalizados, es decir, que estén prescritos por el derecho y funcionen de manera regular. En la opinión de Manuel Aragón, la Constitución podría sobrevivir sin controles sociales o políticos: el control jurídico en cambio, es absolutamente necesario, principalmente para preservar la vigencia del orden jurídico y la supremacía de la Constitución

Existen múltiples limitantes al poder del Estado, como son la Constitución, la soberanía, o bien, limitantes al titular del Poder Ejecutivo o al ejercicio de sus funciones, como por ejemplo, el hecho de que su mandato sea temporal, que no pueda reelegirse su titular, las determinaciones de su propio partido político, etcétera. Sin embargo,

todas esas limitaciones carecerían de significado si no hubiera formas para asegurar su cumplimiento, por lo que se establecen sistemas de control.

Algunos de los medios de control quedan fijados en las leyes, y es a los órganos del Estado a quienes corresponde vigilar su permanencia. Pero como ya sabemos, existen otro tipo de controles que no están institucionalizados, como son el electorado, la opinión pública y los grupos de presión, entre otros.

Para Reinhold Zippelius, el poder distribuido es conjunta y simultáneamente limitado y controlado. Aunque tiene razón al considerarlo limitado, parece que confunde en cierta manera limitación y control, dado que la separación de funciones constituye una limitación al ejercicio del poder, pero no asegura si no se establecen sistemas de control, que no existan abusos en su ejercicio. Esto lo reconoce al afirmar: "La limitación como principio político se traduce en un esquema de organización y distinción funcional de poderes, pero con un vínculo de coordinación jurídicamente regulado", cuyo fin es evitar la concentración de poder. Finalmente, ese vínculo de coordinación parece configurarse como una forma de control jurídicamente establecida.

Podríamos decir que una limitación implica señalar el alcance de las facultades de la autoridad, mediante normas jurídicas para darle fuerza obligatoria y así impedir el abuso en el ejercicio de las facultades correspondientes. Es una frontera que marca el punto de partida y hasta donde se puede llegar en la realización de una función; pero como barrera no infranqueable.

El control, en cambio, no implica una limitación a la actividad de las autoridades, sino que consiste en un procedimiento de supervisión y vigilancia de las actividades realizadas por la autoridad, ya sea por medio de la cooperación o la simple comprobación de la observancia de las normas que establecen los límites, garantizando la efectividad de las limitaciones."⁴⁷

Como puede observarse, esta autora considera necesario el diferenciar los términos *limitación* y *control* para evitar confusiones en el manejo técnico jurídico de los mismos. Debido a ello, debemos entender que la **limitación** implica señalar el alcance de las facultades de la autoridad mediante normas jurídicas para darle fuerza obligatoria, y así impedir el abuso en el ejercicio de las facultades correspondientes. Esto es, una limitación puede ser

⁴⁷ HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Segunda edición. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001, p. 53 y ss.

considerada como una *frontera* que marca el punto de partida y hasta donde se puede llegar en la realización de una función, es decir, hasta donde pueden actuar los órganos de gobierno, pues fija la competencia de los mismos. Sin embargo, las limitaciones no deben ser consideradas como una barrera infranqueable, pues existe la posibilidad de que el poder político exceda dichas fronteras y se transforme en un *mandato arbitrario*. De ahí la necesidad del establecimiento de medios o instrumentos que garanticen la debida observancia de las limitaciones, por lo que resulta imprescindible el establecimiento de *controles*.

En este orden de ideas, el **control** no implica una limitación a la actividad de las autoridades, sino consiste en un *procedimiento de supervisión y vigilancia de las actividades realizadas por la autoridad*, ya sea por medio de la cooperación o la simple comprobación de la observancia de las normas que establecen los límites, *garantizando la efectividad de las limitaciones*, lo cual nos lleva a la conclusión de que la función del control es *vigilar la observancia y respeto de las limitaciones constitucionalmente establecidas*.

Es importante señalar, de acuerdo con las ideas de la autora en comento, que la *limitación resulta de una norma abstracta* y el órgano de control es solamente actualizador de la limitación preestablecida. Esto significa que el órgano que ejerce el control tiene la obligación de verificar que la limitación sea respetada, pues los límites buscan preservar la *supremacía constitucional*, por lo que el control es la garantía del acatamiento de las limitaciones. Por lo anterior, es correcto afirmar que establecer limitaciones sin un medio de control es inefectivo y poco realista.

Si hemos dicho que *el control es la garantía del acatamiento de las limitaciones*, resulta necesario decir que por *garantías* deben entenderse aquellos *medios que permiten asegurar los derechos de los individuos contra los abusos que la autoridad pudiera cometer*. Dicho lo anterior, es necesario entender que las *limitaciones* son un tope al ejercicio del poder, pero que no garantizan que no se incurrirá en tales abusos, por lo que es posible afirmar que es únicamente a través del establecimiento de los diversos instrumentos o medios de control como se logra garantizar la efectividad de las limitaciones.⁴⁸

Por último, es preciso mencionar que para que la limitación sea efectiva, es preciso que los controles sean *institucionalizados*, es decir, que estén prescritos por el derecho y funcionen de manera regular, pues ello permitirá preservar la vigencia del orden jurídico y la supremacía de la Constitución.

1.4 Concepto de constitucionalidad

El término constitucionalidad puede ser entendido en una primera aproximación como *calidad de constitucional*.⁴⁹ Partiendo de esa idea, es preciso mencionar que dicho término es usado en una doble acepción: una *técnica*, referido concretamente a actos de los

⁴⁸ Un ejemplo de ello es el conocido *principio de la división de poderes*, en el que si bien es cierto cada órgano constituido - ejecutivo, legislativo y judicial- tienen establecidas sus facultades o competencias en la propia Constitución (*limitaciones*). ello no implica que durante su ejercicio, dichos órganos invadan la competencia de los otros, por lo que es necesario el establecimiento de controles para hacer efectivo dichos límites: tal es el caso en nuestro país del establecimiento de las llamadas *controversias constitucionales* previstas en la fracción I del artículo 105 constitucional. Ello demuestra la necesidad del establecimiento de sistemas y medios de control, pues es realmente imposible que los órganos respeten las limitaciones establecidas constitucionalmente, siendo este supuesto, un claro ejemplo de la diferencia existente entre *limitación y control*.

⁴⁹ *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I (A- G). Vigésima primera edición. Madrid. Editorial Espasa – Calpe, 1992, p. 549.

poderes de un Estado y de los órganos constituidos de una entidad federativa que *deben de estar de acuerdo o encontrar su fundamento* en la Constitución General; otra en el *léxico jurídico general* (segunda acepción), empleándose el término para aludir a la conformidad con la Constitución General de cualquier acto, *emane o no de una autoridad*.⁵⁰

Ambas ideas nos llevan a la conclusión de que por el término *constitucionalidad* debe entenderse la *conformidad* de un acto, norma o disposición de carácter general -incluyéndose por supuesto a la ley- con lo dispuesto en la Constitución de un Estado, pues su *conformidad con la Constitución* determina la *calidad de constitucional* que poseen estos. Si bien es cierto que puede aplicarse a cualquier acto emane o no de una autoridad, el término *constitucionalidad* debe ser entendido, preferentemente, como “*la correspondencia de los actos de autoridad o actos de gobierno lato sensu con el contenido del texto constitucional, que estructura y limita el poder público*”.

1.5 El control de la constitucionalidad y el ejercicio del poder político

Anteriormente hemos hablado de los conceptos de *control y constitucionalidad*. Esto nos ha permitido tener una idea sobre la importancia y valor que tienen ambos conceptos para la Constitución de un Estado democrático y social de derecho.

⁵⁰ ARTÉAGA-TRIGUEROS. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 2.... p. 15.

No obstante, antes de establecer un concepto sobre *control de la constitucionalidad*, es necesario mencionar cuál es el *objeto* que debe ser sometido a control y verificación de su constitucionalidad.

El *objeto de control* no es otro que el *poder*, pero no cualquier clase de poder (pues podría entenderse como social o económico), sino exclusivamente el *poder político*, ya que éste se institucionaliza con la organización misma del Estado, es decir, su origen, ejercicio y fines se encuentran establecidos por la Constitución y jurídicamente regulados en el texto de la misma.

El *poder político* se basa en la posibilidad de ejercer la coacción, de usar la fuerza legal, lo cual equivale a la aplicación de la ley misma, pues ese poder está *juridificado*, debido a la necesidad de ser limitado, por lo que de manera directa o indirecta ha sido regulado jurídicamente en mayor o menor medida. Cabe señalar que el poder es indispensable si se le considera como fuerza necesaria para ejecutar las decisiones tomadas con autoridad por los detentadores del poder.⁵¹

⁵¹ HUERTA. Op. cit. pp.16 y 17. Para Karl Loewenstein los *detentadores del poder oficiales y visibles* son aquellos órganos y autoridades y correspondientes funcionarios que están encargados por la Constitución del Estado de desempeñar determinadas funciones en interés de la sociedad estatal. El poder político que ellos ejercen está unido al cargo, a través del cual se atribuye el dominio al detentador mismo. Lowenstein utiliza dicho término en el sentido genérico y los denomina *oficiales*, puesto que así ya no es posible cuestionarse la legitimidad del ejercicio del poder. Cabe señalar que *detentadores del poder* es el término que se refiere a quien ejerce originariamente el poder político. Al legitimarse jurídicamente y ser instituidos conforme a los procedimientos establecidos en el orden jurídico, se convierten en órganos de autoridad o en funcionarios. Es preciso señalar que cualquier acto u omisión en exceso o defecto de su esfera competencial se encuentra fuera del marco prescrito por la ley. Este origen legal de los actos protege a los ciudadanos de los abusos que los funcionarios públicos pudieran llegar a cometer (cit. por Carla Huerta Ochoa en su obra *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, p.25).

El *poder* es la posibilidad de imponer la voluntad de unos sobre otros y, actualmente, éste se encuentra depositado en el ordenamiento jurídico y distribuido competencialmente para su ejercicio. Debido a lo anterior, podemos decir que el *poder* es la facultad para realizar actos y tomar decisiones respecto de sí y de terceros, y que una vez contenidos en el ordenamiento jurídico, se transforman en funciones atribuidas a sujetos específicos y producen efectos jurídicos. Por lo tanto, podemos considerar al *poder político* como la relación surgida entre quien goza de autoridad y el don de mando --competencia--, y quienes acatan u obedecen, mismos que originariamente confirieron dicha autoridad al reconocerlo como legítimo. En consecuencia, la *autoridad* es una *potestad*, un derecho atribuido a una persona en virtud de una fuente de legitimación --ya sea la Constitución, o bien, la legislación secundaria del Estado--, para realizar actos de poder.⁵²

Considerando que el *objeto de control* es el *poder político*, es importante no perder de vista por este motivo que la esencia de dicho objeto es *política* y no *jurídica*, pues lo que se pretende controlar es la *constitucionalidad de los actos y decisiones tomados principalmente durante el ejercicio del poder político*, ya que, aun cuando constitucionalmente se encuentra establecida la distribución de las competencias de los diversos órganos constituidos: ejecutivo, legislativo y judicial, esto es, a pesar de estar previstas *limitaciones* a la actividad de los integrantes de dichos órganos, la naturaleza de dichos actos y decisiones adopta un *carácter político*, pues los sujetos que los emiten pueden o no actuar competencialmente de conformidad con lo establecido en la Constitución del Estado o en la legislación secundaria, toda vez que el *ejercicio real del poder* no se

⁵² *Ibidem*, pp. 17 y 18.

agota necesariamente en la estructura del marco normativo. Lo anterior queda comprobado si tomamos en cuenta que la tendencia natural en la persona que ostenta el poder, es el deseo por acrecentarlo cada vez más, hasta sobrepasar los límites constitucional o legalmente establecidos.

Es preciso mencionar que en virtud de que los procesos de realización del poder político son dinámicos y mucho más complejos de lo que una definición constitucional estática puede sugerir, es indispensable analizar el problema de la constitucionalidad de los actos y decisiones a la luz de la praxis del poder y no sólo de la delimitación formal de competencias jurídicas (limitaciones). Por lo anterior, el juicio sobre la constitucionalidad del ejercicio del poder público, para ser válido, debe someterse al examen de su correspondencia con el origen, las formas, los mecanismos, los límites e inclusive a las finalidades del poder político, tal cual se manifiesta en la realidad, es decir, a la descripción y prescripción sobre cómo debe ser ejercido el poder político contenida en el texto constitucional, ha de añadirse el examen concreto sobre cómo debe ejercerse efectivamente en el terreno de la realidad.⁵³

Ocurre frecuentemente que durante el *ejercicio real del poder*, puedan cometerse abusos o excesos en su ejercicio por parte de los detentadores, rebasando inclusive los límites permitidos de su actuación, esto es, la competencia prevista constitucional y legalmente para el ejercicio de su función. Ante la arbitrariedad y el exceso de quien ejercita el poder, sería absurdo negar el derecho o facultad de los gobernados a poner por la vía jurídica un límite a

⁵³ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*. México. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. A.C., 2001. pp. 13 y 15.

dichos abusos o incluso a ponerles un fin. Por ello, resulta necesario buscar la manera de limitar el ejercicio del poder mediante el establecimiento de *controles* que *garanticen* el correcto funcionamiento de las *limitaciones* propuestas constitucionalmente, impidiendo así la posibilidad de volver a incurrir en nuevos abusos del poder.

Carla Huerta Ochoa al respecto considera lo siguiente:

"...es necesario para el buen funcionamiento de un Estado, que el poder sea controlado. A través de la historia se han buscado formas de limitar el ejercicio del poder y evitar la posibilidad de su incremento arbitrario, hasta llegar a la época contemporánea en que se han establecido en las Constituciones un conjunto de disposiciones encaminadas a limitar las esferas de competencia de los detentadores del poder, y a asegurar ciertos derechos de los ciudadanos. Esto no significa que la Constitución sea el único medio de controlar el poder, sino que la ley suprema es el instrumento idóneo para articular sistemas de control. Es debido a la tendencia de quien ostenta el poder político a aumentarlo que surge la necesidad de restringirlo, de limitar a los detentadores del poder y sujetarlos a medios de control, pues el poder político que no es controlado degenera, no sólo a los hombres, sino también a las formas de gobierno.

[...] El poder político debe cumplir con su función social, que es lograr la realización de los intereses de la sociedad. El poder es una fuerza, que se manifiesta en una capacidad de dominación, misma que puede transformarse en una pasión negativa y peligrosa. El poder político es una fuerza que se traduce en la posibilidad de decidir por terceros, de sustituir su voluntad, de ordenar y ser obedecido en relación con cuestiones fundamentales para un Estado en virtud de una relación jerárquica de supra-subordinación.

Es por lo anteriormente expuesto y por los numerosos ejemplos que nos ha dado la historia, que se hace patente la necesidad de limitar el ejercicio del poder político y de convertirlo en objeto de un sistema de control. Las Constituciones modernas positivizan el ejercicio del poder y establecen medios de acceso a él, así como límites y controles para su ejercicio."⁵⁴

De acuerdo con lo establecido anteriormente, podemos señalar que la regulación del ejercicio y control del poder político

⁵⁴ HUERTA, Op. cit. pp. 20 y 21.

proviene del orden jurídico. Cuando la acción de los órganos constituidos se ajusta a las normas jurídicas que los estructuran y los dotan de competencia, nos encontramos en un estado de constitucionalidad y legalidad, por ello, si al ejercerse el poder político se respeta el derecho, se cumple con el objetivo esencial del Estado. Si por el contrario, el ejercicio del poder se lleva a cabo en contra o fuera del marco normativo establecido constitucionalmente, podría hablarse de un *estado de anticonstitucionalidad*, e inclusive, de *inconstitucionalidad*.⁵⁵

Si bien es cierto que el derecho institucionaliza al poder y se convierte en un medio para organizarlo y limitarlo, también puede tornarse en un instrumento del poder o en una forma de poder anticonstitucional o ilegal. Lo anterior es posible si consideramos que el titular de un órgano constituido, manifestándose dentro de su ámbito de competencia legal, puede realizar actos de autoridad que atendiendo a intereses específicos o a presiones políticas, contradigan o hagan inaplicables preceptos constitucionales, aprovechando imprecisiones de la norma o alternativas de la ley demasiado amplias, pues ocurre en la realidad que la potencia del poder es superior al derecho, por lo que es capaz de eludir su marco normativo, respetándolo sólo formalmente.⁵⁶

Las anteriores ideas en conjunto, ayudan finalmente a comprender que si la estructura descriptiva de la Constitución que organiza el Estado garantizara por sí sola la constitucionalidad, el análisis del poder quedaría reservado a los estudios teóricos y académicos, pues si la constitucionalidad del ejercicio del poder

⁵⁵ Para la comprensión del significado de estos vocablos vid infra, p. 54 y ss.
⁵⁶ COVIÁN ANDRADE. Miguel. *El control de la constitucionalidad...* p. 17.

público estuviese garantizada de manera automática, sería ocioso el establecimiento de mecanismos o medios de defensa y de control de la constitucionalidad. Sin embargo, la realidad es muy distinta, de tal suerte que la existencia y supervivencia del Estado constitucional de derecho se debate en una lucha permanente entre dos fuerzas que se disputan la hegemonía: derecho y poder político, y no en una armoniosa y automática convivencia entre ellas, pues sólo son capaces de condicionarse recíprocamente y depender uno del otro en circunstancias de normalidad social.

En este contexto, resulta inobjetable la necesidad de controlar permanentemente al poder político y verificar que su ejercicio no conduzca a una violación de fondo de las normas constitucionales, es decir, que entre los actos de gobierno *lato sensu* y la Constitución del Estado exista una correspondencia, respetándose las limitaciones establecidas por la misma, lo cual sólo será posible a través del establecimiento de un sistema de control adecuado. De ahí que sea necesaria la estructuración, dentro de dicho sistema, de medios de control de la constitucionalidad que conjuren el riesgo del ejercicio ilimitado del poder político en cualquiera de sus modalidades, ya que junto a la *constitucionalidad jurídica*, debe existir la *constitucionalidad política* que podríamos concebir como aquélla que se da cuando el detentador del poder político estatal no sólo respeta el marco normativo, sino inclusive, la esencia que subyace en cada precepto de la ley fundamental.⁵⁷

Respecto a la necesidad del establecimiento de mecanismos de protección de la Constitución --limitaciones y controles--, el Doctor Miguel Covián Andrade considera lo siguiente:

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

"Estas formas de organización normativa de protección constitucional, sean *preventivas* o *correctivas*, en teoría, nunca tendrían que entrar en funcionamiento, si jamás la Constitución fuera vulnerada por actos de autoridad o de gobierno *lato sensu* y si el poder del Estado se detuviera en sus límites legalmente establecidos (Derechos del hombre y distribución de competencias). Sin embargo, la conveniencia de su existencia constitucional y de su oportuna y puntual aplicación en caso necesario se justifica cabalmente por dos razones fundamentales:

- a) Es indispensable contar con medios de defensa constitucionalmente previstos que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de su núcleo esencial que es la limitación del ejercicio del poder político.
- b) En casos de irregularidad parcial del orden jurídico, entendiendo por tal su inobservancia momentánea y fragmentaria por actos gobierno, los sistemas de defensa y de control de la constitucionalidad se traducen en el más importante medio de preservación del Estado de Derecho para conjurar los efectos del acto anticonstitucional.⁵⁸

Estando de acuerdo con lo mencionado por dicho autor, resulta necesario hacer algunas aclaraciones para lograr una mejor comprensión del valor de la adecuada estructuración de instrumentos de control en la Constitución del Estado.

Es preciso mencionar que por **medios de defensa de la Constitución** se consideran todos aquellos instrumentos de carácter *preventivo*, cuya finalidad es establecer las fronteras que marcan el punto de partida y hasta dónde se puede llegar en la realización de una función, es decir, hasta dónde pueden actuar los órganos de gobierno --competencia--, esto es, provienen de una norma abstracta cuya finalidad es el estructurar mecanismos que *prevengan* excesos en el ejercicio de la función pública por parte de los diferentes órganos constituidos, preservándose con ello el orden normativo establecido constitucionalmente.⁵⁹

⁵⁸ Ídem. p.25.

⁵⁹ Un claro ejemplo de un medio de carácter preventivo es el principio de la división de poderes, pues si bien establece el ámbito de competencia de cada órgano, no es garantía

Por su parte, los **medios de control de la constitucionalidad** deben ser entendidos como todos aquellos instrumentos establecidos constitucionalmente, que *garantizan* la vigencia del orden normativo establecido por la Constitución del Estado, mediante la limitación del poder político. A diferencia de los medios preventivos, estos tienen un carácter *correctivo*, pues su finalidad es la anulación de los actos de gobierno (lato sensu) contrarios a la Constitución, esto es, la protección de la Constitución mediante la *destrucción* de los efectos jurídicos de los actos que le sean contrarios.⁶⁰ Es preciso mencionar que como medios de protección de la Constitución, los medios de control de la constitucionalidad responden a esquemas normativos y estructurales variados y a concepciones teóricas muy diversas --políticas, jurisdiccionales, etcétera--, sin embargo, su objetivo es el mismo: proteger a la constitución en caso de inobservancia por un acto de gobierno en sentido amplio.

Una vez determinado que el objeto de control no es otro que el poder político y establecida la necesidad de controlar dicho poder durante su ejercicio, queda justificada la existencia del control de la constitucionalidad para un Estado a través de la estructuración de sistemas y medios de control de la constitucionalidad.

Los anteriores elementos nos permiten establecer un concepto de control de la constitucionalidad, por lo que puede concluirse

suficiente para suponer que los límites establecidos serán respetados durante el ejercicio de sus atribuciones. Es importante señalar que las *limitaciones* pertenecen al concepto de *medio de defensa*, debido al carácter *preventivo* que poseen.

⁶⁰ Como ejemplo de medios de control correctivos se tienen las *controversias constitucionales*, cuya finalidad es garantizar o hacer efectivo el principio de la división de poderes, anulando los efectos producidos por la invasión de competencias entre los órganos constituidos. Este es considerado un medio de control de la constitucionalidad.

diciendo que el **control de la constitucionalidad** es la comprobación de la coincidencia o conformidad de los actos de los órganos constituidos con la Constitución del Estado, cuya finalidad es garantizar el orden normativo por ella establecido, mediante la anulación de los actos de gobierno que la contravengan y la destrucción de los efectos derivados de éstos.

1.6 Concepto de acción

Continuando con el desarrollo de nuestro tema, es indispensable establecer, además de los conceptos anteriormente expuestos y de su importancia para la Constitución del Estado y el control de la constitucionalidad, el concepto de "acción", pues éste resulta necesario para la comprensión de nuestro principal objeto de estudio: la *acción de inconstitucionalidad*.

Podemos comenzar diciendo que la palabra *acción* puede ser entendida en una primera acepción como *efecto de hacer*.⁶¹ Dicha palabra proviene del latín "*actio*", que significa movimiento, actividad o acusación. Fernando Flores García⁶² considera que en la lexicología jurídica si bien dicho vocablo posee varias acepciones, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha *acción procesal* puede concebirse como "*el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.*"

⁶¹ *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I (A- G), p. 20.

⁶² COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 4 (Derecho Procesal). Segunda edición. México. Oxford University Press, 2000. p.3

Es importante mencionar que existen otros autores que tratan de determinar el concepto de *acción procesal*. Uno de ellos es Mütter⁶³, quien con sus argumentos establece un concepto de acción procesal. Para este autor, con la violación del derecho el lesionado no tiene una pretensión particular a la eliminación de esa violación, sino un *derecho público*, dada la prohibición de la autotutela a la concesión de la tutela del Estado, y que se traduce en un *derecho autónomo* para obtener una sentencia favorable, pues considera que el Estado tiene el derecho público a la eliminación de la violación contra el violador del mismo; luego, acción y derecho sustancial no son idénticos, pues sus obligados son distintos.

Por su parte, Wach⁶⁴ aduce que la *acción procesal* no emana de la realizabilidad, accionabilidad o de la pretensión compulsiva del derecho subjetivo material, sino que es independiente y público, y que se dirige al Estado y contra el adversario procurando la tutela estatal, aunque no puede ser ejercida por cualquiera, de allí que se alude una teoría de la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica por medio de una sentencia favorable.

Cabe señalar que dos autores más: Plotz y Degenkolb⁶⁵, apuntalan más tarde varios de los criterios sustentados por Mütter, confirmando la idea de *autonomía de la acción procesal* respecto del derecho sustancial, considerando que “*la acción es un derecho abstracto de todo sujeto hacia el Estado para ser oído vía legal, que emana del proceso y mediante el proceso se desenvuelve como un derecho a la sentencia.*”

⁶³ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Idem*, pp.4 y 5

Es preciso decir que las más modernas y sólidas concepciones de la *acción procesal* se inclinan a calificarla como “*un derecho abstracto de obrar procesal de carácter público, cívico, autónomo, para pretender la intervención gubernamental a través de la prestación de la actividad jurisdiccional y lograr una justa composición del litigio planteado*” (Carnelutti, Hugo Rocco, Alfredo Rocco, Liebman, Calamandrei). Cabe señalar que estas avanzadas ideas sobre la acción procesal como potestad dinámica atacante del actor, deben transplantarse a la fuerza procesal del *demandado* que tiene una función procesal antitética de *defensa*, con un titular diverso y generalmente con cronología posterior a la acción.⁶⁶ Lo anterior muestra que la mayoría de las concepciones acerca de la *acción procesal* se ubican dentro de la vertiente del *derecho privado*, especialmente del derecho procesal civil. Esto nos sirve de base para entender la importancia de los conceptos que respecto al término *acción procesal* aportan los primeros autores que hemos mencionado --Müther, Wach, Plotz y Degenkolb--, debido el carácter público que le confieren a dicho concepto procesal.

Es importante mencionar, para redondear los conceptos hasta este momento establecidos, que como *facultad de litigar* y *modalidades de su actuación*, la *acción procesal* se enfoca en tres aspectos:

- Como ejercicio en la vía judicial de un *derecho subjetivo privado* (acción en sentido estricto).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 5.

- Cual expresión del *derecho subjetivo público* del individuo frente al Estado para conseguir la protección judicial o derecho a la tutela judicial.
- En tanto que potestad para requerir una resolución judicial en una *cuestión controvertida*, pretensión que se manifiesta en tres direcciones, según sea constitutiva, declarativa o de condena.⁶⁷

Finalmente, es necesario puntualizar que nos adherimos a los conceptos planteados por Mütter, Wach, Plotz y Degenkolb, debido a que el contenido de sus conceptos se aproxima más a la idea del concepto de acción planteado en nuestro objeto de estudio (acción de inconstitucionalidad) pues el *carácter público* que le confieren al *concepto de acción procesal*, es necesario para el análisis de los objetos de estudio pertenecientes al Derecho Constitucional y, por ende, al Derecho Público.

De los conceptos mencionados, podemos establecer los *elementos* para la construcción del concepto de *acción procesal*, que a saber son los siguientes:

- *Derecho público*, dada la prohibición de la autotutela y necesaria concesión de la tutela del Estado.
- *Derecho autónomo*, pues no emana de la realización o de la pretensión compulsiva del derecho subjetivo material, sino que es *independiente y público*, y se dirige al Estado contra el

⁶⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I (A-B). Decimocuarta edición. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L., 1979. p. 86.

adversario, procurando la tutela estatal (idea de autonomía de la acción procesal respecto del derecho sustancial).

- *Derecho concreto*, ya que *no puede ser ejercido por cualquiera*, de ahí que la *acción procesal* sea considerada como un *derecho concreto a la tutela jurídica* por medio de una sentencia (que puede o no ser favorable).
- *Derecho abstracto*, ya que cualquier sujeto puede ejercerlo frente al Estado con la finalidad de que mediante un *proceso* dicho derecho emane y se desenvuelva, con el fin de obtener una sentencia o resolución, la cual pretende le favorezca.

Una vez establecidos estos elementos, podemos concluir diciendo que la *acción procesal* “*es un derecho subjetivo público del individuo frente al Estado, ejercido para conseguir la protección judicial o derecho a la tutela judicial, mediante un proceso, con la finalidad de obtener una sentencia o resolución favorable a su pretensión.*”

1.7 Concepto de inconstitucionalidad

Una vez abordado el concepto de acción (cuyo significado es trascendental para el estudio y comprensión de nuestro tema, la acción de inconstitucionalidad como medio de control de la constitucionalidad), es necesario establecer un concepto del vocablo *inconstitucionalidad*, pues éste será empleado frecuentemente en el presente trabajo.

Por principio de cuentas, cabe mencionar que para poder comprender el significado del término *inconstitucionalidad*, es necesario primero establecer qué debe entenderse por el término *constitucionalidad*. En obvio de repeticiones innecesarias partiremos del concepto proporcionado en otra parte de este estudio.⁶⁸

Establecido el significado del término *constitucionalidad*, es preciso mencionar que existe una diferencia entre los términos *anticonstitucional* e *inconstitucional*, diferencia que a pesar de ser meramente de carácter terminológico, resulta importante su diferenciación para poder entender el significado y alcance del concepto en estudio: la inconstitucionalidad.

Comenzaremos diciendo que el término *anticonstitucional*, constituye una palabra compuesta por el prefijo griego $\alpha\nu\tau\iota-$ (anti-), que significa *opuesto* o *con propiedades contrarias*,⁶⁹ o bien, *contra*, *oposición*, *enfrente de*, *en lugar de*⁷⁰, y de la palabra *constitucional*, que significa *perteneciente a la Constitución del Estado*.⁷¹ La unión del prefijo griego *anti* y la palabra *constitucional* permiten discernir el significado de dicha palabra compuesta, esto es, por *anticonstitucional* debemos entender "lo contrario a la Constitución de un Estado". En el léxico jurídico, este término se refiere de manera especial a las leyes que contrarían la letra o el espíritu de aquél código fundamental, razón por la cual los jueces deben abstenerse de aplicarlas.⁷² Cabe agregar a esta idea que el término no debe ser

⁶⁸ Vid supra p. 39 y ss.

⁶⁹ *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I (A-G), p.152.

⁷⁰ MATEOS MUÑOZ, Agustín, *Compendio de etimologías grecolatinas del español*. Trigésima tercera edición. México, Editorial Esfinge, 1994, p. 328.

⁷¹ *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I (A-G), p.549.

⁷² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I (A-B), p. 307.

aplicado *limitativamente*, es decir, debe ser empleado para referirse no sólo a las leyes que sean contrarias a la Constitución del Estado, sino a todos aquellos actos, normas y disposiciones generales que se ubiquen en dicho supuesto.

Respecto del término *inconstitucional*, puede decirse que al igual que el término *anticonstitucional*, constituye una palabra compuesta por el prefijo latino *in-*, que significa: *de valor negativo o privativo*, significado equivalente a *negación o privación* ⁷³, y de la palabra *constitucional*, que como ya se mencionó anteriormente, significa *perteneciente a la Constitución del Estado*. De la unión del prefijo latino *in* y la palabra *constitucional*, puede establecerse el significado del término *inconstitucional*, debiéndose entender por tal *“lo que no se encuentra previsto por la Constitución del Estado”*.

Guillermo Cabanellas menciona que por inconstitucionalidad, debe entenderse:

“Quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos leyes o actos de gobierno. De acuerdo con la organización judicial de cada país, la inconstitucionalidad puede declararse, en lo relativo a las normas legales, por un juez cualquiera, como conflicto en definitiva de leyes; o por un tribunal sui generis, el de mayor jerarquía y especial para estos casos, dada la índole peculiar de los preceptos constitucionales, texto que es como ley de leyes. Otra inconstitucionalidad, ésta de carácter político, y que afecta a las instituciones públicas en la cumbre, de ahí su gravedad, porque inatura la ilegitimidad en el poder, proviene de la formación, más o menos violenta o por fraude, de gobiernos de facto.” ⁷⁴

⁷³ *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo II (H-Z). Vigésima primera edición. Madrid, Editorial Espasa – Calpe, 1992, p. 1149. Véase también en MATEOS MUÑOZ. Agustín. *Compendio de etimologías...*, p.348.

⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III (E-I). Decimocuarta edición. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, p. 688.

De acuerdo con los razonamientos anteriormente expuestos y expresados por Cabanellas en su obra, no existe una diferencia específica entre ambos términos --anticonstitucional e inconstitucional--, ya que ambos se refieren a un quebrantamiento de normas generales -incluyendo por supuesto a las leyes-, por lo que ambos términos podrían ser empleados *indistintamente* para referirse a aquellos actos que pudieran originar una infracción, quebrantamiento o contradicción al texto constitucional.

No obstante, si consideramos su raíz etimológica, dichos términos no deberían ser empleados de manera indistinta para referirse a todos los actos que no estuvieran de acuerdo o que no mostraran su conformidad con el texto de la Constitución, ya que por **anti**-constitucional, debe entenderse *aquellos actos que se realizan en **contravención** u **oposición*** a lo dispuesto por el texto constitucional, mientras que el término **in**-constitucional debe entenderse en sentido **negativo**, esto es, respecto de actos que si bien no muestran su conformidad con la Constitución --constitucionalidad--, *tampoco están previstos en la misma*, por lo que carecerían de sustento, a diferencia de los actos *anticonstitucionales*, los cuales se realizan *contraviniendo* al propio texto constitucional, es decir, a normas de carácter constitucional establecidas de manera expresa en el texto constitucional.

En consecuencia, nos enfrentamos a un problema de terminología que evidentemente influye en el ámbito jurídico, por lo que podemos concluir que es preferible hablar de **anticonstitucionalidad** para aludir a un acto en *sentido lato* que vulnera la Constitución, en vez de emplear el término **inconstitucionalidad**, pues este último más bien hace pensar en "lo

que no existe en la Constitución”, en tanto el término *anticonstitucionalidad* se refiere claramente “a lo que contraría la Constitución.” Es por ello que en rigor, el concepto de acto inconstitucional no es sinónimo del de acto anticonstitucional.⁷⁵

⁷⁵ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad* ... p.302.

CAPÍTULO SEGUNDO SISTEMAS Y MEDIOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

2.1 Sistemas de control de la constitucionalidad

Una vez establecidos en el capítulo anterior los conceptos básicos para la comprensión de nuestro objeto de estudio (la acción de inconstitucionalidad y el control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales) y habiéndose determinado la importancia del establecimiento de sistemas y medios de control para la protección de la Constitución del Estado,⁷⁶ es tiempo de comenzar el estudio particular de cada uno de los *sistemas de control de la constitucionalidad* existentes, pues del mismo podremos determinar cuál de ellos es el que estructural y funcionalmente conviene ser adoptado por una Constitución que pretenda limitar y controlar *efectivamente* al poder político, no sólo durante su origen, sino también durante su ejercicio, pues ello permitirá garantizar un estado de constitucionalidad de todos los actos de gobierno *lato sensu* y, por ende, la consecución de los fines del Estado previstos en su Constitución.

Establecer un concepto sobre lo que debe entenderse por *sistema de control de la constitucionalidad* es difícil de lograr, pues conviene más reservar la construcción de éste al estudio específico y detallado de cada uno de los diferentes sistemas de control. Sin

⁷⁶ Carla Huerta Ochoa considera que el propósito de incluir *sistemas de control* en la Constitución es la racionalización del poder y lograr un equilibrio y balance del poder político, para evitar que los detentadores del poder abusen de él. (*Mecanismos constitucionales para el control del poder político...*, p.120).

embargo, existen *elementos genéricos* de todo sistema de control que representan una opción para ordenar la exposición de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, dependiendo del criterio que se adopte para clasificarlos. Dichos elementos y criterios pueden ser los siguientes:

a) Órgano de control.- Desde el punto de vista de la *naturaleza del órgano que ejerce la función de control de la constitucionalidad*, este puede ser:

- Órgano legislativo
- Órgano político
- Órgano jurisdiccional.

b) Medios de control de la constitucionalidad⁷⁷.- Este inciso se refiere a la existencia de instrumentos estructurados específicamente para la protección de la Constitución, es decir, la existencia de control normativo o de otros medios de control *no normados*, específicamente de:

- Distintos mecanismos de control --políticos o jurisdiccionales--, previstos en la Constitución, que pueden ser *previos* o *posteriores*; o bien,
- Ausencia de control normativo y control de la opinión pública (*control social*).

c) Procedimientos para la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad.- Estos procedimientos

⁷⁷ Respecto al diseño estructural y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad véase *infra*, p. 106 y ss.

deben ser estructurados dependiendo su procedibilidad, esto es:

- *Ex-officio* (a priori), antes de que entre en vigor la ley; o bien,
 - *A petición de parte*, por aplicación excesiva o defectuosa de la ley, en cuyo caso, podrá interponerse:
 1. En *vía de acción*, correspondiendo a los sujetos afectados por el acto de autoridad o aplicación excesiva o defectuosa de la ley iniciar un procedimiento ante la autoridad competente para ejercer el control, respecto de dicho acto o ley del cual se cuestiona su constitucionalidad.
 2. En *vía de excepción o incidental*, caso en el cual el planteamiento sobre la constitucionalidad del acto de autoridad o aplicación de la ley se presenta como un incidente dentro del proceso, en el que no se realiza un nuevo juicio o un juicio especial, sino que dicho planteamiento se desahoga dentro del mismo proceso, ante la misma autoridad que conoce del caso o ante su superior jerárquico, de conformidad con los recursos procesales establecidos al efecto.
- d) **Reglas para tomar las resoluciones o decisiones.**- Las reglas, además de estructurarse tomando en cuenta la *procedibilidad*, deben establecerse desde el punto de vista del acto de autoridad que se controla, es decir:

- Control de legalidad de las normas jurídicas inferiores a la ley ordinaria y de los actos de autoridad por medio de los cuales se aplican; o bien,
- Control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad contrarios a la Constitución.

e) **Efectos de las resoluciones o sentencias.**- En función de los alcances de las decisiones del órgano que ejerce el control, éstas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Con efectos *erga omnes*, es decir, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor; o bien,
- Con efectos particulares o limitados al caso concreto, sin invalidar o abrogar.⁷⁸

Es necesario mencionar que los dos primeros incisos se refieren al aspecto *sustancial* del sistema de control, esto es, su diseño atiende más a aspectos teóricos, estructurales y funcionales; mientras que en el caso de los tres últimos incisos, los mismos se encuentran estrechamente relacionados por establecer el *procedimiento* que debe seguirse para cada sistema de control de la constitucionalidad en particular, es decir, en estos se encuentran las reglas para la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad del poder político, ya sea durante su origen o ejercicio.

Al respecto, sólo resta decir que cualquiera de estos criterios de clasificación son útiles para abordar el estudio de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, sin embargo, ninguno

⁷⁸ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*.... pp. 26 y 27.

por sí solo es suficiente, por lo que es necesario emplear dichos criterios según proceda y sea el caso específico de cada sistema, pues ello nos permitirá lograr un entendimiento cabal del sistema de control de que se trate. Tomando en cuenta las consideraciones anteriormente planteadas, procedemos a dar inicio al estudio específico de cada sistema de control.

2.1.1 Ausencia de control normativamente estructurado

Antes de iniciar el estudio de los diferentes sistemas de control de la constitucionalidad, resulta conveniente analizar el caso sui géneris de la *ausencia de control de constitucionalidad*.

Este caso se presenta en Estados como la Gran Bretaña, por lo que su explicación teórica se sustenta en soluciones de carácter práctico. Dicho problema del control de la constitucionalidad consiste en la *no existencia de la facultad de control* que pueda ejercer alguno de los órganos tradicionales del Estado, ni algún otro creado al efecto, como podría ser el caso de un Tribunal Constitucional típico de los sistemas jurisdiccionales de control concentrado.⁷⁹

La existencia de una *Constitución escrita* con un procedimiento especial para su revisión o reforma --principio de rigidez constitucional--, de la que deriva gradualmente todo el conjunto de reglas que conforman el orden jurídico positivo dentro del cual aquélla es la norma fundamental, es un *presupuesto de control de la constitucionalidad*. De ahí que el caso típico de ausencia de control de la constitucionalidad previsto en una ley fundamental sea el de la Gran Bretaña, Estado que no posee una *Constitución escrita*,

⁷⁹ Ibidem. p. 27 y ss.

sino *no codificada*, cuyas normas básicas son reformadas de manera *flexible*, es decir, mediante el mismo procedimiento que se emplea para modificar las leyes ordinarias. Si bien es cierto que la Gran Bretaña es un Estado organizado constitucionalmente con base en la *costumbre*, es incorrecto considerar que carece de Constitución por no tener un documento que codifique sus normas fundamentales.⁸⁰ Por cierto, dichas normas fundamentales no sólo existen, sino incluso son conocidas por ser la base de la organización del Estado y de la regulación de las relaciones entre gobernantes y gobernados, tal es el caso entre otros de la *Carta Magna*, del *writ of Habeas Corpus*, de la *Petition of Rights*, del *Bill of Rights* y del *Act of Parliament*.

En consecuencia, al no contar con un *documento constitucional codificado*, este Estado *no posee una regulación expresa relativa al control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad en general*. Sin embargo, es obvio que un Estado de derecho no puede subsistir si no incluye en su normatividad una serie de procedimientos variables en cuanto a su forma, ámbito territorial de aplicación y materia, que salvaguarden la correcta creación y aplicación de las leyes (*due process of law*), no siendo la excepción la Gran Bretaña, pues existe una gran tradición en cuanto a la protección de los derechos individuales a través de

⁸⁰ Cabe mencionar que el hecho de que la Gran Bretaña sea un Estado políticamente organizado con fundamento en el *derecho consuetudinario* y no posea un documento en el que se recopilen de manera unitaria las normas esenciales que estructuran el funcionamiento de los órganos públicos y que consagran los derechos fundamentales del hombre, no autoriza a sostener la idea de que el Estado carece de Constitución, pues ello nos llevaría a adoptar una posición típica del *constitucionalismo formal y positivista*, pues el hecho de que un Estado carezca de dicho documento unitario, base jurídica de su organización política, no es fundamento suficiente para considerarlo un Estado sin Constitución o un Estado no constitucional. En otros términos, no puede haber un Estado sin Constitución política, ni una Constitución política de algo que no sea un Estado, independientemente de su forma jurídica y de su contenido específico.

documentos escritos de la Constitución británica no escrita, tal es el caso del *Habeas Corpus Act*.⁸¹

Tomado en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, podemos decir que la posibilidad de la existencia de Estados organizados políticamente por normas no codificadas en un texto constitucional --derecho consuetudinario--, no impide la existencia de *limitaciones* al ejercicio del poder político, pues éstas pueden estar establecidas en diversos documentos que, en su conjunto, formarían parte de la *Constitución no escrita* del Estado. El hecho de carecer de un *texto unitario* que establezca expresamente dichas limitaciones, así como los medios de control de la constitucionalidad del poder político, no impiden la existencia de *instrumentos de control*, los cuales pueden estar previstos en distintos documentos de carácter sustantivo o procedimental que permiten restringir el abuso arbitrario que los detentadores del poder pudieran llevar a cabo durante el ejercicio de sus funciones.

El hecho de no contar con un sistema de control normativamente estructurado en un ordenamiento jurídico unitario, implica que los límites establecidos consuetudinariamente al ejercicio del poder político (a pesar de ser contemplados en diversos ordenamientos de carácter sustantivo o procesal) no integren un adecuado sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad en general, por lo que para la observancia y respeto eficaz de dichas limitaciones, es necesario el establecimiento de un conjunto de *medios institucionalizados* que lo garanticen, lo cual, en nuestra opinión, sólo es posible a través de su adecuada

⁸¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*.... p. 30.

estructuración mediante un ordenamiento normativo de carácter unitario, que preferentemente deberá ser el texto constitucional.

2.1.2 Control Legislativo

Respecto al control legislativo, podemos iniciar su estudio diciendo que éste es un *control continuado* que se efectúa en los términos que la Constitución determina, y que se realiza principalmente a través de la *función legislativa* del órgano legislativo, que en nuestro país es conocido como Poder Legislativo.⁸²

Lo anterior nos lleva a pensar que el control que el Poder Legislativo puede ejercer sobre las leyes y los actos de gobierno en general --principalmente del Ejecutivo federal--, se establece implícitamente a través de *medios de defensa de la constitucionalidad* previstos en la Constitución Política del Estado, que son fundamentalmente: la *reforma a la Constitución* y el *proceso legislativo ordinario*.

De acuerdo con lo expresado, podría partirse del supuesto de que mediante la observancia de estos procedimientos se garantizaría la constitucionalidad de las leyes y actos de gobierno conforme al punto de vista del contenido de la reforma constitucional o de su creación o modificación legislativa; o bien, que a través de la forma o procedimiento de elaboración de las leyes, se establecería un *control previo* al fijarse la función y competencia de los órganos constituidos y sus miembros.

⁸² HUERTA, Op. cit. p.120.

Lo anterior confirma la necesidad de que dichos medios de defensa --o medios de control preventivos--, sean analizados con detenimiento, debido a la importancia que representan para el estudio del *control legislativo*. Por lo que respecta a la **reforma constitucional**, es de esperarse que el legislador no contravendrá a la Constitución que él conoce mejor que nadie y cuyos alcances normativos tiene muy claros al reformarla, por lo que *se presume* no contravendrá el procedimiento reformador de la Constitución, cuya observancia es, al efecto, *garantía* del respeto a lo prescrito en la propia ley fundamental, de acuerdo con el principio de rigidez constitucional.

Al respecto, cabe mencionar que existen numerosas variantes de la rigidez, pudiéndose encontrar procedimientos más complicados que otros. En el caso de México, el procedimiento de reforma a la Constitución de acuerdo con lo establecido en el artículo 135 del texto constitucional, no se realiza con intervención directa o indirecta de la ciudadanía, sino por medio de un procedimiento en el que intervienen tanto órganos constituidos federales --iniciativa presidencial y aprobación del congreso de la Unión--, como locales --aprobación de la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas--, *sin ninguna limitación aparente en cuanto a las normas constitucionales que pueden ser reformadas*. Otras Constituciones, como la francesa, establecen un procedimiento más rígido, pues limitan el alcance de la reforma, que no puede atentar en contra de la integridad territorial, ni de la forma de gobierno republicana, siendo necesaria, además, su aprobación mediante referéndum, por lo que

apela al sometimiento de dicha reforma a la aprobación de la voluntad popular (artículo 89 de la Constitución Francesa).⁸³

En suma, los procedimientos pueden ser muy diversos, no siendo nuestro objetivo el examinarlos exhaustivamente, sino el referirnos al tema de la reforma constitucional como *medio posible de defensa de la Constitución*.

En el caso específico de la reforma constitucional, si bien puede ser considerada como un *medio de defensa de la Constitución del Estado* por provenir de una norma abstracta prevista en el texto constitucional, y establecer los mecanismos a través de los cuáles el órgano legislativo podrá llevar a cabo dicho procedimiento de reforma previniéndose los posibles excesos en el ejercicio de su función al superar las limitaciones constitucionalmente establecidas, podemos decir que sólo en teoría puede plantearse esta posibilidad, pues al argumento de que la Constitución *autorregula su reforma*, en algunos casos mediante un procedimiento rígido, y al hacerlo salvaguarda su permanencia y la de cada uno de sus preceptos, pueden hacerse las siguientes objeciones:

⁸³ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad* pp. 32 y 33. Este autor considera que respecto de las *facultades ilimitadas* del llamado poder revisor de la Constitución Política mexicana, hay dos corrientes doctrinales encontradas resumibles en los siguientes términos: A) *facultades ilimitadas* de reforma según la *interpretación abierta* del artículo 135 constitucional que dice: Esta Constitución puede ser adicionada o reformada... sin señalar qué partes de ella sí y cuales por ende no o a la inversa – postura adoptada por la mayoría de los tratadistas en nuestro país-; y B) *facultades limitadas* del llamado poder revisor, constreñidas a modificar cualquier parte de la Constitución, a excepción de las *decisiones políticas fundamentales* que, según Carl Schmitt, son su esencia, y debido a la naturaleza del poder revisor, el cual no es *constituyente permanente*, sino órgano constituido, sólo podrá modificar el texto constitucional reuniendo los requisitos en él establecidos y respetando los límites *expresos* – como el caso de la Constitución Portuguesa- o *implicitos* como es el caso de nuestra constitución, pues la facultad del órgano revisor o reformador se restringe por su naturaleza constituida, no constituyente.

- No es aconsejable ni confiable desde el punto de vista técnico ni práctico, dejar en las manos del mismo órgano que emite el acto -en la especie reformas constitucionales cuya constitucionalidad debe ser asegurada- esta misión.
- De ser así, nos colocaríamos en el caso de que los congresos o los parlamentos serían simultáneamente jueces y partes.⁸⁴

Respecto al **proceso legislativo ordinario**, podemos decir que en todo Estado de Derecho, la función legislativa se confía a órganos colegiados (sistemas unicamerales o bicamerales) siempre de elección popular --al menos uno de ellos--, los cuales con la concurrencia de otros órganos constituidos (ejecutivo, derecho de iniciativa y de veto; asambleas locales, en casos de estados con autonomías en sus provincias, derecho de iniciativa) crean o modifican las leyes mediante procedimientos constitucionalmente prescritos. Lo anterior nos lleva a pensar que estos procedimientos expresamente normados en el texto constitucional, independientemente de su multiplicidad, pueden operar como *medios de defensa de la Constitución* en dos vertientes:

- *Formalmente*, respetando el mecanismo jurídico-legislativo y, *materialmente*, impidiendo que la ley anticonstitucional que en forma de proyecto será discutida, sea aprobada por un parlamento o congreso en un debate en el que su anticonstitucionalidad quede de manifiesto.

⁸⁴ *Ibidem*, p.34.

- *Políticamente*, en virtud de que ningún partido político representado en el poder legislativo deseará cargar sobre sus hombros el peso del desprestigio de haber creado o haber contribuido a la formación de una ley anticonstitucional. El debate parlamentario sirve para poner de manifiesto públicamente el carácter contrario a la Constitución de la ley que se pretende reformar o aprobar.⁸⁵

Las consideraciones anteriores nos muestran que si bien este mecanismo de defensa expresamente previsto en el texto constitucional permite la existencia de un *control de carácter preventivo*, debido al establecimiento en las leyes de la competencia específica de los órganos constituidos y sus miembros, en el caso de nuestro país, donde el peso político e influencia del Ejecutivo es evidente durante dicho proceso legislativo (por ser el nuestro un sistema presidencialista) el argumento a favor para considerar a éste como un medio de control de la constitucionalidad eficaz es poco viable, debido a que dicho órgano constituido puede no respetar las *limitaciones* establecidas constitucionalmente en dicho procedimiento, ejerciendo presión en los miembros del Congreso para la aprobación de una ley que satisfaga sus intereses, sin que exista un medio de control adecuado para corregir los efectos de esta situación.

Además, son aplicables las objeciones de *parcialidad* que hicimos al referirnos al procedimiento de reforma constitucional, pues durante el proceso legislativo ordinario el órgano legislativo actuaría como juez y parte, por lo que consideramos acertado descartar la

⁸⁵ Ídem. pp.34 y 35.

posibilidad de que el control de la constitucionalidad de las leyes deba confiarse a este órgano constituido.

Como puede observarse, el control legislativo, desde el punto de vista del órgano que lo efectúa (poder legislativo), no puede ser considerado como un sistema efectivo de control de la constitucionalidad, pues en principio, el sistema estructurado atiende más a la concepción de un *sistema de control preventivo* que *correctivo*, lo cual se justifica al ser considerados como *medios de defensa* tanto al *procedimiento de reforma a la Constitución* como al *proceso legislativo ordinario* más que *medios de control de la constitucionalidad*. Ambos procedimientos son considerados *medios de defensa* por operar como *medios de control preventivos* derivados del principio de supremacía constitucional, pues en este caso, el control realizado mediante ambos procedimientos es *directo*, dado que se establece un *autocontrol* del texto fundamental, circunscribiendo la actuación del órgano legislativo a su esfera competencial preestablecida con el fin de evitar contradicciones con la normatividad fijada en el texto constitucional.

Lo anterior, demuestra que dichos procedimientos no pueden ser considerados como medios de control de la constitucionalidad, pues no poseen un carácter *correctivo*, esto es, su finalidad no es restablecer el estado de derecho violado debido a la no adecuación de las normas o actos de autoridad a la Constitución --característica propia del control de la constitucionalidad--, sino su objetivo es la estricta observancia de lo establecido por el texto constitucional (limitaciones), para con ello lograr la preservación del estado de constitucionalidad en la actuación de los órganos constituidos, en el caso particular, del órgano legislativo.

Por lo anterior, podemos concluir diciendo que el sistema de control por órgano legislativo es un *sistema de control jurídico de carácter preventivo*, pues su finalidad es preservar el orden normativo establecido por la Constitución, esto es, su objetivo es garantizar el estado de constitucionalidad de los actos del poder legislativo mediante la correcta aplicación de las limitaciones previstas en el texto de la misma, como es el caso específico del procedimiento de reforma constitucional y el proceso legislativo ordinario, ambos, medios de defensa de la Constitución.

2.1.3 Control Político

Una vez analizado el control legislativo, el cual por sus características específicas y parcialidad en su aplicación no permiten calificarlo como sistema de control de la constitucionalidad, sino como un medio de defensa de la Constitución por su carácter meramente *preventivo*, procederemos a analizar los sistemas de control de la constitucionalidad *normativamente estructurados*, que son el *control de la constitucionalidad por órgano político* y el *control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional*.

En el presente apartado, dedicaremos las siguientes líneas al estudio del *sistema de control de la constitucionalidad por órgano político*. Para el estudio de este sistema de control, emplearemos los elementos y criterios propuestos para el análisis de cualquier sistema de control de la constitucionalidad, ya que anteriormente hemos

dicho que para el estudio de los mismos, pueden ser empleados uno o más dependiendo del análisis particular de cada sistema.⁸⁶

En el caso del *sistema de control político*, su análisis puede ser estructurado con base en los siguientes criterios:

a) Órgano de control.- El control de la constitucionalidad en este sistema se asigna a un organismo distinto a los poderes constituidos del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, o bien, puede encomendarse a alguno de ellos.⁸⁷

La característica más importante del control político es su condición *subjetiva*, pues la limitación del poder es la consecuencia del choque entre dos voluntades, quien limita es a su vez quien controla, y el control se realiza, pues, por criterios basados en la oportunidad.⁸⁸ Los sujetos facultados para ejercer el control o *agentes del control* son siempre órganos, autoridades o sujetos de poder, es decir, cualificados por su condición política, mas nunca órganos jurisdiccionales. Precisamente porque el *control político* se basa en la capacidad de una voluntad para fiscalizar e incluso *imponerse a otra voluntad*, la relación que se da entre éstos y los *objetos de control* no está basada en la *independencia* (pues entonces no podría existir tal capacidad de fiscalización e incluso de imposición), sino en la *superioridad* y el *sometimiento*, en sentido lato, que abarca tanto al principio de supremacía como al de jerarquía. Un *control subjetivo*, y en este sentido no "neutral" o

⁸⁶ Vid supra, p. 59 y ss.

⁸⁷ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. Trigésima séptima edición. México, Editorial Porrúa, 2000, p. 155.

⁸⁸ ARAGÓN. Op. cit. p.173

"parcial" como es el control político, sólo puede fundamentarse en la existencia de dicha relación.

En este sistema, el órgano que ejerce el control ha de ostentar, necesariamente, una situación de supremacía o jerarquía sobre el órgano directa o indirectamente controlado. La actuación del uno --órgano controlante--, puede limitar la actuación del otro --órgano controlado--, no porque posea una *especial condición* (como en el caso del control jurídico), sino porque tenga *mayor peso político*. Por ello, el agente de control en las relaciones intraorgánicas, habrá de estar siempre situado en posición de jerarquía, pero en las inter y supraorgánicas, es decir, en relación a otros órganos constituidos, podrá estarlo en la de *jerarquía* o en la de *supremacía*, para la última de las cuales no es obstáculo la condición "autónoma" de que pueda gozar en ciertos casos el órgano sometido a control.⁸⁹

El control político, además, se caracteriza por ser un *control institucionalizado* y por ello, los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento su competencia, es decir, poseen una potestad jurídicamente establecida. Se trata, pues, de una *atribución regular, normativizada*, cuyo modo de ejercicio está previsto por el derecho. Cabe señalar que tal regulación jurídica no convierte, por sí misma, al control político en control jurídico. El reconocimiento jurídico de la competencia (o, si se quiere emplear otra palabra, de la *función*, aunque este término no sea muy recomendable) lo que significa, sencillamente, es que estamos en presencia de un *control institucionalizado*, en consecuencia, sólo pueden ejercer el control político los agentes políticos

⁸⁹ *Íbidem*.

institucionalizados --órganos del Estado que tienen una competencia prevista normativamente--, y no todos los agentes políticos.⁹⁰

Respecto al *objeto de control*, puede decirse que el control político no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de *controlar a los órganos del poder mismo*, sin embargo, ese control se puede realizar *directamente* sobre el órgano e *indirectamente* a través de la actividad que ese órgano despliega, de tal manera que el *objeto inmediato* del control político puede ser un *acto político concreto* o una *actuación política general*, e incluso una *norma*, pero al controlar ese objeto, lo que en realidad se está controlando es al órgano del cual emana o al que es imputable.

Sin perder de vista, pues, la finalidad última del control político --control sobre los demás órganos constituidos--, su objeto inmediato puede residir tanto en la *actividad general de un órgano* (la política del gobierno, por ejemplo) como una *actuación específica* (la actividad sectorial del gobierno, o de otro órgano sometido a control), o en un *acto político concreto*, e incluso, como antes se dijo, en una *norma*. Respecto a la norma como objeto de control, no es correcto afirmar que ésta sea objeto exclusivo del control jurídico, pues cuando el control de la misma es realizado por un órgano político y con *criterios políticos de valoración*, dicho control no puede de ninguna manera ser conceptualizado como jurídico, sino como político.⁹¹

Finalmente, podemos decir que el control político puede ser *sucesivo* o *previo*, de tal manera que su objeto lo constituirán, a

⁹⁰ Ídem. pp.174 y 175.

⁹¹ Íbidem. p. 176.

veces, actividades ya realizadas, pero a veces, también proyectos de actuación. Ahora bien, a diferencia del *control jurídico de carácter preventivo*, que ha de recaer sobre actos ya objetivados, esto es, que hayan adquirido su definitivo contenido aunque le falten todavía requisitos formales para su perfección (y por ello el control es previo)⁹², el *control político preventivo* no exige tal objetivación para los actos (o conducta) sobre los que se ejercita, ya que éstos pueden ser proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso, meros propósitos o simples intenciones (explícita o implícitamente formuladas).

b) Medios de control de la constitucionalidad.- Es en este inciso donde radica la diferencia sustancial entre el control político y el control jurídico, mismo que será analizado con posterioridad.

En este sistema de control, no existen medios de control de la constitucionalidad que estructurados normativamente formen parte de este sistema, sin embargo, existen *criterios de valoración* que sirven para comprobar la adecuación del órgano controlado al canon o parámetro de control político, el cual se caracteriza por ser un *parámetro subjetivo y no necesariamente preexistente*. Lo anterior significa que el control político, debido a su *carácter subjetivo*, posee tal *variación, indeterminación y libertad* que difícilmente puede asimilarse dicho parámetro a la noción de regla, modelo o norma, pues quien limita, es aquí quien controla, por lo que el efecto de dicha conducta será el choque entre dos voluntades: órgano controlante y órgano controlado.

⁹² Ejemplo de ello es el *control legislativo*; vid supra p. 65 y ss.

En consecuencia, la valoración del órgano controlado se hace atendiendo a su adecuación, no a reglas fijas, sino en el fondo, a la *libre voluntad del agente controlante*. Por ello, basta que la actuación del poder no le parezca “oportuna” al agente del control, que no goce simplemente de su “confianza”, para que éste verifique la constitucionalidad de los actos del órgano controlado, e incluso de cualquier norma, y emita un pronunciamiento al respecto.⁹³

c) Procedimientos para la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad.- Si bien es cierto que en este sistema no existen medios de control de la constitucionalidad, puede existir un procedimiento normativamente estructurado basado en un “sistema de libre valoración”.

La regulación jurídica del procedimiento de control político reconoce la *libertad de valoración*, es decir, atiende a un criterio puramente político o de *oportunidad*. Por ello, en cualesquier acto de un órgano constituido, sea general o concreto, inclusive la normatividad existente, sobre los que el agente de control haya de juzgar no sólo la *oportunidad política* de la actividad sometida a su fiscalización, sino también a la adecuación constitucional o legal, sigue habiendo *libertad de valoración*, esto es, existe un parámetro enteramente *disponible* por parte del agente controlante.

Cuando un órgano político acude a la Constitución o a otra norma secundaria para juzgar una determinada conducta o acto, está interpretando la norma por supuesto, pero *interpretándola políticamente* y *no jurídicamente*. A diferencia de la judicial, su interpretación es *enteramente libre*, sustentada no en motivos de

⁹³ ARAGÓN. Op. cit, pp.177 y 178.

derecho, sino de *oportunidad*, ya que se trata de una valoración efectuada con razones políticas (criterios de valoración de carácter político), y no a través de un método jurídico, pues es una decisión adoptada con *libertad* y *no objetivamente vinculada*, es decir, no sometida a reglas contrastables que presiden la interpretación o aplicación de las normas. En este sistema, el agente de control interpreta la Constitución de la manera que le parece oportuna (de la misma manera que también la interpreta el legislador al hacer la ley), y no como el órgano judicial, que la va a interpretar de la única manera que la considera válida, esto es, jurídicamente (interpretación objetiva).⁹⁴

Como puede apreciarse, si bien existe la posibilidad de un procedimiento previsto normativamente -aunque puede no haberlo-, se evidencia el *carácter subjetivo* del mismo, debido a la *libertad de valoración* o *interpretación* que tiene el órgano controlante al momento de ejercer su función.

Para lograr una comprensión integral del procedimiento de control político de la constitucionalidad, es necesario, además, hablar en este apartado de la *voluntariedad del control político*. La *voluntariedad* se refiere al hecho de que el control político es un control efectuado más por la *voluntad política* que por las normas jurídicas. Por ello, cabe destacar que lo que caracteriza a este sistema de control es el *carácter voluntario de su ejercicio* en oposición al *carácter necesario* que se da en el *control jurídico*. La voluntariedad, aquí, tiene dos significados, que se refieren, uno, a la

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 178 y 179.

*puesta en marcha del control, y otro, a la realización del control mismo.*⁹⁵

En lo que respecta al primer significado, el control político puede ser instado por agente distinto al que ha de efectuarlo (por ejemplo la cuestión de confianza en los regímenes parlamentarios), pero también iniciado por la propia voluntad del órgano controlante (circunstancia que nunca puede darse en el control jurídico). El órgano de control (o agente del control) es así, en esas situaciones, el mismo que decide no sólo *qué* controla, sino también *cuándo* controla, por lo que en tales casos, hay un extraordinario elemento de voluntariedad. Esto significa que este procedimiento, basado en un *sistema de valoración libre*, puede ser estructurado de acuerdo a su procedibilidad de la siguiente manera:

- *Ex-officio* (a priori), antes de que entre en vigor una ley o el órgano controlado lleve a cabo su actividad, correspondiendo al órgano controlante efectuar el control de su constitucionalidad. Como ejemplo de éste tenemos al *control político preventivo*, el cual no exige la objetivación de las normas o actividad de un órgano para efectuar el control, ya que dicho control puede efectuarse respecto de proyectos que no tengan fijado aún su contenido, e incluso, sobre meros propósitos o simples intenciones explícita o implícitamente formuladas. Cabe mencionar que, incluso, una vez aplicada la normatividad o realizada la actividad del órgano que pretende controlarse, el órgano controlante puede ejercer la función de control de manera *oficiosa*, basándose en criterios de oportunidad y libre interpretación, siendo este elemento

⁹⁵ Ídem. p. 181 y ss.

ESTA TESIS NO SALE DE LA BIBLIOTECA

procedimental el rasgo distintivo de este sistema de control de la constitucionalidad.

- *A petición de parte* (a posteriori), por actuación contraria de un órgano constituido con lo establecido en el texto constitucional o por aplicación excesiva o defectuosa de la ley, en cuyo caso podrá interponerse en *vía de acción*, correspondiendo a los sujetos afectados por el acto de autoridad o aplicación excesiva o defectuosa de la ley iniciar un procedimiento ante el órgano político que ejerce el control, a fin de que éste resuelva sobre la constitucionalidad de los mismos, siempre y cuando estén legitimados para tal efecto.

En lo que se refiere al segundo significado, es decir, a la *práctica misma del control*, el *factor voluntario* se manifiesta en que, instado el control --por propio impulso del órgano controlante o a instancia de otro--, éste no tiene por qué *necesariamente* llevarse a cabo en todos los supuestos ni por qué ejercitarse obligatoriamente por todos los titulares con derecho a ejercerlo. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el control jurídico en el que el órgano judicial tiene *necesariamente* que resolver, en el control político no puede obligarse al agente controlante a que adopte en todas las ocasiones una decisión final una vez puesto en marcha el procedimiento, pues ésta queda a su libre arbitrio, basándose solamente en criterios de *oportunidad política*. Puede existir una obligación política, si se quiere, pero no una auténtica obligación jurídica, debido a la existencia de libertad en los *criterios de valoración* y la *voluntariedad* durante el ejercicio de ésta función, elementos intrínsecos a la naturaleza política de este sistema de control de la constitucionalidad.

Ello es así, debido a que los caracteres de la *voluntariedad* en el control político están relacionados con la *condición subjetiva* de este control, lo cual no implica pérdida de eficacia para el control político, simplemente que, por no ser jurídico, es un control de *oportunidad* y no de *necesidad*. Aun en los supuestos en que el ordenamiento se refiere a un *canon normativo de comprobación*, las razones de oportunidad que la presiden, la libertad de decisión política mediante la cual el control se manifiesta, hacen que el parámetro sea enteramente *disponible* para el agente u órgano de control. Debido a ello, se trata siempre de una *decisión política basada en razones políticas*, condición sustancial de este sistema de control.

d) Reglas para tomar las resoluciones o decisiones.- Como se trata de un sistema de valoración meramente *subjetivo*, en el control político no existen reglas estructuradas normativamente para la toma de decisiones, sin embargo, por ser un control *institucionalizado* --esto es. realizado sólo por órganos constituidos que poseen una competencia específica--, debe atenderse a un procedimiento establecido normativamente, lo cual no implica que el órgano controlante pueda *decidir libremente* sobre la constitucionalidad de la actividad de otro u otros órganos, o bien, sobre la misma normatividad, debido a la facultad de libre arbitrio que le atribuye dicho procedimiento, pues a pesar de que puede preverse normativamente un canon de valoración o comprobación, por la existencia de libertad en la interpretación y debido a la *voluntariedad* en el ejercicio del control político, el agente u órgano controlante puede tomar sus decisiones basado en criterios meramente políticos o de oportunidad.

Por esta razón, las resoluciones del órgano controlante se determinan mediante *criterios de oportunidad*, que deben tomar en cuenta al objeto del control político que, tal y como se ha mencionado, sería el *controlar a los órganos del poder mismo*, control que podría realizarse *directamente* sobre el órgano e *indirectamente* a través de la actividad que ese órgano despliega, por lo que el *objeto inmediato* del control político podría ser un *acto político concreto o una actuación política general*, e incluso una *norma*, sin perder de vista que al ejercerse la función de control lo que en realidad se controla es al órgano del cual emana o al que es imputable dicha actuación.

La evidente *subjetividad* de los *criterios de valoración* para llevar a cabo el control, conlleva a que la interpretación para la toma de decisiones se haga atendiendo no a *reglas fijas*, sino a la *libre voluntad del agente controlante*, por lo que basta que la actuación del órgano controlado no le parezca "oportuna" o que no goce de su "confianza", para que éste verifique la constitucionalidad de la actividad de dicho órgano o incluso de cualquier norma, y resuelva sobre la permanencia o la anulación de la actuación de éste o de la aplicación de aquélla, así como de los efectos que se verifiquen como resultado de esa actividad o de la aplicación de la norma.

Si bien no existen reglas para tomar las resoluciones (debido a la libertad en los criterios de valoración), sí existe un procedimiento establecido para llevar a cabo el control, por lo que es necesario reiterar que debe tomarse en cuenta que, además de la subjetividad en los criterios de valoración, es necesario atender a la *voluntariedad del control político*, pues ambos elementos son necesarios para

comprender el procedimiento a través del cual el órgano controlante lleva a cabo la verificación de la constitucionalidad de la normatividad existente, así como de los actos de los demás órganos, y como es que adopta sus resoluciones. En obvio de repeticiones, tomaremos en cuenta las consideraciones establecidas anteriormente respecto de ambos elementos: subjetividad de los criterios de valoración y voluntariedad del control político, pues dichos elementos concomitantes deben ser aplicados durante el procedimiento de control político de la constitucionalidad de la normatividad y de la actividad de los órganos estatales.

Finalmente, para complementar este apartado, podemos decir que desde el punto de vista de los actos de autoridad que se controlan, las decisiones originadas como resultado del procedimiento en el sistema de control político de la constitucionalidad, pueden establecerse respecto de las leyes y de los actos de autoridad contrarios a la Constitución, en cuyo caso, el órgano que ejerce el control estará realizando un control de la constitucionalidad de los mismos en estricto sentido.

e) Efectos de las resoluciones o sentencias.- En todo sistema de control, el resultado forma parte del control mismo, ya que éste no se contrae a la mera actividad de comprobación (salvo que se olvide la dimensión teleológica, esencial en cualquier clase de control). Ello resulta más evidente en el control político, que por el mero hecho de ponerse en marcha ya está implicando un resultado, sin esperar siquiera que se produzca la decisión final: demostrar que se realiza una fiscalización del poder, esto es, que las actividades públicas están sometidas a una crítica y valoración también pública

institucionalizada, lo cual, por sí mismo, ya opera como una *limitación efectiva*.

Ahora bien, si examinamos la decisión final en la que el control se manifiesta, si ella es *positiva* para el objeto controlado, concluye el procedimiento sin que quepa hablar de un resultado nulo o una carencia de resultado del control, pues la actividad fiscalizada se ha considerado conforme políticamente.

Cuando la decisión final del órgano controlante es *desaprobatoria* o *disconforme* (resultado negativo) respecto del objeto controlado (actividad de un órgano o la norma misma), a diferencia del control jurisdiccional en donde *necesariamente* se produce una *sanción* debido al carácter *objetivado* del mismo, en el caso del control político, su carácter *subjetivo* excluye la posibilidad de que necesariamente el juicio negativo lleve aparejada de manera automática la *anulación del acto* o la *remoción del titular o titulares* del órgano controlado. No obstante, esto no es obstáculo para que, a veces, tal decisión pueda tener efectos jurídicos vinculantes, es decir, características sancionatorias en sentido estricto cuando el ordenamiento jurídico así lo establezca; en consecuencia, puede afirmarse que el control político no tiene efectos sancionatorios *per se*, sólo los posee de manera excepcional y tasada en los casos en que lo prevé el propio ordenamiento.

Cabe mencionar que la carencia de efectos vinculantes, esto es, la ausencia de sanción, no implica que deban desaparecer los efectos políticos del control, sino que operan o tienen la capacidad de operar de manera *indirecta*, erosionando al órgano o a la mayoría política que lo sustenta, incitando a la crítica que realiza la opinión

pública. Los resultados del control político a veces son inmediatos y a veces sirven para poner en marcha controles políticos posteriores. Por ello, es posible afirmar que si bien el control político no incluye muchas veces la sanción, incluye siempre la capacidad potencial de poner en marcha *sanciones indirectas o posteriores*, pues la efectividad de este sistema de control descansa más en la esperanza de *sanciones mediatas o futuras* que el ejercicio del control podría desencadenar, que en la sanción inmediata y presente, propia del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad.⁹⁶

Finalmente, podemos decir que en función de los *alcances de las decisiones* del órgano político que ejerce el control de la constitucionalidad -siempre y cuando sean de carácter negativo-, éstas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Con efectos *erga omnes*, es decir, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor, se prevea o no ese efecto sancionatorio en un procedimiento normativamente estructurado, pues la decisión puede adoptarse de manera libre por el órgano controlante; o bien,
- Con efectos particulares o limitados al caso concreto, esto es, respecto de la actividad desplegada por el órgano controlado y su adecuación constitucional, pudiéndola invalidar basado en criterios meramente políticos (libre voluntad), o bien, atendiendo al procedimiento de control político (si es que existe) para la adopción de su resolución.

⁹⁶ ARAGÓN, Op. cit. p. 179 y ss.

Como puede apreciarse, los efectos en el resultado negativo son los que nos permiten considerar al control político como un verdadero sistema de control de la constitucionalidad, debido a que los efectos que llegan a darse como consecuencia de dicha decisión pueden ser de carácter *correctivo* --anulatorios o sancionatorios--, respecto de la actividad del órgano controlado o de la aplicación de una norma específica. Aun cuando dichos efectos correctivos no estén previstos en el procedimiento, el hecho de que el órgano controlante cuestione la actividad de los demás órganos o incluso de la normatividad misma, es suficiente para ejercer un control de carácter político, ya que erosiona la actividad de los mismos poniendo en duda su constitucionalidad ante la opinión pública.

Del análisis de todos los elementos de este sistema de control, podemos afirmar que por sus características, el *control político* debe ser considerado como un efectivo sistema de control de la constitucionalidad, pues su objetivo es limitar el poder político y proteger a la Constitución en caso de inobservancia por un acto de gobierno en sentido amplio (actividad de los órganos constituidos del Estado, o bien, la normatividad del mismo), aun cuando sus resoluciones atiendan a *criterios de oportunidad* y sea evidente la *parcialidad* del órgano controlante, que si bien no impide la efectividad de dicho sistema de control, justifica el carácter subjetivo de las decisiones adoptadas por el órgano controlante, debido a su procedimiento meramente político.

Es necesario concluir diciendo que uno de los puntos teóricos y prácticos más controvertidos de este sistema, se refiere a la *imparcialidad e independencia* del órgano de control, pues ello evidencia el problema de fondo del control político de la

constitucionalidad, ya que un órgano de naturaleza política como lo es el órgano controlante, cuyo ejercicio constitucional es el de controlar a los demás órganos constituidos del Estado, lo hace en una *relación de supraordinación* al absorber una dosis de poder excesiva que le permite anular los actos y decisiones, colocándose en un plano de superioridad frente a los órganos controlados, por lo que *parcialidad* y *sumisión* están presentes durante todo el procedimiento normativamente establecido; *parcialidad* producto de la subjetividad en los criterios de valoración y voluntariedad del control político, y *sumisión* producto de la dependencia de los órganos constituidos respecto de las decisiones políticas del órgano controlante. De ahí el inconveniente estructural y funcional de este sistema de control de la constitucionalidad.

2.1.4 Control Jurídico

Una vez examinado el control por órgano político y haber llegado a la conclusión de que éste es un verdadero sistema de control de la constitucionalidad debido a los *efectos correctivos* que genera su aplicación, procederemos al análisis de otro sistema de control de la constitucionalidad *normativamente estructurado*: el *control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional* o *control jurídico*.

Antes de iniciar el análisis propuesto resulta necesario establecer algunas consideraciones previas. Recordemos que el inconveniente del sistema de control político es la *parcialidad durante el procedimiento de revisión de la constitucionalidad* originada por la *discreción del órgano controlante*, caracterizada por la recopilación y análisis de elementos, estudios y consideraciones por lo general no

sujetas a una regulación jurídica previa, por lo cual, dicho control no posee las características propias de un verdadero procedimiento contencioso. Lo anterior nos permitirá establecer una serie de elementos distintivos entre el control por órgano político y el control por órgano jurisdiccional, el cual sí puede ser considerado como un procedimiento de carácter contencioso.

Para el establecimiento de los elementos integrantes del sistema de control jurídico de la constitucionalidad, emplearemos la serie de elementos y criterios propuestos anteriormente para el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad. En el caso del *sistema de control jurídico de la constitucionalidad*, su análisis puede ser estructurado de la siguiente manera:

a) Órgano de control.- El *carácter objetivado* del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean *órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas*, es decir, órganos constituidos que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que por implicar cánones jurídicos, estén integrados por peritos en derecho. Esas condiciones se dan esencialmente en los *órganos judiciales*, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia, lo que no quiere decir que por ese único hecho ya se da tal control, ya que lo que califica verdaderamente al mismo es su *modo de realización* más que el órgano que lo realiza. Lo anterior significa que el control es jurídico porque jurídico es su parámetro y jurídico el razonamiento a través del cual se ejerce, esto es, *la condición jurisdiccional del órgano es una consecuencia del tipo de control y no*

al revés.⁹⁷ En consecuencia, son los órganos judiciales los órganos de control en el sistema jurídico de control de la constitucionalidad.

Es importante mencionar que en este sistema el parámetro jurídico es una consecuencia ineludible, pues es la garantía de *objetividad* en este control. De ahí que los *controles administrativos*, aunque en muchos casos sean realizados atendiendo a razones de derecho, no pueden ser considerados, en estricto sentido, como controles jurídicos, puesto que las relaciones de supra o subordinación en que se encuentran los órganos de control respecto de los órganos controlados, no garantizan, en modo alguno y de manera segura, la *objetividad, imparcialidad o independencia de sus decisiones*.

En cuanto al *objeto del control*, el control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los *actos* de esos órganos o autoridades, esto es, *actos en sentido propio* y, por supuesto, *todo tipo de normas*. Debe precisarse que el carácter objetivado del control jurídico supone que no son las personas físicas, ni siquiera las conductas de esas personas titulares de los órganos públicos los sometidos a control, sino los *actos*, es decir, los productos objetivados de la voluntad de tales órganos. De tal manera que cuando lo que se juzga por los tribunales es una cuestión disciplinaria administrativa o una cuestión penal que afecte a cualquier persona que desempeña un empleo o cargo público, no se está realizando, propiamente, un *control del poder*, sino ejercitándose, en realidad, otra función muy distinta: juzgándose un delito o una falta administrativa cuya imputación y resultados afectan

⁹⁷ ARAGÓN, Op. cit., p. 137.

a la persona del funcionario, pero no al órgano de poder del que es titular.⁹⁸

Es importante señalar que uno de los problemas más atractivos que plantea el *objeto del control jurídico* es el de la admisión o no, en esta figura, de los *controles previos* realizados por órganos jurisdiccionales. Ante todo cabe decir que el carácter jurisdiccional de un control previo es bastante dudoso, aunque ello no afectaría, por sí solo, el carácter jurídico del control, ya que podría ser concebible la existencia de un control jurídico realizado por un órgano judicial, y que, sin embargo, no reuniese las condiciones que permitan calificar a la actividad que a través de tal control se realice, como *actividad jurisdiccional*. Este es el caso justamente del *control de la constitucionalidad preventivo*, tal figura aparece en ciertas modalidades de control de la constitucionalidad: el llamado *recurso previo* ante el Tribunal Constitucional que existía hasta hace muy poco tiempo en España; el control de las leyes (siempre previo) por el Consejo Constitucional en Francia; la *opinión judicial consultiva* sobre la constitucionalidad de las leyes en Canadá; los casos de control previo de las leyes regionales por la Corte Constitucional de Italia; el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional en Portugal, o bien, (y no se agotan con ello todos los casos), el control de la constitucionalidad previo en Venezuela, Panamá y Guatemala.⁹⁹

Es preciso mencionar al respecto que el *control previo* lo ejerce un órgano que, generalmente, es admitido como *órgano de carácter judicial*, es decir, como *tribunal en sentido estricto*. Ahora

⁹⁸ *Ibidem*, p.138.

⁹⁹ *Ídem*, p.139.

bien, tal carácter del órgano no significa que el control preventivo que realiza sea un control jurisdiccional. Por el contrario, existen razones de peso para negar el carácter jurisdiccional de la actividad que a través de ese control realiza el Tribunal. Es cierto que se dan los principios de *impulso de parte*, *contradicción*, *razonamiento jurídico de la decisión* y *efectos vinculantes de la misma*, pero *ni el objeto ni los resultados del control son los propios de la actividad jurisdiccional*. El *control previo* tiene por objeto leyes aún no perfectas o proyectos de ley (según los distintos sistemas), es decir, actos por supuesto relevantes para el derecho (no puede decirse que no lo sea la aprobación parlamentaria o legislativa del texto definitivo de una ley, por ejemplo), pero no actos (empleamos el término acto en sentido general) ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas. De ahí que no se haya producido de ninguna manera cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna al ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control que es, justamente, lo único que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional.

En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame, impropriamente, "sentencia") no puede anular o inaplicar, no puede reestablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión vinculante para el legislador o para el órgano que habrá de promulgar la ley, pero nada más. Pese a la presencia de los demás requisitos jurisdiccionales que antes se señalaron, la imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial) y la necesaria ausencia en la resolución estimatoria de *potestad reparadora de infracciones cometidas*, hacen que la actividad judicial ejercitada en el recurso previo no sea, propiamente, una actividad jurisdiccional,

sino exactamente *consultiva* (judicial consultiva, como se denomina con rigor en Canadá).¹⁰⁰

Sin embargo, tal carácter no significa que deje de ser una actividad materialmente jurídica. El control que a través de ella se ejerce es *jurídico*, aunque no sea *jurisdiccional*. El *control previo* realizado por órganos judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes (de proyectos de ley o de leyes no perfectas, habría siempre que añadir) reúne todos los requisitos de control jurídico en cuanto a órgano imparcial, parámetro normativo, razonamiento jurídico y efecto sancionatorio (en caso de control con resultado negativo respecto del objeto controlado). Es indiferente que el objeto haya entrado o no a formar parte del ordenamiento, lo que importa es que es un *objeto jurídicamente relevante* (y lo es un proyecto de ley o más propiamente el texto definitivo de una ley), es decir, un objeto que adopta *forma* (aunque aún no *vigencia jurídica*) y que es expresión de un acto (la aprobación de este texto) que no carece, de ningún modo, de importancia para el derecho (el derecho constitucional y, desde luego, el derecho parlamentario). En consecuencia, el carácter de *control jurídico* es muy difícil que se le pueda negar, por lo cual, no se elimina la característica como tal al *control previo*. Éste, sería un ejemplo de control judicial, pero no exactamente jurisdiccional, mientras que las demás formas de control judicial --controles posteriores--, serían siempre, además de judiciales, jurisdiccionales.¹⁰¹

¹⁰⁰ No debe confundirse el *control jurídico previo* con el *control legislativo* estudiado anteriormente, pues sus características son distintas; el primero es considerado un medio de control de la constitucionalidad, aun cuando sea meramente consultiva la función del órgano controlante, mientras que el segundo, es considerado un medio de defensa de la Constitución; vid supra, p. 65 y ss.

¹⁰¹ ARAGÓN, Op. cit, pp. 140 y 141.

b) Medios de control de la constitucionalidad.- Al respecto, cabe señalar que es en el control jurídico en el que se encuentran medios o mecanismos de control de la constitucionalidad *normativamente estructurados*, esto es, previstos no sólo en el texto constitucional, sino inclusive por el ordenamiento jurídico, consecuencia del *carácter objetivado* de este tipo de sistema.

Al igual que en el sistema de control político de la constitucionalidad, en el sistema jurídico (jurisdiccional), el control puede ser realizado de manera *preventiva* (previa), o bien, *posterior*.¹⁰² Es importante señalar que *el control previo es de tipo preventivo, ya que se verifica antes de la realización del acto*. Generalmente es ejercido por un órgano judicial, pero no necesariamente, ya que puede ser un órgano político quien ejerza la función, tal y como lo hemos señalado, o bien, por el órgano legislativo antes de la emisión o reforma de una norma, a través de comisiones u órganos internos de control (control legislativo). El control *preventivo* o *a priori* deriva del principio de supremacía de la Constitución frente a las leyes, pues en este caso, el control es *directo*, dado que se establece un autocontrol de la norma fundamental, circunscribiendo la actuación a los órganos públicos a su esfera competencial preestablecida con el fin de evitar interferencias recíprocas o con los derechos fundamentales de los gobernados.¹⁰³

En cuanto al *control posterior*, éste se lleva a cabo cuando el *acto ya se ha consumado*, es decir, que ya no tiene como fin evitar una situación de abuso de poder, sino que va a remediar un conflicto

¹⁰² HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales...*, pp 42 y 43.

¹⁰³ *Ibidem*, p.48

suscitado por el ejercicio excesivo de facultades. Por lo general, el control se realiza mediante la anulación de los efectos que causan perjuicios, o en su defecto, mediante la reparación del daño. El control puede referirse tanto a actos como a leyes, sin embargo, no en todos los sistemas jurídicos se siguen los mismos procedimientos (en unos procedería la anulación total o parcial de los efectos, en otros probablemente la abrogación de la ley). Para este efecto se han establecido tribunales constitucionales, como es el caso de España o Alemania.

En el caso del *control posterior* se hace patente otra de las cualidades del control además de la *supervisión y verificación* de los límites, consistente en la posibilidad de remediar el daño causado al gobernado. Este tipo de control generalmente se ejerce por *via de acción*, es decir, a petición de parte. Cabe mencionar que como *control a posteriori*, tiene por objeto restablecer el estado de derecho violado debido a la no adecuación de las normas o actos de autoridad con la Constitución.¹⁰⁴

Respecto a los medios de control de la constitucionalidad existentes en el sistema de control jurídico de la constitucionalidad, pueden clasificarse de la siguiente manera:

- *Abstractos*, como *recurso* contra leyes.- Es una operación sin límites materiales. Se trata de un control sin vinculación a la aplicación de la norma, por lo que la legitimación en estos medios de control generalmente es objetiva. La *impugnación directa* no requiere ningún tipo de relación subjetiva entre los legitimados y la norma, ya que se atacan vicios formales o

¹⁰⁴ *Ibidem*.

materiales derivados del proceso de creación de la norma. El objeto de este *recurso de inconstitucionalidad* es la ley entendida en sentido amplio, es decir, en relación con su rango normativo. Es por ello que la resolución del tribunal que reviste la constitucionalidad de la norma será de nulidad.

- *Concretos*.- Se refieren a una consulta que el juez o tribunal ordinario puede presentar para determinar si se aplica o no la ley a un proceso específico, dependiendo de su constitucionalidad. No es necesario que la parte agraviada se inconforme, sino que basta con que la autoridad que debe aplicar la norma se percate de la inconstitucionalidad de la misma para que inicie el procedimiento de declaración de constitucionalidad de la norma en cuestión. Generalmente se configura como un *control indirecto*, pero como un medio directo de impugnación. Debemos aclarar que solamente el juez puede iniciar esta *consulta* o *cuestión de constitucionalidad* cuando durante el proceso considere que la norma que debe ser aplicada es anticonstitucional. El juez no puede interpretar directamente la Constitución e inaplicar la norma cuestionada; debe esperar la resolución del tribunal competente que autorice la inaplicación de la norma al caso concreto. En este sentido, no pueden producirse efectos suspensivos respecto de la ley, pero sí del acto de dictar sentencia, la cual se verá afectada por la resolución de inconstitucionalidad, misma que puede tener efectos *erga omnes* (generales), anulatorios o estimatorios de la constitucionalidad.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ídem, pp. 47 y 48. Para una explicación más amplia respecto del control abstracto y concreto de normas y disposiciones generales véase infra, p. 111 y ss.

Es importante concluir diciendo que no es regla aplicable a todos los sistemas de control jurídico de la constitucionalidad la existencia de ambos medios de control --como sería el caso de España o Alemania--, pues puede ser que exista sólo uno de ellos como en nuestro país, donde únicamente se prevé el *control abstracto* de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales, vía acción de inconstitucionalidad.

c) Procedimientos para la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad.- Una de las características del control jurídico es que el parámetro lo constituyen *normas abstractas predeterminadas* que le vienen impuestas al órgano controlante, y que éste se limita a aplicar en cada caso concreto. Dicho en otras palabras, el *parámetro* está formado por *normas jurídicas*, o más exactamente, por el derecho en su expresión objetiva: el *ordenamiento jurídico*. El carácter objetivado del control corresponde al carácter objetivado del parámetro, objetivación indisociable de la *abstracción y generalidad* del derecho.¹⁰⁶

Por esta razón, en el sistema jurídico de control de la constitucionalidad *necesariamente debe existir un procedimiento previsto y estructurado normativamente*, el cual permita emplear y aplicar los medios de control de la constitucionalidad a los sujetos legitimados para tal efecto. El establecimiento de un procedimiento normativo permite que la función de control sea *objetiva*, y por ende, que las resoluciones adoptadas por el órgano controlante sean *imparciales*.

¹⁰⁶ ARAGÓN, Op. cit., p. 141

Es importante señalar que una de las características peculiares del control jurisdiccional es el de *ser un control necesario*, en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano judicial es requerido para ello, y en el sentido también de que necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas *minuscuamperfectas* en el ordenamiento.¹⁰⁷

Respecto del carácter necesario del control jurídico, cabe mencionar que la *producción necesaria del control* significa, por un lado, que el órgano que lo ejerce ha de conocer (siempre que tenga reconocida jurisdicción y competencia) necesariamente del asunto para el que es instado; por otro, que ha de emitir, necesariamente, su juicio sobre tal asunto, y finalmente, que ha de dictar la sanción (la declaración invalidatoria) de modo necesario cuando tal juicio sea jurídicamente negativo para el objeto controlado, es decir, cuando estime que se ha producido una contradicción (irresoluble por vía interpretativa) entre dicho objeto (actos de autoridad o normatividad) y el parámetro de control (Constitución del Estado).

El carácter necesario del control jurídico es condición indispensable para la estructuración del procedimiento a seguir respecto de los medios de control de la constitucionalidad. Debido a la imparcialidad y objetividad que pretende este sistema de control, el procedimiento para el ejercicio y aplicación de los distintos medios de control, esto es, su estructuración, es distinta a la del sistema de control político, ya que en el control jurisdiccional, el control de la constitucionalidad no lo ejerce el órgano judicial por propio impulso (de oficio), sino a instancia de parte. El control jurisdiccional es sólo un instrumento imprescindible (necesario) que el Estado “ofrece”

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 170 y ss.

para que las contradicciones entre el *objeto de control* y el *parámetro de control* “puedan” ser corregidas.

Lo anterior significa que este procedimiento, basado en un *sistema de aplicación normativa* (control jurídico-jurisdiccional de la constitucionalidad), puede estructurarse en relación a los requisitos de procedibilidad de los medios de control jurídico de la siguiente manera:

- *A petición de parte*, en cuyo caso podrá interponerse:

1. En *vía de acción*, correspondiendo a los sujetos afectados por el acto de autoridad o aplicación excesiva o defectuosa de la ley iniciar un procedimiento ante la autoridad competente de ejercer el control respecto del acto o ley del cual se cuestiona su constitucionalidad. Un ejemplo de este procedimiento es el *recurso de inconstitucionalidad* en España, e inclusive, de la *acción de inconstitucionalidad* en nuestro país, que como medios de control de la constitucionalidad, no son sino modalidades del control abstracto de normas y disposiciones generales.

2. En *vía de excepción o incidental*, caso en el cual el planteamiento sobre la constitucionalidad del acto de autoridad o aplicación de la ley se presenta como un incidente dentro del mismo proceso en el que no se realiza un nuevo juicio o un juicio especial, sino que dicho planteamiento se desahoga dentro del mismo proceso, ante la misma autoridad que conoce del caso o ante su superior jerárquico, de conformidad con los recursos procesales establecidos al

efecto. Esto es, los sujetos legitimados lo oponen como *excepción* a su cumplimiento. Como ejemplo de esta vía tenemos a la *cuestión de constitucionalidad* como medio de control de la constitucionalidad en España, que no es sino una modalidad del control concreto de normas y disposiciones generales.

Como puede observarse, cualquiera que sea la vía para interponer el procedimiento de control jurídico de la constitucionalidad --acción o excepción--, corresponderá *siempre* interponerlo a un órgano distinto al controlante o a otros sujetos legitimados por el ordenamiento que rige dicho procedimiento, mas nunca al propio órgano que realiza la función de control.

d) Reglas para tomar las resoluciones o decisiones.- Debido al carácter objetivado del control jurídico y a la existencia de un procedimiento estructurado normativamente para la realización de la función de control, es obvio que en dicho procedimiento se incluyan las reglas para que el órgano controlante adopte sus decisiones, pudiéndose fijar inclusive, los lineamientos para el establecimiento de *critérios de interpretación y creación de jurisprudencia*.

Respecto a este último punto, es preciso decir que una cosa es el modo de interpretación del derecho y otra la creación o no del derecho por los jueces. Es cierto que la creación judicial del derecho no tiene porque ir siempre unida a la *libertad de interpretación*, entre otras razones, porque colmar una laguna normativa, por ejemplo, no significa, necesariamente, eludir *reglas predeterminadas por el ordenamiento* para resolver objetivamente el caso, lo que permite justamente salvar la objeción, en tales casos, de una aplicación

retroactiva del derecho. Son problemas, pues, el de los *criterios de interpretación* y el del *papel de la jurisprudencia*, conceptualmente distintos, pero no hay duda de que están enlazados en la práctica, en la aplicación del derecho en general, pero más aún en la aplicación del derecho constitucional.¹⁰⁸

El *carácter indisponible* del parámetro en el control jurisdiccional, se corresponde, en consecuencia, con el *carácter objetivado del canon de valoración* y con la existencia de *criterios predeterminables de composición de ese canon*, de tal manera que su aplicación por los jueces no se convierte en un acto de decisión libre, sino en una *decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas*. El hecho de que la jurisprudencia sea fuente del derecho no implica la negación del carácter indisponible del parámetro del control, pues si la actividad creadora se sujeta a principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición, la decisión que se adopte no será subjetiva, sino objetiva, debido a la formación de un criterio basado en reglas preestablecidas normativamente en el procedimiento de control.¹⁰⁹

Lo anterior demuestra el carácter *predeterminado* del parámetro en el control jurisdiccional, pues la decisión adoptada por el órgano controlante (miembros del Tribunal), debe atender necesariamente a reglas normativamente preestablecidas para la realización del control jurídico, por lo que los *criterios de interpretación*, así como la *jurisprudencia* que pudiera derivar del

¹⁰⁸ ARAGÓN, Op. cit., p. 146.

¹⁰⁹ Ídem, pp. 146 y 147.

ejercicio del control, deben de ajustarse a éstas, lo cual pone de manifiesto el carácter indisponible y objetivado del control jurídico, en la especie, del control jurisdiccional.

e) Efectos de las resoluciones o sentencias.- El resultado del control forma parte de la idea misma del control, pues de lo contrario se eliminaría totalmente el elemento teleológico del mismo. Ahora bien, ese resultado puede ser *positivo* o *negativo para el objeto controlado*, y el *resultado negativo* lleva aparejada a veces la sanción inmediata y otras no debido a que ésta se demora en el tiempo o porque operan mecanismos indirectos, e incluso difusos de sanción. Esto significa que siendo el resultado un elemento indispensable del control, no puede hacerse gravitar exclusivamente esta figura (el control) en la existencia de la sanción, es decir, en el llamado momento conminatorio, pues ello conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, tesis cuyo solo enunciado la hace abiertamente rechazable por no ser comprensiva de la totalidad del fenómeno del control.¹¹⁰

Cuestión distinta es la de si el *resultado negativo* ha de acompañarse inexorablemente de la sanción y si ésta ha de ser *inmediata*, esto es, formar parte del mismo resultado. Aquí el problema es más complejo pues, como se ha dicho, la sanción opera de muy diversas maneras en las diversas clases de control. Lo anterior conduce justamente a sostener que pese a tener la figura del control un *único sentido*, no puede haber uno sino varios *conceptos de control*. Lo que caracteriza al *control jurisdiccional*, desde el punto de vista del resultado (y lo diferencia netamente, también en este punto, del control político), es que el *resultado negativo lleva*,

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 167 y ss.

inexorablemente, aparejada la sanción, consecuencia del *carácter objetivado* de este control.

En el control jurídico, el órgano controlante no limita sino que asegura la vigencia de las limitaciones fijadas de manera objetiva (normativizada) por el derecho. Al aplicar no su voluntad sino la norma en el ejercicio del control, está *obligado necesariamente a sancionar* la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico al que ha de adecuarse. El órgano judicial, sometido constitucionalmente a la ley y al derecho, no tiene más remedio que sancionar la infracción jurídica que considere cometida. Y esa obligación del órgano jurisdiccional, mediante la cual se preserva la vigencia del derecho establecido por la Constitución (reglas de competencia, jerarquía, etcétera, que dotan de coherencia al ordenamiento) es absolutamente esencial para que exista la *seguridad jurídica*. De ahí que no se trate de una obligación moral o política, sino estrictamente de una verdadera *obligación jurídica*: comprobada la infracción, el órgano judicial ha de invalidar el *acto* o la *norma* objeto de control.¹¹¹

Dicho esto hay que añadir que el control jurisdiccional, al ser un control sobre la *actividad* (actos o normas) y no sobre la *organización*, comprende dentro de sí otras figuras destinadas a la exigencia de responsabilidad ante los tribunales de órganos o de los funcionarios (responsabilidad civil, penal disciplinaria) mediante las cuales se administra justicia por supuesto, pero no se ejerce, en sentido propio, una *función de control del poder*. El tipo de sanción

¹¹¹ O expulsarla del ordenamiento por derogación o inaplicación, según los casos y la distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales. De todos modos, lo importante es que todo ello significa invalidación, en general o para el caso, del objeto controlado y, en este sentido, sanción.

que tales figuras llevan aparejada no debe confundirse con la sanción a la actividad abstraída de la persona física o jurídica, que es característica del resultado negativo en el control jurisdiccional.

El tribunal --ordinario o constitucional--, puede no invalidar la norma controlada pero darle una interpretación distinta a la que esa norma había tenido hasta entonces (es decir, a la que había operado en el ordenamiento). No puede negarse que se produce, en tal caso, una innovación del sentido de la norma con claros efectos jurídicos, pues si bien no se innova la letra del texto, sí se innova respecto de su significado. En consecuencia, lo que le está vedado al órgano judicial, o si se quiere, lo que está vedado al control jurisdiccional, es enmendar el objeto en el sentido restrictivo de *enmienda formal o literal*, no en el sentido amplio que incluye *enmienda de significado*. Dicho en otras palabras, la literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad innovadora del órgano judicial.

Finalmente, podemos decir que en función de los *alcances de las decisiones* del órgano jurisdiccional que ejerce el control de la constitucionalidad --siempre y cuando sean de carácter negativo--, estas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Con efectos *erga omnes*, es decir, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor, o bien, invalidando la actuación infractora de un órgano constituido que evidencien su inconformidad con la Constitución; efectos de la resolución que será vinculante para todas las autoridades, aun aquéllas que no intervinieron en el acto o aplicación de la norma, configurándose como un deber general de no aplicación o como una declaración de nulidad.

- Con *efectos particulares o limitados al caso concreto*, esto es, respecto a la actividad desplegada por el órgano controlado o la aplicación concreta de alguna norma y su adecuación constitucional, pudiéndola invalidar en los casos previstos normativamente, en cuyo caso, la vinculación de la resolución o sentencia que declara la inconstitucionalidad de la actuación de la autoridad o de la norma solamente será respecto de los sujetos que intervienen en el procedimiento.

Expuesto lo anterior, consideramos que los efectos del control jurídico, producto del carácter negativo del objeto de control, son los que nos permiten considerar a éste como un verdadero sistema de control de la constitucionalidad, debido a que los efectos que llegan a darse como consecuencia de dicha decisión son de carácter *correctivo* --anulatorios o sancionatorios--, respecto de la actividad del órgano controlado o de la aplicación de una norma específica, cuestión que confirma la ineludible existencia del elemento conminatorio en todo sistema jurídico de control de la constitucionalidad.

Diferencias entre el control político y el control jurídico (jurisdiccional).- Una vez establecidos los elementos estructurales y funcionales del sistema de control jurídico (jurisdiccional) de la constitucionalidad, consideramos prudente concluir este apartado referente al estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad, resumiendo las diferencias entre el sistema de control jurídico de la constitucionalidad y el sistema de control político de la constitucionalidad.

La *primera diferencia* consiste en el carácter *objetivado* del control jurisdiccional (jurídico), frente al carácter *subjetivo* del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un *conjunto normativo preexistente, no disponible* para el órgano que ejerce el control jurisdiccional o jurídico. En cambio, el carácter subjetivo del control político significa todo lo contrario: que *no existe canon fijo y predeterminado de valoración*, ya que ésta descansa en la *libre apreciación* realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de *composición eventual y plenamente disponible*.

La *segunda diferencia*, consecuencia de la anterior, es que el juicio o valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en *razones jurídicas* (sometidas a reglas de verificación), y en el segundo, en *razones políticas* (de oportunidad).

La *tercera diferencia* consiste en el carácter *necesario* del control jurídico frente al carácter *voluntario* del control político. *Necesario* el primero no sólo en cuanto a que el órgano controlante ha de ejercer el control cuando para ello es solicitado, sino también en que si el resultado del control es *negativo* para el objeto controlado, el órgano que ejerce el control ha de emitir, *necesariamente*, la correspondiente *sanción*, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto o la norma controlada). Mientras que el carácter *voluntario* del control político, significa que el órgano o el sujeto controlante es libre para ejercer o no el control, y que de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción, salvo que el ordenamiento lo prevea, situación en que el resultado del control se manifiesta entonces mediante un acto

jurídico, pero ello no elimina, en esos casos, la *esencia política* del procedimiento del control.

La *última diferencia* relevante que queda por destacar, es la que se refiere al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por *órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de derecho*: en esencia, los *órganos judiciales*, mientras que el control político está a cargo precisamente de *sujetos u órganos políticos*. No puede decirse lo mismo, en cambio, respecto de los *objetos del control*, ya que las decisiones políticas pueden ser, muchas veces, sometidas a control jurídico y, sobre todo, las normas jurídicas pueden ser sometidas, en ciertos casos al control político (por ejemplo los decretos – leyes en los que la intervención del parlamento u órgano legislativo tiene, a parte de otras características, el significado de un control).¹¹²

Cabe mencionar que el control político, siendo *regular*, no deja de ser *libre*, es decir, *basado en razones de oportunidad*, y que por ello, si bien no le resta eficacia, no dota de completa *seguridad* su realización. Y sin intención de llegar al extremo, basta señalar que gran parte de los controles políticos están al servicio de la mayoría y la garantía de la Constitución reside, entre otras cosas, en ampararla frente a posibles vulneraciones de la misma mayoría (lo cual resulta lógico ante la libertad de apreciación y subjetividad del órgano político en cargo del control de la constitucionalidad).

Es por ello que en definitiva el control jurídico (menos fuerte que el político) se presenta como el más *regular* por ser un control

¹¹² ARAGÓN. Op. cit., pp.136 y 137.

normativizado, y a la postre, más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría "ser" sin el control jurídico que es, por esencia, el *control jurisdiccional*. Esa es la base en que descansa el Estado constitucional de derecho, y eso es lo que conduce a que, en realidad, todo estado de derecho verdadero sea un *Estado jurisdiccional de derecho* (lo que no tiene porqué significar un *gobierno de los jueces*, que esa es otra cuestión, aunque a veces, incorrectamente, se les confunda). Trasladar los problemas de derecho al *tribunal de la opinión* o a los *tribunales populares*, es decir, establecer la resolución espontánea o institucionalizada pero puramente política de los problemas jurídicos, no supone la destrucción del derecho, sino, por supuesto, la negación misma del genuino sentido de la Constitución. En esas condiciones, simplemente, no puede haber Constitución; puede haber otras cosas (declaraciones de intención, programas, idearios políticos), pero de ninguna manera, *normas constitucionales*. El control jurisdiccional aparece pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución.¹¹³

2.2 Diseño y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad

En el anterior apartado hablamos respecto de los diferentes sistemas de control de la constitucionalidad y los elementos genéricos que deben ser tomados en cuenta para su adecuada estructuración y funcionamiento.

¹¹³ *Ibidem*. p. 171 y 172.

Recordemos que como elementos integrantes de todo sistema de control de la constitucionalidad se encuentran precisamente los *medios de control de la constitucionalidad* así como los *procedimientos para su aplicación*. En obvio de repeticiones, damos por reproducidos los argumentos explicativos referentes a los mismos establecidos en otra parte de este trabajo de investigación, por no ser el objetivo del presente apartado la explicación de aquéllos, sino el del *diseño y aplicación* de los medios de control de la constitucionalidad.¹¹⁴

Comenzaremos con el *diseño de los medios de control de la constitucionalidad*. El diseño de un *medio de control de la constitucionalidad* se fundamenta en los siguientes aspectos esenciales:

- a) La consideración del acto cuya constitucionalidad se pretende controlar;
- b) La creación de un procedimiento para verificar su constitucionalidad; y
- c) La asignación de determinados efectos a la resolución relativa a la conformidad o inconstitucionalidad entre la Constitución y el acto cuya constitucionalidad se controla.¹¹⁵

Es importante mencionar que de la interrelación coherente y sistemática de estos tres elementos depende la idoneidad de los medios de control para cumplir con su objetivo primario: la anulación de los efectos del acto anticonstitucional. El tratamiento acertado de

¹¹⁴ Vid supra, p. 59 y ss.

¹¹⁵ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *La Teoría del Rombo: ingeniería constitucional del sistema político democrático*. Primera reimpresión. México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. A.C., 2002, p. 283.

estos *tres elementos estructurales* garantiza en gran medida la *funcionalidad* y el *éxito* de un medio de control de la constitucionalidad, aunque ciertamente no de todo el sistema, ya que para el correcto funcionamiento de todo el sistema de control de la constitucionalidad, debe cumplirse con otra serie de elementos (como es el caso de los órganos encargados de cumplir con la función de control de la constitucionalidad) que hemos tratado en otra parte de este trabajo.¹¹⁶

Concentrándonos por el momento en los *medios de control de la constitucionalidad*, salta a la vista que *la forma de diseñarlos implica una correlación de los tres aspectos anteriormente señalados en un orden distinto al correspondiente en el momento de su aplicación*. En efecto, al aplicarse el medio de control, el *primer y tercer* aspectos tienen que vincularse en una *etapa inicial*, de tal suerte que lo que se tenga claramente definido sea *cuál es el acto de autoridad que pretende anularse* y, consecuentemente, *los efectos que por necesidad habrá de tener el acto que lo invalide*. Posteriormente, será el turno del *segundo elemento*, es decir, del *procedimiento*, el cual consistirá en la determinación del *cómo se logrará la anulación del acto anticonstitucional*. Si se analizan con cuidado estos dos distintos momentos, se comprenderá que el segundo momento, esto es, el del *funcionamiento del medio de control*, depende del primero, es decir, de su adecuado diseño.¹¹⁷

Un caso paradigmático que puede servirnos de ejemplo para ilustrar el procedimiento de diseño de un medio de control, es el caso en nuestro país del llamado *amparo contra leyes*. Dicho medio de

¹¹⁶ Vid supra, p. 59 y ss.

¹¹⁷ COVIAN ANDRADE, Miguel. *La Teoría del Rombo*..., pp. 284 y 285.

control de la constitucionalidad es un claro ejemplo de la deficiente estructuración de un medio de control, debido a que precisamente durante el diseño del mismo no se respetó el orden lógico propuesto.

Al respecto, existe un procedimiento de Amparo y una caracterización jurídica de este medio de control que se tratan de ajustar a un acto de autoridad que en este caso es la ley o cualquier otra norma general. Esto quiere decir que primero se vinculan los puntos primero y segundo --acto que pretende controlarse y el procedimiento para llevar a cabo el control--, siendo que lo correcto es relacionar de inicio el primero y el tercero (tipo de acto sujeto a control y alcances de la resolución que lo anula, en función de la naturaleza jurídica de dicho acto). Al relacionar de inicio el *acto de autoridad* con el *procedimiento* en el caso del Amparo contra leyes, *se fuerza o se tuerce la naturaleza jurídica del acto* y se le obliga a ajustarse al procedimiento, cuando debe ser exactamente a la inversa, esto es, diseñar un procedimiento adecuado a la naturaleza del acto sujeto a control. Finalmente, en cuanto a este medio de control, *la asignación de los efectos de la resolución depende no del tipo de acto que se pretende anular, sino del procedimiento seleccionado*, por lo que en consecuencia, éstos no cumplen el objetivo del medio de control --anulación definitiva del acto de autoridad--, o bien, sólo lo hacen parcialmente al anular la norma de manera concreta en favor del peticionario de amparo más no de manera general, esto es, sin expulsarla del ordenamiento jurídico vigente, permaneciendo con ello la posibilidad de ser aplicada nuevamente y de que sea vulnerado el texto fundamental.

Como puede observarse, la constitucionalidad de la ley en el ejemplo que nos ocupa, es verificada con base en un procedimiento

inadecuado (el del Amparo) y los efectos que la declaran anticonstitucional son “parciales”, y por ende, “ineficaces”, esto es, alcances particulares de la sentencia y permanente aplicación de la ley respecto de aquéllos que no hayan interpuesto este medio de control, siendo que por la naturaleza del acto (leyes y normas generales), debería tener *efectos generales* y, por tanto, anularse definitivamente.

Debido a la frecuente confusión que existe respecto del *diseño* y *aplicación* de los medios de control de la constitucionalidad (confusión evidente y que quedó demostrada en el caso del amparo contra leyes), resulta imprescindible diferenciar ambos momentos.

La diferencia esencial entre el *diseño de un medio de control* y su *aplicación* consiste en lo siguiente: al determinar su *estructura*, el binomio inicial es el *acto que se controla* y los *efectos del control*, señalándose sólo hasta después el *procedimiento que habrá de utilizarse*, mientras que al *aplicar el medio de control*, la situación varía por razón natural o si se quiere por simple lógica, en tanto existiendo ya descriptivamente los tres aspectos, el orden de aparición en un caso concreto correspondería a la presentación que hicimos en un inicio sobre los elementos estructurales de un medio de control de la constitucionalidad. En efecto, primero se produce el *acto de autoridad*, después se aplica el *procedimiento para controlar su constitucionalidad* y, finalmente, se emite una *resolución con los efectos correspondientes a la naturaleza del acto sujeto a control*.¹¹⁸

¹¹⁸ *ibidem*, p. 286.

2.3 El control de normas y disposiciones generales

Una vez realizado el estudio sobre el diseño y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad, es importante en este momento realizar el análisis concreto de dos mecanismos de control de la constitucionalidad: el *control abstracto* y el *control concreto de normas y disposiciones generales*, debido a la importancia que representan para nuestro principal objeto de estudio, la acción de inconstitucionalidad.

La importancia de este estudio radica en que la *acción de inconstitucionalidad* como medio de control de la constitucionalidad en México, posee algunas de las características del *control abstracto de normas y disposiciones generales*, mientras que en el caso del segundo tipo de control, *concreto*, consideramos importante su estudio por la aportación que representaría para nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad su introducción y aplicación.

Una vez fijado el objetivo de este apartado, procedemos al análisis de dichos mecanismos de control de la constitucionalidad.

2.3.1 Control abstracto de normas y disposiciones generales

El control abstracto de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales se refiere a la verificación de la correspondencia entre los actos de los órganos constituidos de aplicación general y la Constitución del Estado, antes de que aquéllos se apliquen y después de que han sido formalmente promulgados y oficialmente publicados.

Los actos que están sujetos a esta especie de control de la constitucionalidad son los siguientes:

- El procedimiento a través del cuál se revisa la Constitución del Estado (reformas a la Constitución);
- Las leyes orgánicas, reglamentarias, y en general, las leyes ordinarias que expiden los parlamentos, asambleas y órganos legislativos;
- Los tratados internacionales (acuerdos, convenciones, convenios, etc.);
- Las ordenanzas emitidas por el gobierno con fuerza de ley (actos y disposiciones emanadas del poder ejecutivo o del gobierno en casos de delegación legislativa, de ejercicio de facultades extraordinarias o de situaciones de excepción);
- Reglamentos y disposiciones de origen administrativo que emiten las autoridades de gobierno (reglamentos derivados de las leyes, autónomos, y disposiciones administrativas de aplicación general); y
- *Cualquier disposición jurídica de aplicación general que tenga las mismas características materiales de una ley, sin importar su naturaleza formal, es decir, sin importar la naturaleza del órgano constituido del que emane o en el que se origine (gubernativo, administrativo, legislativo o judicial).*¹¹⁹

Como puede observarse, dicho mecanismo trata sobre el control de la constitucionalidad de leyes y de disposiciones normativas que tienen las mismas características de la ley, es decir,

¹¹⁹ Ídem. pp. 291 y 292.

que son *abstractas, impersonales, generales y de aplicación permanente*.

En cuanto al *diseño estructural* de este medio de control de la constitucionalidad podemos decir que siguiendo el método propuesto líneas atrás, debemos relacionar el primer aspecto con el tercero, pues el acto cuya constitucionalidad se pretende controlar es *general*, por lo que el medio de control que se diseñe debe ser capaz de destruirlo plenamente. Esto significa que si las leyes y todas las normas que hemos señalado tienen efectos generales, las resoluciones que las anulen deberán tener también efectos generales, es decir, los efectos de la sentencia del órgano que ejerce el control, consistirán en la *anulación de la norma*, ya sea *parcial o total*, pero siempre con *alcances generales o erga omnes*.

Al respecto cabe mencionar que el medio de control adecuado para controlar por esta vía la constitucionalidad de las leyes (y sus equivalentes normativos) se denomina *recurso de inconstitucionalidad o control abstracto de normas generales* --España y Alemania respectivamente--, o como es el caso de nuestro país, *acción de inconstitucionalidad*. Para que este medio de control sea *eficaz*, es necesario que el recurso o la acción puedan ser ejercidos por una cantidad más bien amplia que restringida de sujetos de derecho, entre otros: los titulares y miembros de los órganos constituidos, o bien, cierto número de sus integrantes con jurisdicción en todo el territorio nacional o sólo local o provincial, así como los titulares de los organismos defensores de los derechos humanos.¹²⁰

¹²⁰ *Ibidem*, p.293.

Una vez que se ha atendido a los elementos estructurales del medio abstracto de control de la constitucionalidad (acto que será objeto de control y efectos del mismo atendiendo a su naturaleza), podrá diseñarse el *segundo aspecto* relativo a este medio de control, es decir, el de las cuestiones específicas concernientes al *procedimiento para aplicarlo*, entre otras, las que se refieren a los plazos para la presentación del recurso, los requisitos para que éste sea admitido, reglas de votación de los miembros del órgano de control, términos para emitir la sentencia, etcétera.

Para concluir con el tema sólo resta aclarar dos cuestiones:

1. *La ley o norma de aplicación general puede ser impugnada total o parcialmente.* En cualquier caso, los tres aspectos relativos a este medio de control: *acto sujeto a control, procedimiento para controlar su constitucionalidad y resolución con los efectos correspondientes a la naturaleza del acto sujeto a control*, se mantienen en sus términos, existiendo una modificación nada más en cuanto al acto sujeto a control, el cual puede ser *toda la ley o su equivalente normativo*, o bien, *una parte de ella*, lo que implica que en el primer caso, la resolución que declara la anticonstitucionalidad del acto impugnado alcanza a todo el cuerpo normativo, mientras que en el segundo, sólo a una parte de él, pudiendo aplicarse la parte no impugnada, siempre y cuando esto sea posible de acuerdo a la sentencia. ¿Qué significa esta afirmación? Significa que si la sentencia anula normas de cuya aplicación depende la de otra u otras, ésta no podrá aplicarse aun cuando no hayan sido expresamente anuladas por el órgano de control de constitucionalidad.

2. El control abstracto de las leyes puede ser aplicado *a priori* o *a posteriori*. El control *a priori* o *de oficio* --el cual ha sido expuesto en otra parte de este trabajo de investigación--, consiste en que antes de ser publicada la ley o la norma general, el órgano de control verifica su constitucionalidad sin necesidad de que alguno de los sujetos legitimados para impugnarla ejerza su derecho. Una vez que la ley ha sido aprobada, es revisada por el órgano de control, el cual puede declararla total o parcialmente anticonstitucional, decisión suficiente para que la ley o algunas de sus disposiciones no se publiquen, y por lo tanto, no entren en vigor. Es conveniente agregar que si la ley es considerada constitucionalmente válida, no podrá ser impugnada mediante el recurso correspondiente al control abstracto de las normas porque el Tribunal ya ha emitido una resolución sobre su conformidad con la Constitución del Estado, sin embargo, sí podrá cuestionarse su aplicación a casos concretos mediante los recursos relativos al control de legalidad cuando se considere que su aplicación ha sido excesiva o defectuosa. En cuanto al control *a posteriori*, éste se distingue del control *a priori* porque para ser procedente se requiere que alguno de los sujetos legitimados por la Constitución o por las normas aplicables, impugne el acto cuya constitucionalidad no puede ser verificada por el órgano de control a falta de la petición expresa de quien la pone en duda.¹²¹

Concluido el estudio del control de la constitucionalidad abstracto de normas y disposiciones generales, consideramos

¹²¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *La Teoría del Rombo...*, pp. 294 y 295.

prudente iniciar el análisis del control concreto de normas y disposiciones generales.

2.3.2 Control concreto de normas y disposiciones generales

El control concreto de normas y disposiciones generales corresponde a un supuesto distinto al del control abstracto. Mediante éste, se trata de verificar la constitucionalidad de leyes o actos que tengan la misma naturaleza que una ley, pero no en abstracto, sino en un caso concreto en el que se aplica la norma sujeta a control. Es decir que mediante un proceso contencioso en el que se pretende aplicar una ley o una disposición con fuerza de ley para resolverlo, surge la *cuestión* sobre su *constitucionalidad*, de la cual dependerá la validez de la sentencia del juez que conoce la causa.

En estas circunstancias, el proceso se suspende para que el juez *a quo* pueda enviar el caso al órgano de control, el cual juzgará exclusivamente sobre la constitucionalidad de la norma respectiva, respetando la jurisdicción y la competencia de aquél para resolver el fondo del asunto.

Los actos que están sujetos a esta especie de control son los mismos que señalamos con relación al control abstracto de las normas generales, toda vez que la diferencia fundamental entre uno y otro caso no es la naturaleza del acto cuya constitucionalidad se verificará, sino los supuestos en los que se realiza la función de control. Solamente se excluyen aquellas normas cuya constitucionalidad ha sido controlada de oficio, es decir, que ha sido

determinada antes de que la ley o la norma general haya sido publicada (control a priori).¹²²

En cuanto al *diseño y aplicación* del medio de control correspondiente al control concreto de las leyes y de las normas con fuerza de ley, tenemos lo siguiente: en virtud de que los alcances de los actos cuya constitucionalidad se controla son generales, el medio de control deberá ser estructurado con el propósito de anular esos actos con efectos también generales. Es necesario señalar que el medio adecuado para este tipo de control de la constitucionalidad de leyes o normas y disposiciones de aplicación general se denomina *cuestión de inconstitucionalidad o control concreto de normas generales* (España y Alemania respectivamente).

En cuanto a los *efectos de la sentencia que emite el órgano de control*, éstos son *generales* y tienen alcances *erga omnes*. Esto significa que si la ley en su totalidad o en alguna o algunas de sus partes es declarada anticonstitucional, no podrá volver a ser aplicada a ningún caso, sin importar que la cuestión de constitucionalidad haya surgido en un *juicio concreto*. En cuanto a esto último, tiene gran relevancia el aspecto relativo al diseño y a la estructura del medio de control, pues el objetivo, al igual que en el control abstracto, es eliminar los efectos de un acto con alcances generales, de tal suerte que el medio que se diseñe al efecto, deberá ser capaz de anularlo en definitiva.¹²³

En el caso de este medio de control, es muy importante tomar en cuenta dicha relación toda vez que los únicos sujetos legitimados

¹²² *Ibidem*, p.295.

¹²³ *Ídem*, p. 296.

para emplear este recurso son: el juez *a quo* y las partes que controvierten en el juicio concreto. Esto significa que el tribunal u órgano de control siempre actuará a instancia de un sujeto legitimado para emplear el medio de control. El juez "de oficio", es decir, por iniciativa propia envía la cuestión de constitucionalidad al órgano de control una vez que duda sobre la constitucionalidad de la ley, o bien, en cuanto una de las partes del proceso se lo solicita. En virtud de que este es un aspecto relativo al procedimiento, debe tenerse en cuenta que el origen de la cuestión de constitucionalidad que en este caso es concreto, no es el que determina los efectos de la resolución del órgano de control, porque éstos, dependen de la naturaleza del acto que será anulado.

Consecuentemente, una vez que se ha establecido adecuadamente la relación entre el acto sujeto a control y los efectos correspondientes a la naturaleza de dicho acto, puede pensarse en el procedimiento para aplicarlo. Es importante destacar al respecto que tratándose del control concreto de leyes y disposiciones con fuerza de ley, los plazos para resolver la cuestión de constitucionalidad, a diferencia del control abstracto, *deben ser breves*, toda vez que de este recurso depende la solución de la controversia.

Es importante mencionar que este recurso sólo es procedente a petición de parte, pues aunque el juez lo puede emplear por decisión propia, esto equivale a una petición expresa que hace éste al órgano de control para que conozca del asunto, razón por la cual la expresión "de oficio" no debe confundirse en este caso con el control abstracto de leyes y disposiciones generales que realiza *a priori* el órgano de control por disposición de la ley. En este caso el órgano actúa sin que nadie se lo solicite, mientras que tratándose del

control concreto, debe existir un planteamiento expreso para que ejerza la función de control. En todo caso, la sentencia tiene efectos generales, y por ende, obligatorios para todos los jueces, independientemente de que el recurso haya sido planteado con relación a un caso concreto.

Finalmente, es necesario decir que otro aspecto importante y relacionado con el procedimiento es el siguiente: una vez planteado el recurso, el juicio puede continuar siempre y cuando no se dicte sentencia hasta que el órgano de control haya resuelto la cuestión de constitucionalidad de la norma o disposición general, o bien, puede suspenderse hasta que la sentencia sobre el asunto de constitucionalidad haya sido emitida, en consecuencia, el juicio podrá continuar y detenerse en el momento de dictar la sentencia, la cual podrá emitirse hasta que sea resuelta la cuestión de constitucionalidad.¹²⁴

¹²⁴ *Idem.* p.297.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 España

3.1.1 El recurso de inconstitucionalidad

En España, el medio de control abstracto de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales se llama *recurso de inconstitucionalidad*. Este recurso se emplea para impugnar la inconstitucionalidad de leyes y actos con fuerza de ley, teniendo como objetivo genérico la preservación del principio de supremacía constitucional. En consecuencia, constituye un *control abstracto de garantía de constitucionalidad de normas con rango de ley*.¹²⁵

El estudio del recurso de inconstitucionalidad, no sólo en su aspecto sustantivo sino también en su articulación procesal, debe llevarse a cabo centrandó la atención en la regulación que de éste hace la Constitución Española y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta regulación debe ser entendida como un elemento instrumental de una jurisdicción específica, la constitucional, marcada por el órgano al que se ha encomendado en exclusiva aquella jurisdicción, configurada como una función constitucional. La relación entre el *Tribunal Constitucional* --como órgano constitucional al que la Constitución encomienda la función esencial de garantía de su propia superioridad--, la *jurisdicción*

¹²⁵ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*... p. 178. Para una mejor comprensión del control abstracto de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales véase supra, p. 111 y ss.

constitucional --entendida como el conjunto de competencias atribuidas a aquel Tribunal para hacer efectiva su función-- y el *proceso directo de inconstitucionalidad* --que instrumenta la efectividad de aquella jurisdicción--, se proyectan en una regulación procesal específica. En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad se articula sobre un proceso regido por una serie de principios que escapan de los procesales comunes, que no se pueden aplicar o si se aplican es sobre la base de no ser asumidos en la funcionalidad que les corresponde, adquiriendo significados propios. De esta manera, el proceso que deriva del recurso de inconstitucionalidad se configura como un proceso *sui generis*, absolutamente atípico, que refleja las características propias tanto del Tribunal como de la jurisdicción constitucionales.¹²⁶

Siguiendo el método de análisis propuesto para el estudio del recurso de inconstitucionalidad, consideramos conveniente iniciar con el estudio del órgano jurisdiccional que ejerce el control de la constitucionalidad de leyes y actos con fuerza de ley: el Tribunal Constitucional. Asimismo, nos referiremos a su jurisdicción (constitucional) y competencia, con la finalidad de que una vez estudiadas, prosigamos con el análisis del proceso directo de inconstitucionalidad, elemento instrumental clave para la comprensión del recurso de inconstitucionalidad, por ser éste el que articula el funcionamiento de este medio de control abstracto de la constitucionalidad, tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo.

¹²⁶ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El recurso de inconstitucionalidad: El proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid, Editorial Trivium, 1992, p. 12.

A) El Tribunal Constitucional

El sistema de control de la constitucionalidad de leyes, propio de buena parte de los ordenamientos constitucionales del continente europeo, se deriva del introducido por Kelsen en la Constitución Austriaca de 1920. Su característica esencial, frente al sistema de control de la constitucionalidad de leyes imperante en los países anglosajones, radica en la creación de un *organismo jurisdiccional especializado*, encargado de juzgar sobre la adecuación de la norma o acto de que se trate al ordenamiento constitucional,¹²⁷ y que generalmente recibe el nombre de Corte Constitucional (Austria e Italia), o bien, Tribunal Constitucional (Alemania y España).

El precedente del Tribunal Constitucional Español en la regulación constitucional actual, se encuentra en la figura similar incorporada a la Constitución de la II República con el nombre de "Tribunal de Garantías Constitucionales". El modelo básico, sin embargo, sobre el que se ha construido el ordenamiento constitucional vigente es el propio de la Constitución Italiana de 1947 y en menor medida, del regulado por el sistema constitucional alemán.¹²⁸

El Tribunal Constitucional ha sido estructurado en el texto de la Constitución Española como un órgano constitucional, configurado como un poder en relación dialéctica con los demás poderes del Estado. Esta situación rompe con el esquema tradicional tripartita de

¹²⁷ DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Tr. Eliseo Aja. Pr. Pablo Lucas Verdú. Segunda reimpresión. México, Editorial Planeta Mexicana, 1992. p. 556.

¹²⁸ *Ibidem*, p.557.

división de poderes, al erigirse este Tribunal como un *cuarto poder* añadido a la estructura estatal de distribución de competencias. Ahora bien, mientras que la Constitución no marca más que esta relación, se establece un rango jerárquico entre el Tribunal Constitucional y los demás poderes, derivado de su *jurisdicción*. Esto supone que en relación con la función de control de la constitucionalidad de las leyes, es el único órgano constitucional competente para interpretar la Constitución.¹²⁹ Lo que precede, significa que dicho órgano jurisdiccional conoce en forma *excluyente* --es decir que su jurisdicción excluye a la de todos los demás tribunales--, de las cuestiones de constitucionalidad de leyes y de actos de autoridad, por lo que su competencia se circunscribe *exclusivamente* a esta materia, quedando el control de legalidad fuera de su alcance y a cargo de la jurisdicción ordinaria.¹³⁰

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Español es el órgano facultado por la Constitución para ejercer funciones de control de la constitucionalidad, destacando el hecho de que el mismo no pertenece al Poder Judicial de España no obstante ser un órgano jurisdiccional, debido a que su organización y funcionamiento son distintos a los de los tribunales de justicia ordinaria.¹³¹

Lo anterior, demuestra la existencia en España de un *sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de carácter concentrado*. Esto es así ya que el mismo texto de la Constitución es el que define al Tribunal Constitucional como *último garante del control de la constitucionalidad*, excluyéndose con ello a los tribunales ordinarios del ejercicio de este tipo de control. Este rasgo

¹²⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit, pp. 12 y 13.

¹³⁰ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, pp.174 y 175.

¹³¹ *Ibidem*.

característico diferencia a este sistema de *aquel de control difuso de la constitucionalidad de leyes*, propio de los sistemas anglosajones como veremos en su oportunidad.

a) Integración.- El Tribunal Constitucional se compone de *doce miembros* designados todos por el rey, propuestos en las siguientes proporciones y por los siguientes órganos:

- Cuatro miembros por el Congreso, por mayoría de tres quintas partes de votos;
- Cuatro miembros más propuestos por el Senado con idéntica mayoría calificada;
- Dos más aprobados por el Gobierno; y
- Los dos últimos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de este poder).¹³²

¹³² Es importante señalar que la *naturaleza jurisdiccional* del Tribunal Constitucional no depende del *método de designación política de sus miembros*, pues al ser éstos plurales y de muy diversos significados, no influye en la jurisdicción especial propia de este órgano. La designación de sus miembros no es necesariamente el rasgo que confiere las notas de *independencia y judicialidad* a este Tribunal, ya que ni su judicialidad se desprende de la del Poder Judicial – al no pertenecer el Tribunal Constitucional a este último–, ni su hipotética naturaleza política se deduce de su método de designación de miembros, sino que una y otra encuentran su referencia directa en la regulación que de su función y actividad hacen tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Con esta regulación se opta por configurar estos órganos con un *carácter* (no naturaleza) *decididamente político* en cuanto a su procedencia. Este panorama, sin embargo, no se muestra como una sinrazón, pues el carácter político del Tribunal Constitucional parece tener una estrecha conexión con la función que tiene encomendada: *garantizar la supremacía de la Constitución*. El carácter político del Tribunal Constitucional es evidente desde el momento en que se supone que la actividad enjuiciadora de este órgano jurisdiccional tiene un parámetro inequívoco: la Constitución. No es de extrañar, por ello, que la labor de interpretación constitucional se encomiende a un órgano cuya composición se vincula abiertamente a los órganos constitucionales de mayor significación política: el Parlamento y el Gobierno. Es incuestionable que buena parte de los conflictos que se suscitan ante el Tribunal Constitucional son conflictos directamente políticos, sobre todo en los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencias, de lo cual deriva el contenido político de dichos procesos constitucionales. De ahí resulta que de la naturaleza política del conflicto constitucional --que ciertamente no sólo puede darse sino que se da de hecho-- *no se deduce la naturaleza política del Tribunal Constitucional*, toda vez que, precisamente, la finalidad específica de esta jurisdicción especial (jurisdicción

Al respecto, cabe mencionar que los integrantes del Tribunal Constitucional, denominados Magistrados, no pueden ser destituidos, ni suspendidos, sino por alguna de las causas que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece. Además, debemos decir que este órgano jurisdiccional cuenta con un presidente nombrado por el rey a propuesta del propio Tribunal para un periodo de tres años, el cual ejerce funciones administrativas internas y ostenta la representación jurídica de ese órgano.¹³³

b) Jurisdicción y competencia.- El Tribunal Constitucional tiene una competencia conferida por la Constitución Española de 1978 y por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, por lo que la función de control de constitucionalidad la realiza este órgano sólo en los casos en los que dichos ordenamientos lo facultan al efecto. La Constitución Española establece al respecto en su artículo 161.1, inciso a) que "el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley", agregando que: "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango

constitucional). es *juridificar* este tipo de conflictos constitucionales, superándolos sobre la base de su resolución a través de criterios jurídicos. En consecuencia, ni el método de designación de los miembros del Tribunal Constitucional ni las especiales características de la función que le atribuye la Constitución, desvirtúan la naturaleza de órgano jurisdiccional que tiene este Tribunal. Esto es así porque se existe una conexión clara entre una función constitucionalmente delimitada, atribuida en exclusiva a un órgano concreto que podría configurarse con suficientes elementos de independencia respecto de los órganos que designan a sus miembros, sean el legislativo (Cámaras), el ejecutivo (Gobierno) o el judicial (Consejo General del Poder Judicial), y, sobre todo, las competencias que integran aquella función, configurada como judicialización de la garantía de un sistema constitucional, que se actúan a través de procedimientos estrictamente judiciales articulados sobre el esquema pretensión- satisfacción que constituye la estructura básica de todo proceso. GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit., pp. 49, 50, 52 y 53.

¹³³ COVIAN ANDRADE. Miguel. *El control de la constitucionalidad...* p. 174.

de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.”

Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 2.1, inciso a), pormenoriza la competencia de este órgano en materia de control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales, estableciendo que “el Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta ley determina, del recuso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley”. Además, en el inciso a) del artículo 10 se agrega que el Pleno está facultado para conocer de los recursos de inconstitucionalidad y de las cuestiones de inconstitucionalidad.¹³⁴

Como puede observarse, al Tribunal Constitucional, como *órgano de jurisdicción especial* (jurisdicción constitucional),¹³⁵ se le

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 175 y 176.

¹³⁵ El concepto de *jurisdicción*, aparece vinculado con el concepto de *función*, toda vez que la jurisdicción se define como la *función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones*. Esto implica la conexión indisoluble entre *jurisdicción* como función estatal, el *órgano* o los *órganos jurisdiccionales* a los que se les encomienda la potestad que implica la función y el *proceso* como institución jurídica de actualización de aquella función. De la vinculación de la jurisdicción de la función política de satisfacción de pretensiones, comparándolas, normalmente, con normas jurídicas, se deduce la situación de superioridad jerárquica que tienen en el proceso los órganos jurisdiccionales como encargados de la función pública. En este orden de ideas, la **jurisdicción constitucional** se configura como una función estatal por la que el poder político satisface unas determinadas pretensiones a través de un proceso específico. Evidentemente, dicha jurisdicción se estructura en torno a una función constitucionalmente configurada que conlleva una serie determinada de competencias atribuidas a un órgano concreto, sea del Poder Judicial ordinario, sea un órgano creado *ad hoc* (Tribunal Constitucional Español), se traduce sin duda en la misma situación de superioridad jerárquica del órgano encargado de la jurisdicción constitucional, cuando la misma actúa en los diversos procesos constitucionales, y ello aunque las partes procesales --activa y pasiva-- de casi todos los procesos constitucionales --y muy concretamente de los de inconstitucionalidad--, sean también órganos constitucionales, ya que su situación de preeminencia en el proceso deriva exclusivamente de la jurisdicción, es decir, de la función estatal concreta que tiene atribuida constitucionalmente. GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit, pp. 18 y 19.

atribuye su función sobre un modelo de *jurisdicción concentrada*, en virtud de la cual tiene la exclusividad de la función de control de la constitucionalidad de las leyes.¹³⁶ La concentración de la jurisdicción constitucional, supone sin duda, la afirmación de la situación privilegiada de la ley frente a las demás normas jurídicas, ya que, respecto de aquélla, debe presumirse su constitucionalidad, imponiéndose siempre la norma legal respecto de los órganos jurisdiccionales ordinarios, que se ven incapacitados, de manera directa, para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. La *seguridad jurídica*, elemento clave del esquema jurídico de Kelsen y, por ende, del entorno europeo, es uno de los elementos fundamentales llamados a justificar el esquema de la "jurisdicción concentrada" en oposición a la posibilidad que ofrece la *jurisdicción constitucional difusa norteamericana* de resoluciones judiciales contradictorias acerca de la constitucionalidad de una misma norma. La razón es que, tal y como veremos en apartados posteriores, el "valor vinculante" del *precedente judicial* del sistema norteamericano --que culmina en los precedentes de la Suprema Corte--, no se considera suficiente garantía de seguridad en un sistema como el europeo continental¹³⁷ debido las características estructurales y funcionales propias de este sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad.

¹³⁶ La definición de un orden constitucional atribuido en virtud del sistema de Jurisdicción concentrada a un órgano único, hace que no se plantee en el proceso constitucional el problema de la competencia del Tribunal Constitucional, toda vez que las atribuciones y funciones que integran aquella jurisdicción no pueden ser desempeñadas en todo el territorio español mas que por dicho Tribunal. Los artículos 161.1 de la Constitución Española ("El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio nacional") y 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ("Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional"), impiden el planteamiento de cualquier conflicto de competencia, sea por motivos jerárquicos o territoriales, con cualquier otro órgano jurisdiccional, que en ningún caso tendrá competencia en esta jurisdicción. *Ibidem*, p. 56.

¹³⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit, pp. 23 y 24.

Es importante mencionar que además de existir en España una jurisdicción concentrada --al igual que en la mayoría de los Estados europeos--, dicha jurisdicción es articulada con un *carácter abstracto*. Esta característica aparece en la Constitución Austriaca de 1920, al articular un Tribunal Constitucional cuya función consistente en el contraste entre la norma constitucional y la legal, se lleva a cabo sobre la base de un *recurso concreto directamente interpuesto contra la norma legal de cuya constitucionalidad se duda*. Esta norma se convierte así, de *manera directa y no incidental* --como en el caso del modelo norteamericano--, en el *objeto mismo* del recurso en cuestión. Evidentemente, la estructuración del control de la constitucionalidad como abstracto tiene una importante consecuencia en la *legitimación activa* para interponer el recurso, que al no quedar vinculada de ningún modo a un proceso principal, respecto del que sería incidental (caso de jurisdicción concreta y de la cuestión de constitucionalidad como más adelante veremos), permite una amplia libertad en su configuración, constitucional y legislativamente, libertad que supone normalmente no sólo la amplitud de los sujetos legitimados, sino también la posible consideración institucional de los mismos.¹³⁸

En consecuencia, podemos concluir que la jurisdicción constitucional se estructura en España siguiendo el modelo europeo --y muy concretamente los articulados en la Constitución Alemana y en la Constitución Italiana de 1947--, sobre la base de atribuir a un órgano constitucional, el Tribunal Constitucional, una función estricta y específicamente delimitada por su instrumentación en el esquema constitucional: la salvaguarda del sistema sociopolítico y jurídico definido por la Constitución, lo que se articula en torno a una función

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

estructurada jurisdiccionalmente, desde el momento en que la actividad de estos tribunales se centra en el examen y dictamen acerca de la conformidad o disconformidad de una ley, norma o acto con fuerza de ley respecto del ordenamiento constitucional. De esta manera, la función del Tribunal Constitucional se circunscribe a una función esencialmente interpretativa de la Constitución, sin posibilidad de absorber o avocar funciones propias de otros ámbitos jurisdiccionales. Esto da como resultado que el modelo adoptado por la Constitución configure a la *jurisdicción constitucional* como *concentrada* y *abstracta* desde el momento en el que el Tribunal Constitucional se define como único en su orden (Art. 1. 2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) con *competencia exclusiva* en su jurisdicción, y articulándose el "recurso de inconstitucionalidad" como llave del *proceso directo* contra las normas de rango legal (Art. 161. 1, inciso a) de la Constitución Española y 2.1, inciso a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).¹³⁹

Por tal motivo, la configuración de una jurisdicción específicamente constitucional establecida en la Constitución Española, resulta de la atribución a un órgano concreto --en este caso el Tribunal Constitucional--, del conocimiento de las pretensiones fundadas en una normatividad constitucional que configura la competencia exclusiva de dicho Tribunal respecto de aquellas pretensiones. De la posición que la Constitución confiere a este Tribunal, articulado como un órgano constitucional independiente y al margen de los demás órganos constitucionales, y muy específicamente del Poder Judicial, tanto en su actuación como

¹³⁹ Ídem. p.27 y 29.

integración, se deduce la configuración de su jurisdicción como especial.¹⁴⁰

La jurisdicción se configura entonces como un requisito de cualquier proceso constitucional cuya falta impide al Tribunal entrar en el examen del fondo de la pretensión, ya que, de hacerse, tendrían que considerarse inválidas todas las actuaciones procesales que no sean las encaminadas a proclamar por parte del Tribunal, su falta de jurisdicción. Además, la jurisdicción como requisito o presupuesto procesal imprescindible para que un órgano jurisdiccional pueda sentenciar una determinada causa, implica la posibilidad de su consideración, *de oficio* o *a instancia de parte*, por el mismo órgano jurisdiccional. Así lo establece el artículo 4.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor este Tribunal apreciará "su falta de jurisdicción o competencia."¹⁴¹

B) Proceso directo de inconstitucionalidad

El proceso directo de inconstitucionalidad, propio del recurso de inconstitucionalidad, se estructura como un proceso marcado por un doble significado que condiciona su regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En primer lugar, es un *proceso con un alto contenido político* que deriva directamente del carácter político que tiene la función de protección de un orden sociopolítico constitucionalmente configurado; esto deriva en buena parte de la norma de contraste, es decir, de la Constitución, además de reflejarse en la propia naturaleza del Tribunal Constitucional que se proyecta directamente en el *objeto material del proceso* y en la

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 55 y 56.

¹⁴¹ Ibidem, p. 56.

configuración de los *sujetos* que intervienen en el mismo, e incluso en el tratamiento procesal del *fallo constitucional*.¹⁴²

En segundo lugar, es un proceso marcado en todas sus fases, actos y requisitos, por estar presidido de un *interés público objetivo* que prima sobre cualquier otro que pudiera existir y que condiciona de manera sustancial la actividad procesal tanto del Tribunal Constitucional como de los órganos personados en el proceso.¹⁴³

En este orden de ideas, el recurso de inconstitucionalidad se articula sobre un proceso regido por una serie de principios que escapan de los procesales comunes, por lo que el proceso que deriva del recurso de inconstitucionalidad se configura como un proceso *sui generis*, absolutamente atípico, que refleja las características propias de una jurisdicción especial: la constitucional.

El artículo 161.1, inciso a) de la Constitución atribuye a la jurisdicción constitucional el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad, en torno al cual la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha articulado un proceso específico (arts. 31 a 34)

¹⁴² GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit. pp.13 y 14. Es importante mencionar que el concepto técnico del proceso se ha articulado sobre la base del encadenamiento de actos procesales tendientes a lograr la satisfacción que deriva de una pretensión inicial, siendo la dualidad elemental *pretensión – satisfacción* el eje esencial del proceso. Por esta razón, no es más que un instrumento de satisfacción de pretensiones jurídicas en la que se integran los tres elementos constitutivos: los sujetos, el objeto, y la actividad múltiple que supone la satisfacción de la pretensión. En este sentido, la configuración de un *proceso constitucional* hace suponer que atendiendo a los elementos anteriormente citados, puede definirse éste puede definirse como un instrumento jurídico vinculado a la aplicación de una normatividad concreta: la constitucional. La Constitución Española ha optado por configurar un órgano jurisdiccional específico ante el cual se actúan las pretensiones fundadas en las normas del ordenamiento constitucional, de tal manera que es la existencia de un órgano jurisdiccional concreto (Tribunal Constitucional) , al que se le atribuye competencias en unas materias concretas, lo que determina la naturaleza y características propias del proceso constitucional.

¹⁴³ *ibidem*, p.15.

caracterizado por responder a los principios de *control reparador* y *abstracto*¹⁴⁴ de la constitucionalidad de la norma con rango de ley recurrida. Dicho recurso, que abre un proceso directamente dirigido a la resolución de la impugnación de una norma legal (proceso directo de inconstitucionalidad), responde de manera inmediata a su configuración como *garantía jurisdiccional de la Constitución*.¹⁴⁵

a) Objeto del proceso de inconstitucionalidad.- Desde el momento en que el proceso constitucional tiene la naturaleza propia de cualquier proceso --institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión--, esa pretensión procesal constituye el objeto del proceso constitucional, ya que la actividad procesal de todos los sujetos que intervienen se centra básicamente en dicha pretensión, es decir, en la reclamación que una parte realiza ante un órgano jurisdiccional frente a otra parte.

La *pretensión procesal constitucional*, está integrada por tres elementos: en primer lugar, la declaración de voluntad de la parte legitimada activamente dirigida a pedir una satisfacción jurídica a la pretensión aducida; en segundo lugar, la pretensión procesal constitucional tiene que dirigirse al Tribunal Constitucional, órgano que encarna la jurisdicción exclusiva sobre estas pretensiones; en tercer lugar, el fundamento de la pretensión constitucional se encuentra en las normas constitucionales de manera que la petición que se hace al Tribunal Constitucional, que es propiamente la pretensión procesal, se apoya en la pretendida coincidencia de lo

¹⁴⁴ El *control reparador* y *abstracto* es aquel que tiene causa únicamente en la presunta inconstitucionalidad de las normas y que tiene lugar una vez vigente la norma en cuestión, por lo que la sentencia constitucional no puede más que reparar, a través de la declaración de nulidad de aquella, el ordenamiento constitucional quebrantado por la existencia de dicha norma.

¹⁴⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit. pp.45 y 46.

reclamado con el ordenamiento constitucional, y que es lo que le da significación jurídica a la pretensión. En consecuencia, dicha pretensión es estrictamente el objeto del proceso sobre el que recaen las actividades procesales tanto de los actores como del órgano jurisdiccional, que adquieren una significación teleológica en orden a su satisfacción jurídica.¹⁴⁶

La *pretensión procesal de inconstitucionalidad*, por su parte, consiste en una solicitud dirigida al Tribunal Constitucional de *declaración de la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley*, lo que la califica como una *pretensión declarativa*, al ser una manifestación de este tipo lo que se pretende del Tribunal. Cabe señalar que la pretensión procesal de inconstitucionalidad lleva aparejada junto “a lo que se pida” (art. 85 LOTC), es decir, la declaración de inconstitucionalidad, los *fundamentos de derecho* en que se basa tal solicitud, esto es “el precepto constitucional que se entiende infringido” (art. 33 LOTC).¹⁴⁷

Ahora bien, los *procesos de inconstitucionalidad*, en cualquiera de sus vías procesales (recurso de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad), son procesos arbitrados no en interés de una parte, pues su objetivo es *garantizar la primacía de la Constitución*, lo que, combinándolo con el *carácter público de los sujetos legitimados*, plantea una especial relación de intereses entre el sujeto accionante y el objeto del proceso (interés público objetivo). Esto se traduce necesariamente en diversos aspectos procesales que aíslan claramente al proceso constitucional de los de otros órdenes jurisdiccionales y, precisamente, una de las materias procesales

¹⁴⁶ Ibidem, pp. 72 y 73.

¹⁴⁷ Idem, pp. 73 y 74.

afectadas es aquella vinculación rigurosa de la sentencia. La primacía del *interés público* en el proceso de inconstitucionalidad faculta al Tribunal Constitucional a ampliar el contenido de su fallo respecto de la pretensión objeto del recurso. Por este motivo, de conformidad con el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la sentencia declarativa de inconstitucionalidad declarará la nulidad de los preceptos impugnados, así como la de aquellos otros de la misma ley o norma con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.¹⁴⁸

En este sentido, existe la *posibilidad de extensión de la inconstitucionalidad de los artículos conexos con los contenidos en la pretensión*, cuya finalidad no es otra que dejar fuera la posibilidad de sentencias inconstitucionales incongruentes. Además, se reconoce la capacidad del Tribunal Constitucional para *ampliar la fundamentación de la pretensión procesal*, ya que en el artículo 39.2 de su Ley Orgánica, se faculta a este Tribunal para fundar "la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso", dándose audiencia a las partes en ambos supuestos.¹⁴⁹

Considerando que el objeto del proceso constitucional es la pretensión procesal que contiene la solicitud al Tribunal Constitucional para que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o de algunos de sus preceptos, esa petición centra la actividad del tribunal en un *juicio de constitucionalidad*.¹⁵⁰ De esta

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 74.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

¹⁵⁰ El juicio de constitucionalidad implica la verificación por parte del Tribunal Constitucional de la conformidad o disconformidad de una ley con la Constitución (art. 28 L.O.T.C.).

manera, la cuestionada inconstitucionalidad¹⁵¹ de la norma recurrida se convierte en *requisito procesal de admisibilidad* del recurso de inconstitucionalidad¹⁵² y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con la decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.¹⁵³

En este orden de ideas, si la pretensión procesal constitucional supone la solicitud de un actor procesal ante un órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional), para que éste actúe frente a otro sujeto procesal en orden a la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas, es evidente que la determinación de qué normas pueden ser objeto de dicha declaración se convierte en el elemento inseparable de la pretensión en los procesos de inconstitucionalidad.

¹⁵¹ La inconstitucionalidad como disconformidad de la ley con la Constitución se entiende en sus dos vertientes de inconstitucionalidad *formal* y *material*. La primera implica la contradicción entre la norma legal y los requisitos procedimentales regulados en la norma constitucional, con independencia del contenido material de su regulación, se entiende que afectan a la misma validez del producto normativo hecho en tales condiciones. La inconstitucionalidad *material* supone la inadecuación de la norma recurrida con la norma constitucional, inadecuación referida al o a los preceptos constitucionales concretos que se entienden infringidos, por lo que se delimita la actividad del órgano controlante a la confrontación de dos normas jurídicas, legal y constitucional, situadas en planos jerárquicos diferentes, en una labor estricta de interpretación y aplicación de la Constitución. GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit., pp. 76 a 79.

¹⁵² El señalamiento de la norma o las normas consideradas como inconstitucionales es un requisito procesal necesario para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad. Es importante mencionar que sólo pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad las *leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley* de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que son propiamente los que definen el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional respecto de los Tribunales ordinarios, siendo el mismo artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que plantea como exigencia la concreción de la norma impugnada como requisito objetivo del recurso. Debe tomarse en cuenta que junto a este requisito objetivo, resulta necesaria la precisión del precepto constitucional que se considera infringido por la norma recurrida, pues siendo la pretensión del proceso la declaración de inconstitucionalidad de una norma, no cabe duda que la conexión de la norma impugnada con el precepto constitucional invocado trae como consecuencia la determinación de los *motivos de inconstitucionalidad*, que son propiamente los que sustentan la pretensión procesal en los juicios de constitucionalidad. *Ibidem*, p. 163.

¹⁵³ *Idem*, p. 76.

En el *recurso de inconstitucionalidad*, sólo pueden ser impugnados mediante *vía de acción*¹⁵⁴ ciertas normas y textos legales. Los artículos 161.1, inciso a) y 163 de la Constitución Española, aunados al 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que los concreta, definen las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, es decir, de ser objeto de la pretensión en relación directa con la jurisdicción que se atribuye al Tribunal Constitucional. Los seis apartados en los que se recogen las normas que pueden ser objeto de control de constitucionalidad, tienen un elemento común definido en los preceptos constitucionales: son *normas con rango de ley*, y este elemento es el que delimita el ámbito de la jurisdicción del Tribunal y su competencia.¹⁵⁵

Debido a la existencia en el sistema jurídico español de dos ordenamientos jurídicos, estatal y autonómico, derivados de la estructura territorial autonómica que adopta el Estado español, así como de los distintos sujetos que tienen atribuida la potestad normativa en ambos ordenamientos, las normas con rango de ley susceptibles de ser sujetas a control de constitucionalidad mediante recurso de inconstitucionalidad son las siguientes:

- *Leyes en sentido formal*, es decir, aquéllas que provienen de las Cortes Generales y que son creadas a través del procedimiento legislativo específico, al efecto *leyes orgánicas*

¹⁵⁴La vía de acción, principal o directa, es la opción legalmente prevista para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes o actos con fuerza de ley. Este recurso puede promoverse a partir de la publicación de las disposiciones estimadas inconstitucionales y están legitimados para ejercerlo los órganos y las personas jurídicas señalados en el artículo 162 constitucional y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad*.... pp. 179 y 180.

¹⁵⁵GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit, pp.79 y 80.

y *estatutos de autonomía*¹⁵⁶, así como *disposiciones normativas con fuerza de ley*, todas ellas de orden estatal, de conformidad con lo establecido por el artículo 163 constitucional.

- *Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas*, producto de las Asambleas Legislativas de dichas comunidades, de conformidad con el artículo 27.2, inciso e) de la LOTC, cuya facultad se rige bajo el principio de autonomía de las mismas y de la potestad derivada de una norma de habilitación de los Estatutos de Autonomía, aprobados como leyes orgánicas por las Cortes, que delimitan las condiciones de habilitación, habilitación general y restringida en cuanto a la materia, es decir, en un determinado reparto competencial, y en cuanto al ámbito territorial en que extienden su eficacia, esto es, limitada estrictamente al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.¹⁵⁷
- *Normas legales de conexión entre el ordenamiento estatal y el autonómico* elaboradas y aprobadas por las Cortes Generales,

¹⁵⁶ Los estatutos de autonomía en un Estado autonómico como España, si bien es cierto definen el ámbito competencial de los ordenamientos autonómicos, son considerados *normas jurídicas estatales*, aun cuando en el procedimiento de su elaboración pueda estar prevista la intervención, en mayor o menor medida, de las Comunidades Autónomas.

¹⁵⁷ Las normas emanadas de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, en desarrollo de su potestad legislativa, tienen el rango de ley, igual que el de las leyes estatales, de las que difieren sólo por un principio de competencia y su ámbito de aplicación. La idéntica naturaleza de las leyes estatal y autonómica, integrantes de los dos ordenamientos jurídicos que se estructuran constitucionalmente como consecuencia de la consagración del principio autonómico, plantea una relación entre aquellas normas que no puede sustentarse en una diferencia jerárquica, que no existe, sino en la relación competencial, tanto *material* como *territorial*, entre ambos ordenamientos. GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit. p. 85.

y que son: *Estatutos de autonomía*¹⁵⁸, *leyes orgánicas de transferencia* de facultades legislativas o ejecutivas, correspondientes a materias de titularidad estatal susceptibles de transferencia; *leyes marco*, es decir, leyes estatales que habilitan a una o varias Comunidades Autónomas a legislar en materias de competencia estatal en el marco de los principios, bases y directrices que dichas leyes establecen, y que operan como técnicas de ampliación del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas respecto de materias no incluidas en los Estatutos, actuando a la par como norma habilitante; *leyes de armonización*, a través de las cuales el Estado puede establecer los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas cuando así lo exija el interés general¹⁵⁹; y las *leyes de bases*, normas estatales que operan sobre competencias compartidas condicionando el desarrollo de las que corresponden a las Comunidades Autónomas a la regulación contenida en la norma estatal.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Los Estatutos de Autonomía comparten una doble naturaleza como norma del ordenamiento estatal y cabeza del ordenamiento autonómico específico. norma de habilitación genérica de una potestad legislativa que las Cortes Generales, único órgano constitucional que tiene en principio atribuida tal potestad, delegan en las Comunidades Autónomas, en el contexto especificado por el Estatuto en cuestión. El carácter de ley estatal y de ley orgánica que tienen los Estatutos, los convierten en objeto posible de control de constitucionalidad. *Ibidem*, pp. 87 y 88.

¹⁵⁹ Hay que tener en cuenta que las leyes de armonización tienen un significado eminentemente restrictivo no de las competencias normativas sino de su ejercicio, y que por ello tiene que considerarse como una técnica excepcional. Este carácter excepcional se pone de manifiesto en el requisito que justifica este tipo de norma (que lo exija el interés nacional). La técnica de las leyes de armonización sólo es aplicable a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa, o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general. GARCÍA MARTÍNEZ, *Op. cit.* p. 90.

¹⁶⁰ El artículo 149.1 de la Constitución contiene una larga relación de materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, si bien a lo largo de sus 32 apartados queda claro que lo que se recoge en este precepto son una serie de *materias exclusivas* del Estado junto con

- *Normas gubernamentales con rango de ley*, supuesto en el que encuadran los *decretos legislativos*, que suponen la delegación legislativa de las Cortes Generales en el Gobierno que amplía el poder normativo del ejecutivo, sin que ello suponga una concesión o dejación de plenos poderes legislativos por parte del Parlamento, ya que la delegación legislativa se limita a un requerimiento a la Administración para que emplee su poder normativo en el caso singular que se le propone, con los límites que se le señalan y con la característica de que la norma proveniente del ejecutivo en virtud de delegación legislativa tiene el mismo rango jerárquico que una ley elaborada por las Cortes. Un segundo supuesto de normas gubernamentales con rango de ley es el de la llamada “legislación de urgencia”, concretamente los *decretos-leyes*, que presentan un supuesto totalmente atípico y de significado muy distinto al de los decretos legislativos. El decreto – ley, norma procedente del Gobierno, supone que el ejecutivo se apropia de una facultad legislativa, que en principio le es extraña y dicta por razones de *extraordinaria y urgente necesidad* y con los límites materiales que especifica

otras *compartidas*, respecto de las que varía enormemente el nivel de asunción de la competencia por parte de la Comunidad Autónoma. La existencia de una serie de materias respecto de las que el Estado se reserva la *legislación básica* o las *bases* del régimen jurídico a desarrollar por las Comunidades Autónomas en sus específicas normas jurídicas, ha dado lugar a la figura normativa de las *leyes de bases*. Producto de esta situación, las Comunidades Autónomas deben legislar en materias de su competencia respetando las *leyes de bases*, existiendo no obstante, la posibilidad de que la Comunidad Autónoma establezca su propia regulación respetando las bases que pudieran inferirse de la legislación vigente cuando el Estado no ha promulgado todavía su propia ley de bases. Es importante aclarar que las llamadas “leyes de bases” no definen competencias, sino que operan como *mecanismos de actualización de competencias* cuya titularidad (que en ningún caso otorga la ley básica), viene atribuida genéricamente en la Constitución y específicamente en el respectivo Estatuto de Autonomía, leyes orgánicas de transferencia o leyes marco. *Ibidem*, pp. 92 a 95 y 139.

el artículo 86.1 de la Constitución Española, una norma que desde su publicación tiene el rango jurídico de ley formal. Esta norma legal, que produce desde su publicación los efectos jurídicos que le son propios, tiene sin embargo su vigencia definitiva condicionada por una actuación posterior del órgano legislativo, y es precisamente en la articulación que el artículo 86 de la Constitución hace desde esa actuación donde se plantean las cuestiones centrales del decreto- ley. En este orden de ideas, el decreto-ley se presenta como una *disposición legislativa provisional* sujeta a la posterior aprobación o derogación por parte del Congreso de los Diputados, a partir de treinta días después de su publicación o a su posterior tramitación y eventual aprobación como ley por parte del Parlamento.¹⁶¹

- *Tratados internacionales*, que incorporados al ordenamiento interno a raíz de su publicación, forman parte de las normas que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional, pues ello supone su configuración inequívoca como normas de rango legal.¹⁶² Es importante mencionar que respecto a la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales realizada por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido por el

¹⁶¹ La naturaleza del decreto-ley no es otra que la de *norma con fuerza de ley*, por lo que, a partir de su publicación, se convierte en objeto de control de constitucionalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la LOTC, con independencia de su convalidación o derogación posterior, o de su tramitación y eventual aprobación como ley, entrando en el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Constitucional. Ídem. pp. 104 y 105.

¹⁶² La naturaleza jurídica específica que tienen los tratados internacionales en cuanto textos consentidos o autorizados por las Cortes Generales, cualesquiera que sea su denominación o la forma prevista constitucionalmente a través de la que las Cortes Generales manifiestan su autorización para la celebración del tratado, y en especial, su incorporación de estos tratados al ordenamiento interno español a través de su publicación, permiten considerarlos como "normas de rango legal", y por ende, objeto de control de constitucionalidad. GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit. pp.118 y 119.

artículo 95 de la Constitución Española, sobresale el hecho de que la competencia del Tribunal pueda llevarse a cabo no sólo a través de un proceso constitucional (control a posteriori o reparador), sino también mediante un simple requerimiento solicitado por quien tiene legitimidad para ello (el Gobierno y cada una de las Cámaras legislativas) que impele a dicho Tribunal Constitucional a emitir una *declaración vinculante, sin ninguna actividad procesal*, dada, evidentemente, la especial naturaleza del objeto del requerimiento: el tratado internacional. Por tal motivo, el control de constitucionalidad de los tratados a través de la *consulta al Tribunal Constitucional* regulada en el artículo 95 de la Constitución, se configura como un *control previo*¹⁶³ a la celebración del tratado (art.95.1: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”), cuyo aspecto más interesante es la naturaleza de la declaración en que culmina el requerimiento al Tribunal Constitucional, misma que tiene un carácter vinculante que revierte evidentemente en la sujeción a la misma de los dos sujetos intervinientes en la celebración del tratado: las Cámaras y el Gobierno. En este orden de ideas, la declaración del Tribunal sobre la inconstitucionalidad de las estipulaciones de un tratado internacional obliga a las Cámaras a la paralización de su tramitación, que sólo podrá llevarse a cabo previa revisión constitucional, mientras que respecto del Gobierno supondrá su obligación (con

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 37 y 38. Es importante mencionar que el **control preventivo** es aquél que tiene lugar antes de que la norma tenga vigencia, con lo que la pureza del orden constitucional queda incólume desde el momento en que la norma legal tachada de inconstitucionalidad retrasa su entrada en vigor en tanto no sea interpretada por el órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad.

independencia de la paralización de la negociación), o de negociar las cláusulas no constitucionales o de reservarlas. En cualquier caso, la declaración no recae sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad real sino sobre la *virtual inconstitucionalidad de una serie de hechos o actos prenormativos*.¹⁶⁴

Cabe mencionar que junto a la existencia de la vía de consulta al Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tratados aún no celebrados (control preventivo o previo), se abre la vía del recurso de inconstitucionalidad respecto de los ya vigentes en virtud del artículo 161, inciso a) de la Constitución y 27.2, inciso c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que incluyen un *control a posteriori o reparador de la constitucionalidad de tratados internacionales*, atendiendo al régimen de los procesos de inconstitucionalidad (incluida la cuestión de inconstitucionalidad), dada la condición de derecho interno de los tratados internacionales a partir de su publicación oficial en España.¹⁶⁵

Es importante destacar que dentro del bloque de normas con rango de ley susceptibles de control de constitucionalidad, los *reglamentos* no pueden ser considerados como tales ni mucho menos como objeto de control abstracto de constitucionalidad vía recurso de inconstitucionalidad, debido a que la potestad reglamentaria correspondiente al Gobierno debe ser ejercida de acuerdo con lo establecido en la Constitución y, específicamente, con lo establecido en las leyes derivadas de su texto. Lo anterior significa

¹⁶⁴ Idem, p. 120.

¹⁶⁵ Ibidem.

que todo reglamento depende de una ley que habilita al Gobierno para el ejercicio de esa facultad, lo que sitúa a los reglamentos en un rango jerárquico de inferioridad, esto es, en el "bloque normativo de legalidad", motivo por el cual sólo pueden ser objeto de *control de legalidad*. En consecuencia, dicha potestad reglamentaria es considerada como límite material de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, lo cual, coloca decididamente a los *reglamentos* al margen de las normas objeto de control de constitucionalidad, pues su control se configura en virtud del sometimiento directo de dichos reglamentos a las leyes y, en consecuencia, es encomendado a los únicos tribunales competentes, los *tribunales de legalidad o de jurisdicción ordinaria*.

Lo anterior demuestra que si bien existe una situación jerárquica del reglamento respecto de la ley, en caso de sobrepasar el reglamento la habilitación concedida por dicha ley, es decir, si el exceso de la remisión al reglamento se encuentra en la misma ley habilitadora, debemos considerar que es ésta la que incurre en vicio de inconstitucionalidad y, consecuentemente, deberá ser considerada objeto de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, bien a través del recurso de inconstitucionalidad (proceso directo de inconstitucionalidad), si estuviere en plazo, o bien, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, más no el reglamento derivado de ella, por formar parte este último del mencionado bloque de legalidad.¹⁶⁶

b) La legitimación activa y su carácter institucional.- La legitimación activa, como aptitud de ser parte en un proceso concreto, es la concreción del ejercicio del derecho a la jurisdicción.

¹⁶⁶ ídem, pp. 126 a 130.

En España, mientras que el derecho a la jurisdicción ordinaria está configurado por la Constitución como un derecho fundamental, atribuible en abstracto a cualquier persona física o jurídica, el derecho a la jurisdicción constitucional, concretamente cuando su objeto sea la *declaración de inconstitucionalidad*, aparece constitucionalmente reservado a ciertos *órganos públicos, estatales o autonómicos*, excluyendo de tal derecho a los ciudadanos. Por este motivo, la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad se configura como un presupuesto procesal de orden público determinante del derecho a la jurisdicción constitucional que vincula a este derecho abstracto con la pretensión procesal específica: la declaración de inconstitucionalidad de determinadas normas con rango de ley.¹⁶⁷

Es importante tener en cuenta que la conexión entre el titular de la acción procesal concreta y el posible objeto de la misma en el recurso de inconstitucionalidad puede ser planteada por el ordenamiento con distinto alcance, lo que supone una legitimación activa más o menos amplia, configuración que, referida específicamente a la legitimación activa en el proceso directo de inconstitucionalidad, se plantea en función de la naturaleza de las normas jurídicas que pretenden someterse a control de constitucionalidad. De las posibles opciones para configurar la legitimación activa, la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han optado inequívocamente por una *legitimación institucional*, al ser los legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad *órganos o fracciones de órganos públicos*, sean *estatales o autonómicos*, quedando con ello excluidas las personas físicas y jurídicas. La relación de los sujetos legitimados activamente

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

en un numeral de cláusulas, taxativo y riguroso, además de dejar sin derecho a accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares, sustrae igualmente a cualquiera de las instancias públicas no incluidas en la relación específica establecida en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la interposición del recurso de inconstitucionalidad viene determinada por el cometido constitucional del órgano legitimado, integrándose en el conjunto de competencias que le corresponden, y siendo en consecuencia la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad *el interés general y la supremacía de la Constitución* (interés público objetivo) y no otro tipo de interés o derecho propio los que deben ser protegidos; no pudiendo ser negada esa legitimación ni rehusado el pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida por inexistencia de un derecho subjetivo o de un interés propio de quien ejerce la acción de inconstitucionalidad.¹⁶⁸

El artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece qué órganos públicos tienen legitimación activa para intervenir en el proceso directo de inconstitucionalidad e interponer el recurso de inconstitucionalidad:

“Artículo 32. 1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de ley, tratados internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El presidente del gobierno.
- b) El defensor del pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.

¹⁶⁸ GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit, pp. 148 a 150.

d) Cincuenta Senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.”

Como puede observarse, el carácter institucional que se le ha dado a la legitimación activa, vinculada a unos órganos o fracciones de órganos concretos, permite su clasificación en *órganos legitimados unipersonales* y *órganos legitimados colegiados*. Los órganos unipersonales legitimados para interponer el recurso directo de inconstitucionalidad son el *Presidente del Gobierno* y el *Defensor del Pueblo*.¹⁶⁹ En ambos casos el Tribunal Constitucional no exige para intervenir en el proceso directo de inconstitucionalidad más que la simple manifestación de la voluntad del titular del órgano, directamente o a través de su representante (que en el caso del Presidente del Gobierno recae en el Abogado del Estado). Es importante mencionar que la legitimación del Defensor del Pueblo se configura como la menos política dentro de la articulación del artículo 32 de la LOTC, siendo su decisión de interponer el recurso estrictamente personal y no condicionada a la petición por parte de los ciudadanos, petición que de existir, no le obliga en absoluto a interponer dicho recurso.¹⁷⁰

Por su parte, la legitimación activa de los *órganos colegiados* para intervenir en el proceso directo de inconstitucionalidad, puede ser clasificada de la siguiente manera:

¹⁶⁹ De conformidad con el artículo 54 de la Constitución Española, el Defensor del Pueblo es un alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. Dicha institución rinde cuentas de su actividad a las Cortes y se rige por Ley Orgánica.

¹⁷⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit, pp. 152 y 153.

a) *Legitimación de cincuenta Diputados y cincuenta Senadores.*- La legitimación para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por parte de cincuenta diputados y cincuenta Senadores se configura como una legitimación conjunta atribuida a la agrupación integrada por los Diputados o Senadores, unidos precisamente y de forma específica para impugnar la validez constitucional de una norma legal, lo que supone que cada Diputado o Senador firmante del recurso no es titular ni dueño de una acción de la que pueda disponer, por lo que los cincuenta parlamentarios no actúan como litisconsortes, sino como integrantes de una parte única que tiene atribuida legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad y que debe ser plural. El único requisito exigible a los parlamentarios, a parte de la evidencia de su voluntad impugnatoria, es la acreditación de su condición de Diputados o Senadores al interponer el recurso.¹⁷¹

El hecho de que la legitimación activa se refiera al conjunto de los cincuenta Diputados o Senadores, provoca que una vez comenzado el proceso de inconstitucionalidad sean irrelevantes los posibles cambios de voluntad de alguno, algunos e incluso de todos los parlamentarios recurrentes, o su cambio de *status*; mientras que la condición de Diputado o Senador es imprescindible al interponer el recurso para poder entender legitimada la agrupación colegiada en cuestión, la desvinculación que se produce en el proceso de inconstitucionalidad respecto de los intereses de los sujetos legitimados en aras de un interés general que prima sobre aquéllos, conduce a la irrelevancia en este proceso de la posterior pérdida de la condición de parlamentario de algunos, e incluso de todos los recurrentes. Es importante aclarar que no cabe la intervención

¹⁷¹ *Ibidem.* pp. 153 y 154.

adhesiva de Diputados y Senadores que no manifestaron en el momento inicial su voluntad específica de recurrir la norma por inconstitucional, por lo que al no ejercitar en su momento la acción de que estaban asistidos, no pueden adherirse a un proceso abierto por otros a fin de subsanar su pasividad inicial.¹⁷²

Finalmente, es necesario mencionar que la lógica del recurso de inconstitucionalidad promovido por los parlamentarios legitimados plantea esta acción como un instrumento adoptado normalmente por las minorías parlamentarias para hacer frente a las decisiones normativas de las mayorías.

b) Legitimación a los órganos colegiados ejecutivos y Asambleas de las Comunidades Autónomas.- El artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional concreta la legitimación activa de los órganos colegiados ejecutivos y Asambleas de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad. El ámbito de esta legitimación está determinado por la configuración del principio autonómico que estructura la Constitución, lo que plantea una limitación de las normas que pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los órganos superiores legitimados de las Comunidades Autónomas, ya que *sólo pueden ser recurridas aquellas normas que puedan afectar su propio ámbito de autonomía*, por lo que las Comunidades Autónomas, sin dejar de participar en la vida general del Estado, tienen como esfera y límite de su actividad los *intereses que le son propios*. De esta manera, mientras que la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad se confiere a los órganos estatales frente a cualquier norma con rango legal en aras

¹⁷² Idem. pp. 154 y 155.

del interés general, la que se confiere a los órganos autonómicos está limitada en cuanto a su objeto a normas que afectan directamente su autonomía.¹⁷³

En la concreción de las normas que afectan a las Comunidades Autónomas, la esfera de interés de las mismas que justifica su legitimación en este tipo de recursos no se identifica con la defensa de sus competencias, sino basta que esos intereses se vean afectados por la regulación estatal de una materia sobre la cual la Comunidad en cuestión dispone también de competencias propias. Debido a que el objeto del recurso de inconstitucionalidad no es fijar competencias, la legitimación de las Comunidades Autónomas tienen que extenderse a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal recurrida y el ámbito de competencia autonómica, punto de conexión que articula la actuación de la Comunidad Autónoma no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino sobre todo en aras de la depuración objetiva del ordenamiento jurídico en la medida en que el ejercicio de las funciones que le correspondan pueda verse afectado por la norma recurrida, que puede afectar no sólo al conjunto de competencias y funciones sino también las garantías constitucionales y estatutarias que estructuran y preservan la autonomía.¹⁷⁴

Junto a la limitación del ámbito de la legitimación reconocida a las Comunidades Autónomas, se limitan también las normas legales que pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad promovidas por aquéllas, desde el momento que el artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional concretando la legitimación

¹⁷³ Ídem, pp. 155 y 156.

¹⁷⁴ Íbidem, pp. 156 y 157.

genérica definida por el artículo 162.1, inciso a) de la Constitución Española, limita las normas que pueden ser objeto de dicha acción a las “leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado”, lo que supone la imposibilidad de que una Comunidad Autónoma recurra por inconstitucionalidad las normas legales de otra Comunidad, aun en el caso de que dichas normas pudieran afectar efectivamente su ámbito de autonomía. De esta manera, las normas que pueden ser objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas tienen que cumplir dos requisitos: *que sean normas legales estatales y que afecten el ámbito de autonomía de la Comunidad recurrente*.¹⁷⁵

Al respecto, cabe mencionar que en la enumeración de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado del artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no existe limitación alguna, por lo que todas las normas estatales son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas, tanto las leyes orgánicas como las ordinarias, disposiciones normativas del Gobierno con fuerza de ley, los Estatutos de Autonomía, inclusive tratados internacionales, con la única exigencia de que el mismo afecte el ámbito de autonomía de la Comunidad Autónoma recurrente.

Dicha situación trae como consecuencia que las leyes autonómicas no tengan más control de constitucionalidad que el promovido por órganos estatales o por las fracciones de órganos, a diferencia de las normas estatales con rango legal cuyo control de constitucionalidad puede producirse por iniciativa tanto de órganos estatales como autonómicos, privándose así tanto a los gobiernos de

¹⁷⁵ Ídem. pp.157 y 158.

las Comunidades Autónomas como a las minorías parlamentarias de sus Asambleas de la posibilidad de impugnar leyes autonómicas, sean éstas de la misma Comunidad Autónoma o de otra, en la medida en que pudieran afectar sus intereses.

c) **Legitimación pasiva.**- La legitimación pasiva se ha otorgado a órganos públicos --estatales o autonómicos--, estrictamente políticos. En este sentido, la configuración de la legitimación pasiva se aproxima a la de la legitimación activa, esto es, se configura a través de una relación numérica de cláusulas que establecen qué sujetos pueden ser considerados como demandados en el proceso, sin que sea posible la ampliación de dicha legitimación pasiva a otros sujetos u órganos no enumerados en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y sin que sea posible la intervención adhesiva de los órganos legitimados pasivamente que no se personaron en el proceso o hicieron sus alegaciones en el plazo establecido en para ello.¹⁷⁶

De conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los órganos legitimados pasivamente en el proceso directo de inconstitucionalidad son los siguientes:

- Respecto de normas con rango de ley o actos con fuerza de ley de carácter estatal: Congreso de Diputados y Senado, así como el Gobierno del Estado.

¹⁷⁶ GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit, p. 193.

- En el supuesto de que la norma recurrida fuese de carácter autonómica, lo serán los órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad Autónoma autora de la norma en cuestión.

Como puede observarse, la Ley Orgánica ha utilizado dos criterios distintos al estructurar la legitimación pasiva: por una parte, el de la *autoría de la norma impugnada por inconstitucionalidad*, que es evidentemente el utilizado respecto de las comunidades autónomas; pero en todos los demás casos, que abarca todo tipo de normas que pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad, el criterio de la autoría se combina con el del *interés*. De hecho, la legitimación pasiva, al igual que la activa, se configura como una *legitimación institucional* conferida a órganos públicos estatales o autonómicos, que en virtud del clausulado establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como de la función constitucional que desempeñan, gozan de una investidura constitucional y legal que les otorga dicho carácter pasivo en el proceso constitucional.¹⁷⁷

d) Plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad.- El plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es de *tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado*. Este es un plazo de caducidad que empieza a contar desde el momento de la publicación de la ley en el instrumento oficial destinado a ello. Respecto de las *normas estatales*, incluidos los *tratados internacionales*, no cabe duda de que la fecha a partir de la

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 195.

que empieza a correr el plazo es el de la publicación en el Boletín Oficial del Estado.¹⁷⁸

Respecto de las *leyes autonómicas*, siendo estas normas de indudable rango legal y de ámbito territorial limitado, basta con su publicación en el Boletín de la Comunidad Autónoma correspondiente para que aquella norma produzca los efectos generales que se derivan de su naturaleza y vigencia, desde luego en el ámbito que le es propio. En el mismo sentido, su publicación en el Boletín Oficial del Estado no tiene más razón de ser que la apertura del plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad, que de esta manera se amplía respecto del de las normas estatales. En realidad, el plazo se pospone más allá del momento de entrada en vigor de la norma, debido a que la diferencia temporal que media entre la publicación de una ley autonómica en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma y en el Boletín Oficial del Estado oscila entre dos o tres meses.¹⁷⁹

La publicación de la ley, que junto con la sanción y la promulgación es una condición para la eficacia de la ley, es un requisito de especial relevancia jurídica, pues de la publicación, es decir, de la accesibilidad del texto de la ley a la comunidad, hace depender el ordenamiento el inicio de la aplicabilidad de la ley y de su eficacia en cuanto norma obligatoria, por lo que es punto de referencia obligado para determinar el momento concreto en que la ley entra en vigor y puede ser por tanto exigible y aplicada. En este orden de ideas, si el recurso de inconstitucionalidad depende de la vigencia de la norma, el plazo de interposición sólo puede empezar a

¹⁷⁸ Ídem. p. 164.

¹⁷⁹ Íbidem. p.167.

contar a partir del momento en que aquella norma tiene capacidad para producir efectos jurídicos, esto es, cuando ha sido publicada.¹⁸⁰

Es importante mencionar que la fijación de un plazo para ejercer la acción directa de inconstitucionalidad, supone el imperio de un *principio de seguridad jurídica* que prevalece sobre una posible injusticia de la norma inconstitucional, cuya revisión una vez transcurrido ese plazo, sólo será posible a través del proceso incidental de inconstitucionalidad instado por una *cuestión de inconstitucionalidad*.¹⁸¹

e) Substanciación del proceso directo de inconstitucionalidad.- El procedimiento de inconstitucionalidad se inicia con la presentación del escrito de demanda que supone la interposición del recurso de inconstitucionalidad, mismo que debe ser promovido por los órganos legitimados activamente para intervenir en el proceso directo de inconstitucionalidad.

Una vez presentada la demanda, la admisión de ésta supone el examen por parte del Tribunal Constitucional de todos y cada uno de los requisitos procesales, requisitos que al ser materia de orden público pueden ser apreciados de oficio por dicho órgano colegiado, siendo competente para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad previa al proceso el Pleno del Tribunal Constitucional, decisión que será manifestada mediante una resolución dictaminada para tal efecto.¹⁸² Es importante señalar que debido a la primacía del interés público en los procesos de inconstitucionalidad, existe la posibilidad de que dicho órgano colegiado subsane de oficio o a instancia de

¹⁸⁰ Ídem. p. 165.

¹⁸¹ Íbidem. pp. 164.

¹⁸² Ídem. pp. 168 y 170 a 172

parte los defectos que pudieran viciar la demanda, siempre que la naturaleza de los mismos lo permita.¹⁸³

Al respecto, cabe mencionar que la admisión del recurso de inconstitucionalidad *no produce efectos suspensivos ni de la vigencia ni de la aplicación de la norma recurrida*, manteniéndose así la presunción de constitucionalidad de la misma en tanto no recaiga sentencia en contrario. No obstante, la regla de la no suspensión de las disposiciones legales objeto de impugnación tiene una excepción, que es la contenida de forma genérica en el artículo 161.2 de la Constitución Española y concretada respecto del recurso de inconstitucionalidad en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En virtud de estos preceptos, la impugnación por parte del Presidente del Gobierno de leyes, disposiciones normativas

¹⁸³ La posibilidad de subsanación está conectada por una parte, con el tipo de irregularidad que determina el defecto en cuestión. En este sentido, la falta de un requisito esencial, de estricto orden público, determina la *nulidad* del acto, es decir, la privación de sus efectos, y su inadmisión al afectar este vicio la esencia misma del proceso, pudiendo ser invocada dicha nulidad en cualquier momento del proceso; este tipo de defectos procesales son conocidos como materiales. Cuando el defecto no reviste aquella gravedad no acarrea otra sanción que la *anulabilidad* del acto viciado que sólo puede invocarse dentro de los plazos legalmente establecidos, pasados los cuales el acto adquiere firmeza. Estos defectos procesales son conocidos como formales. Aunque en principio sólo este segundo tipo de vicios pueden ser subsanables, el Tribunal Constitucional, por razones de economía procesal de conservación de las actuaciones en la medida de lo posible, y por el ya aludido interés general que prevalece en este tipo de procesos, posibilita la subsanación incluso de vicios que acarrean la nulidad el acto, siempre que no afecten cuestiones de orden público procesal. Los defectos de carácter formal subsanables son entre otros: los referidos a la identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción, la mención expresa de la ley o precepto impugnado en todo o en parte, la precisión del precepto constitucional que se entiende infringido, y por supuesto, la petición de inconstitucionalidad de la norma constitucional recurrida y su consiguiente nulidad. En contraste, como ejemplo de defecto formal insubsanable, tenemos la presentación de la demanda fuera del plazo de tres meses como hábil para ejercer la acción directa de inconstitucionalidad, al configurarse como plazo de caducidad, y como defecto material insubsanable la impugnación de normas de rango inferior a la ley, que supone la inadmisión del recurso por falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional. GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit. pp. 180 a 182 y 185 a 188.

o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, produce la suspensión de la norma impugnada.¹⁸⁴

Admitida a trámite la demanda, comienza propiamente el desarrollo del proceso de inconstitucionalidad; posterior a dicho trámite, el Tribunal Constitucional procede a emplazar a los sujetos legitimados pasivamente. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional está obligado a dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto de su Ministerio de Justicia, y en el caso de que la norma recurrida fuese una ley autonómica, a los órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad Autónoma autora de la norma en cuestión, con la finalidad de que dichos órganos públicos puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimen oportunas, lo cual pueden hacer a través de representantes.¹⁸⁵

¹⁸⁴ La suspensión de estas normas pone de manifiesto el desigual tratamiento que establece la Constitución de las normas autonómicas respecto de las estatales. Esta excepción se estructura bajo los siguientes principios: 1) La impugnación, siempre que el recurso sea admitido, produce automáticamente la suspensión de la norma autonómica recurrida; 2) La razón de ser de la suspensión es evitar la producción de situaciones jurídicas, al amparo de la norma recurrida, que pudieran resultar de difícil e imposible reparación si ésta es declarada inconstitucional, sin embargo, el artículo 162.1 de la Constitución, fija un plazo máximo de la suspensión de cinco meses en el que se estima que el Tribunal puede dictar sentencia y terminar así con la situación de incertidumbre sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión; 3) Transcurridos los cinco meses sin dictar sentencia, el Tribunal debe ratificar o levantar la suspensión, dictando al efecto un acuerdo en forma de auto. *Ibidem*, pp. 174 a 176.

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 192 y 194. Es importante señalar que con ello se concreta el principio de contradicción procesal. No obstante, debe considerarse que dicho principio queda en cierta forma atenuado al ser todas las partes que actúan en el proceso directo de inconstitucionalidad *órganos públicos*, que tienen intereses contrapuestos y distintos, guiados por el interés fundamental de la mejor aplicación de la Constitución y afirmación de su supremacía. Aun así, la componente política que subyace en el recurso de inconstitucionalidad convierte la comparecencia de los órganos enunciados en el artículo 34.1 constitucional, en una auténtica controversia a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley impugnada, con auténticos intereses enfrentados que sostienen

A partir de la fase de alegaciones, el proceso sigue su curso con una estructura muy simplificada, debido a que las actuaciones que se desarrollan a lo largo del proceso tienen la finalidad de posibilitar y ayudar al Tribunal a que se forme un juicio sobre la pretensión objeto del proceso directo de inconstitucionalidad, lo cual condiciona el desarrollo y actividad que integran al mismo de tal manera, que los actos procesales que pueden producirse en la fase de alegaciones son eventuales y no constituyen la regla común de este proceso constitucional. En este supuesto se encuentra la fase probatoria típica de los procesos desarrollados en la jurisdicción ordinaria, misma que pasa a un segundo plano en el proceso directo de inconstitucionalidad.¹⁸⁶

No obstante, de ser necesaria la prueba en el proceso constitucional, al igual que en todo proceso, ésta tiene que versar necesariamente sobre hechos y puede ser propuesta tanto por las partes como acordada de oficio por el Tribunal Constitucional sólo después del trámite de alegaciones. La posibilidad de que la prueba sea practicada se presenta cuando el vicio de inconstitucionalidad por el que se recurre la ley en cuestión es un *vicio formal*, situación en la cual puede tener alguna trascendencia la prueba de ausencia o insuficiencia de requisitos en el procedimiento de elaboración de la norma. El plazo máximo para practicar la prueba es de treinta días.¹⁸⁷

las diferentes posturas, sin perder de vista que no se trata de un interés subjetivo, sino de un interés público objetivo, que prevalece durante el juicio de constitucionalidad.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 199 y 200.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.200.

Junto a la posibilidad que tienen las partes de aportar pruebas y en consecuencia dar paso a la fase probatoria durante el proceso directo de inconstitucionalidad, encontramos la facultad que tiene el Tribunal Constitucional para recabar de los Poderes Públicos y de los órganos de cualquier Administración pública, la remisión de expedientes, informes y documentos relativos a la norma impugnada en el proceso, lo cual puede hacer valer de oficio. Dicha facultad del Tribunal Constitucional se limita a contemplar la documentación anterior a la disposición o acto que ha dado origen al proceso, es decir, de aquella documentación que se encuentre en poder de los órganos públicos o de cualquier Administración y que contribuyan a esclarecer la cuestión que se somete al Tribunal. Esta facultad supone que pueda ser ejercida no sólo para reclamar expedientes referentes a los trámites procedimentales que deben desarrollarse en el proceso de elaboración de la norma recurrida cuando la demanda de inconstitucionalidad se basa en la ausencia, insuficiencia o deficiencia de los requisitos formales que tiene que revestir dicho procedimiento, sino que también debe de considerarse cualquier otro tipo de documentos e informes que constituyan un elemento para conformar el criterio del Tribunal, planteándose un límite a dicha facultad para recabar la documentación: que ésta sea relevante en relación con el objeto del recurso. Una vez aportada la documentación por los poderes públicos y las Administraciones públicas (estatales o autonómicas), debido a la obligación que se les impone de colaboración con el Tribunal Constitucional, éste la facilitará a las partes para que en un plazo no especificado y que queda en consecuencia a su arbitrio, aquéllas puedan hacer alegaciones al respecto. Es oportuno mencionar que a diferencia de la fase probatoria, la cual sólo puede llevarse a cabo de modo posterior a la fase de alegaciones, el Tribunal puede recabar la

documentación pertinente en cualquier momento del proceso, incluso en el momento inicial.¹⁸⁸

Aunada a la anterior facultad, el Tribunal Constitucional tiene la facultad de apreciar motivos distintos de los alegados con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión, y en su caso, estimación o desestimación de la pretensión, los cuales pueden ser deducidos por el propio Tribunal en el razonamiento jurídico de su argumentación, o bien, derivados de la prueba, de la documentación o información solicitada por el Tribunal o de la producción de nuevos hechos. Esta facultad que el artículo 84 de la LOTC confiere al Tribunal Constitucional, puede ser ejercida en cualquier momento, siempre y cuando sea anterior a la sentencia. Apreciados estos motivos distintos el Tribunal los comunicará a las partes, a quienes concederá audiencia común por un *plazo no superior a diez días* para que hagan las alegaciones que estimen convenientes.¹⁸⁹

f) Sentencia.- Transcurrido el plazo de personación y formulación de alegaciones, el Tribunal en Pleno debe dictar sentencia en un plazo de diez días, plazo que puede ser ampliado sin exceder de treinta. El quórum para adoptar las resoluciones (quórum de deliberación) debe ser de al menos dos tercios de los miembros que integren dicho órgano colegiado, debiendo cumplir dichas sentencias con los requisitos de motivación y fundamentación, así como con el principio de publicidad establecido en el artículo 120.1 y

¹⁸⁸ *idem.* pp. 200 a 202.

¹⁸⁹ *ibidem.* p. 203.

120.3 de la Constitución Española, por lo que la sentencia deberá aparecer publicada en el Boletín Oficial del Estado.¹⁹⁰

g) Efectos de la sentencia.- Las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional en los procesos directos de inconstitucionalidad pueden ser *estimatorias o de inconstitucionalidad* y *desestimatorias*, teniendo en cuenta que son distintas las sentencias desestimatorias por apreciar el Tribunal defectos formales (lo que supone que no resuelve el fondo de la pretensión y que no se plantea la inconstitucionalidad de la norma recurrida) y las desestimatorias por razones sustantivas en las que el Tribunal hace un juicio de constitucionalidad apreciando fundamentalmente la de la norma impugnada; tanto las sentencias de inconstitucionalidad como las desestimatorias lo pueden ser total o parcialmente, según aprecien la totalidad de la pretensión o sólo una parte. En consecuencia, se atribuye efectos distintos a las estimatorias (valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos) y las desestimatorias (valor de cosa juzgada), sobre la base teórica de que las primeras producen una alteración del ordenamiento, al expulsar del mismo una norma inconstitucional, mientras que las desestimatorias, simplemente confirma la constitucionalidad de una norma. En este sentido, mientras la declaración de inconstitucionalidad propia de las sentencias estimatorias tiene un efecto muy preciso, la invalidez de la norma y en consecuencia su nulidad y expulsión del ordenamiento, las sentencias desestimatorias del recurso lo que hacen es confirmar la presunción de constitucionalidad de la norma, presunción que existe siempre cuando sólo cabe destruir por la declaración expresa en contrario del

¹⁹⁰ GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit. pp. 66. 67 y 209.

Tribunal Constitucional, sin alterar o reforzar con ello ni su validez ni su rango que siguen siendo los mismos que antes de la sentencia.¹⁹¹

Debido a lo anterior, puede concluirse que las sentencias estimatorias o de inconstitucionalidad de la norma recurrida tienen valor de cosa juzgada y efectos *erga omnes*, esto es, obligatorios para todos los poderes públicos, mientras que las sentencias desestimatorias únicamente tienen valor de cosa juzgada, pues sólo confirman la constitucionalidad de la norma recurrida.¹⁹²

Siendo el objeto del proceso una norma con valor y fuerza de ley, es decir, que produce efectos *erga omnes* o generales y vincula a los poderes públicos, la sentencia tiene que tener necesariamente reconocidos efectos similares. De ahí que la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado atienda a la naturaleza y alcance de la ley, de tal forma que siendo la publicación un requisito de eficacia de la ley, también lo sea el de las sentencias recaídas en el proceso directo de inconstitucionalidad, por lo que en este orden

¹⁹¹ *Ibidem*. pp 213, 214 y 216.

¹⁹² Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, como todas las sentencias constitucionales, tienen sin duda el valor de *cosa juzgada* desde el momento que adquieren firmeza al ser inimpugnables. Tanto el artículo 164.1 de la Constitución Española (“no cabe recurso contra ellas”) como el 93.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (“contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno..”) confirman inequívocamente el valor de cosa juzgada de dichas sentencias. No obstante, si bien el valor de cosa juzgada en las *sentencias estimatorias* impiden el replanteamiento del proceso directo de inconstitucionalidad de la norma objeto del concluido proceso, debido a que los efectos generales (*erga omnes*) de la sentencia han excluido a la norma recurrida del ordenamiento jurídico, las *sentencias desestimatorias* recaídas en un proceso directo de inconstitucionalidad, no impiden un nuevo planteamiento procesal sobre la constitucionalidad de la norma respecto de la que se pronuncia dicha sentencia, que, aunque sea por vía incidental (cuestión de constitucionalidad), da lugar también a un proceso de inconstitucionalidad en el que ya no juegan los plazos de interposición del recurso, lo que permite que la constitucionalidad de dicha norma pueda ser verificada nuevamente por el Tribunal Constitucional. *Ibidem*. pp. 224 y 229.

de ideas, sólo deberá cumplimentarse el fallo a partir del momento en que aparezca publicado en dicho instrumento oficial.¹⁹³

h) Ejecución de sentencias.- La razón de la existencia del Tribunal Constitucional reside en que sus decisiones se cumplan, y este cumplimiento supone que la norma declarada inconstitucional no sea aplicada por los poderes públicos a los particulares, y que la interpretación que ha dado tanto de la Constitución como de las normas recurridas se incorpore a las respectivas fuentes legales. No obstante, *el cumplimiento de las sentencias derivadas de los procesos directos de inconstitucionalidad por parte de los demás poderes públicos es solamente voluntaria*. La exclusión de la ejecución forzosa de estas sentencias encuentra su fundamento en el problema de relación de poderes del Estado, ya que la Constitución Española al establecer y regular al Tribunal Constitucional, lo ha configurado como un poder en relación con los demás poderes del Estado, de manera que la ejecución de sus sentencias es únicamente la manifestación del ámbito competencial de dicho órgano colegiado con referencia a los distintos órganos constitucionales.¹⁹⁴

El objetivo del ordenamiento constitucional al establecer la ejecución voluntaria de las sentencias derivadas de los procesos constitucionales es el lograr una relación pacífica entre los poderes públicos del Estado, que debe traducirse en el reconocimiento por parte de éstos de sus respectivos ámbitos competenciales. En este sentido, *el cumplimiento de dichas sentencias debe entenderse como un acto de colaboración entre los órganos públicos, encaminado a*

¹⁹³ Ibidem, p. 215.

¹⁹⁴ Ibidem, pp. 237 y 238.

garantizar el sistema sociopolítico y jurídico constitucionalmente establecido. Consecuentemente, cuando la ejecución de estas sentencias no se lleva a cabo por los órganos a quienes corresponde, es evidente que no hay posibilidad de forzar dicha ejecución.

3.1.2 La cuestión de inconstitucionalidad

El sistema de control de constitucionalidad en España distingue claramente los conceptos de recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad. El primero, analizado en el apartado anterior, es el medio de control de la constitucionalidad de leyes y de actos con fuerza de ley por vía de acción. El segundo, es decir, la cuestión de inconstitucionalidad, es el medio de control de la constitucionalidad que se ejerce por vía de excepción o incidental, siendo este último objeto de análisis en el presente apartado con la finalidad de abordar el estudio de este *medio de control concreto de constitucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley en España.*¹⁹⁵

No obstante, antes de comenzar resulta necesario aclarar algunos aspectos generales al tema. Como hemos dicho anteriormente, con el fin de garantizar la "supremacía de la Constitución", en España ha sido creado un órgano especial denominado Tribunal Constitucional, el cual tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley y, por tanto, la invalidez de la ley corresponde declararla a

¹⁹⁵ El control concreto es aquel que tiene lugar vinculado a un proceso, en un principio no constitucional, en el que, al hilo de la resolución de un caso concreto, se plantea la constitucionalidad de una norma jurídica. GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit., pág.46. nota al pie de página número 2.

dicho órgano facultado constitucionalmente para eliminar aquellas normas incompatibles con la misma.¹⁹⁶

El monopolio de rechazo de las leyes, que corresponde al Tribunal Constitucional, no significa, sin embargo, la imposibilidad de actuación de los jueces ante aquellas normas legales que consideren inconstitucionales. Así, la Constitución Española establece en su artículo 163 que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional”. Este mecanismo ha sido denominado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como *cuestión de inconstitucionalidad*.¹⁹⁷

Dicho precepto, además de ser el fundamento junto con el artículo 161.1, inciso a) del monopolio de declaración de la inconstitucionalidad de normas jurídicas con rango de ley por parte del Tribunal Constitucional Español, supone la introducción en el sistema de jurisdicción concentrada de un elemento característico del sistema de control difuso norteamericano; al reconocérsele a los “jueces ordinarios” la posibilidad de someter al juicio del Tribunal Constitucional la presunta inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o alternativamente, la de no hacerlo, en un verdadero *juicio previo de constitucionalidad*. Mediante tal solución se conjuga tanto el principio de respeto a la ley por parte de los jueces (art. 117 constitucional), como la eficacia directa de la Constitución (art. 9.1).

¹⁹⁶ RIBAS MAURA, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 24 y 25.

¹⁹⁷ La cuestión de inconstitucionalidad abre paso al proceso incidental de inconstitucionalidad, que implica una conexión necesaria con un proceso concreto que le aparata del control abstracto de constitucionalidad de leyes y normas o disposiciones con rango de ley. GARCÍA MARTÍNEZ. Op. cit., p.29, nota al pie de página número 55.

Es importante mencionar al respecto que el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número 1 de su sentencia STC 17 /1981 de primero de junio de ese año, estableció la teoría general sobre la cuestión de inconstitucionalidad al señalar que la cuestión de inconstitucionalidad “(es)... un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”.¹⁹⁸

La cuestión de inconstitucionalidad aparece regulada, además de su previsión constitucional (artículo 163), en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, concretamente en los artículos 35 a 37 a los que debe añadirse los relativos a disposiciones generales sobre procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (arts. 27 a 30), los relativos a los efectos de las sentencias (arts. 38 a 40), y algunas disposiciones comunes sobre procedimiento (arts. 80 a 95). Cabe señalar que esta regulación constitucional y legislativa debe complementarse por la doctrina que al respecto ha dictado sobre el tema el Tribunal Constitucional tanto en sus sentencias como autos, que hasta la fecha han desarrollado y especificado los distintos aspectos y requisitos procedimentales de la cuestión de inconstitucionalidad. Dicha doctrina es fundamental en el tema de la cuestión si tomamos en cuenta que al ser el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución, debe ser éste quien decida de forma irrevocable sobre tales requisitos al efectuar el control de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que le sean planteadas por los órganos judiciales.¹⁹⁹

¹⁹⁸ RIBAS MAURA. Op. cit, p. 30.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p.31

Como puede observarse, junto al proceso directo o principal de inconstitucionalidad derivado del recurso de inconstitucionalidad (artículos 161, inciso a) constitucional y 31 a 34 y demás relativos de la LOTC), el artículo 163 de la Constitución Española configura una segunda vía procesal en ocasiones definida como "indirecta" por suscitarse en torno a un proceso principal, no constitucional, iniciada por los jueces ordinarios, denominada "cuestión de inconstitucionalidad". La cuestión de inconstitucionalidad se plantea como una vía procesal que intenta introducir, en parte, un mecanismo de *jurisdicción concreta* en el modelo de jurisdicción constitucional abstracta articulada por la Constitución Española. Evidentemente el juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada lo reservan tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia constitucional, al Tribunal Constitucional que tiene en esta materia competencia exclusiva, pero ello no excluye el juicio que sobre la hipotética inconstitucionalidad de la norma se reserva a los órganos jurisdiccionales legitimados para interponer la cuestión (órganos judiciales) y que en realidad es el fundamento de la misma, aunque los efectos de este juicio no puedan compararse con el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional en sus sentencias. Mientras que aquel juicio no sirve más que para fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad que al juez ordinario le está vedado responder, el que realiza el Tribunal Constitucional tiene el efecto de excluir del ordenamiento una norma legal declarada inconstitucional y afectada por tanto de nulidad.²⁰⁰

En este orden de ideas, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que hace el juez ordinario (a quo) respecto de

²⁰⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, Op. cit, p.46.

una ley aplicable al caso concreto del cual conoce ante el Tribunal Constitucional por considerarla violatoria del ordenamiento constitucional, obedece al cumplimiento de la obligación de respetar la Constitución en el desempeño de su función jurisdiccional. Por tal motivo, es de suponerse necesariamente para que proceda este medio de control de constitucionalidad de leyes y normas con rango de ley, la existencia de un proceso, en el cual durante el desarrollo del mismo, surja la duda sobre la constitucionalidad de una ley que ha de ser aplicada para su resolución. En este sentido, el juez que conoce de la causa se halla ante un imperativo claramente jurisdiccional de consultar al órgano controlante en torno a la conformidad de la ley que servirá de fundamento para dictar sentencia con la Constitución de la cual esa ley emana, a fin de que sea el propio Tribunal Constitucional quien se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley aplicable al procedimiento incoado ante el juez de jurisdicción ordinaria.²⁰¹

a) Legitimación.- La legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad es atribuida constitucionalmente a "cualquier órgano judicial" (art.163), expresión que utiliza igualmente la LOTC junto e indistintamente con la de "Juez o Tribunal" (arts. 35.1 y 2 y 38.3 LOTC).²⁰²

De la lectura de dichos artículos queda claro que sólo pueden instar dicho proceso constitucional aquellos órganos que integran el Poder Judicial, puesto que la "calidad de judicial" que se impone al órgano por la Constitución impide cualquier aplicación extensiva de los conceptos de Juez o Tribunal. De esta forma, debe entenderse

²⁰¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...* p. 182.

²⁰² RIBAS MAURA. Op. cit, p. 43.

excluido cualquier órgano privado o de la Administración aunque revista la forma de Tribunal y actúe con procedimientos paraprocesales. En consecuencia, dentro de la estructura del Poder Judicial Español, no existe ninguna limitación de forma para que cualquier órgano jurisdiccional, sea cual sea su grado o su orden (civil, penal, social o contencioso-administrativo) pueda plantear la cuestión, debiéndose incluir en esta relación a la jurisdicción militar por integración declarada al Poder Judicial, según lo dispuesto en la propia Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (art. 1).²⁰³ De este modo, para determinar de manera concreta la relación de los órganos legitimados para interponer la cuestión de inconstitucionalidad, habrá que acudir a los correspondientes artículos que regulan la organización judicial en la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley Orgánica de Justicia Militar.

Dentro de la relación de órganos legitimados para interponer la cuestión debe añadirse al propio Tribunal Constitucional, el cual, según dispone el artículo 35.2 de la LOTC, puede a través de la iniciativa de alguna de sus Salas en la resolución de un recurso de amparo, plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, también denominada **autocuestión**. En este supuesto, el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional aunque separado del Poder Judicial, actúa en la defensa de los derechos y libertades públicos reconocidos por la Constitución cuando su lesión viene originada por la aplicación de una norma con fuerza de ley.²⁰⁴ Así, mediante este instrumento de carácter extraordinario, el Tribunal Constitucional complementa su función de garantía de los derechos fundamentales y de protección de la Constitución.

²⁰³ Ibidem, pp 43 y 44.

²⁰⁴ Idem, p 45

Cabe mencionar que la legitimación atribuida a los órganos judiciales no es la vía procesal para impugnar de forma directa y en abstracto la constitucionalidad de una norma legal. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exigen que el órgano judicial que plantea la cuestión esté conociendo en un proceso la resolución de un caso concreto, y que de la validez de la norma aplicable dependa el fallo o resolución de dicho caso. Por este motivo, la apreciación de la concurrencia de dichos requisitos en el juicio *a quo*, y en consecuencia, la decisión del planteamiento de la cuestión, es una competencia que corresponde en exclusiva al órgano judicial. Así, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en distintas ocasiones que suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es *una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial*, único legitimado para instar la acción del Tribunal en esta vía procesal de control de constitucionalidad. En este sentido, si el órgano judicial no tiene duda alguna sobre la constitucionalidad de la norma, no tiene por qué formular la cuestión, aunque así se lo soliciten alguna o algunas de las partes del proceso *a quo*.²⁰⁵

Finalmente, es importante mencionar que los efectos de la legitimación se limitan, según el artículo 32 de la LOTC, a la mera presentación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, sin posibilidad de personarse y presentar nuevas alegaciones en el proceso constitucional. En este sentido, resultan suficientes las alegaciones formuladas inicialmente por el órgano judicial, dirigidas a la eventual declaración de la conformidad o disconformidad de una norma con la Constitución.²⁰⁶

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 54.

b) Partes litigantes del proceso a quo.- La Constitución Española guarda silencio sobre el papel de las partes del proceso en la promoción de la cuestión de constitucionalidad. No obstante, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional especifica que la duda del órgano judicial sobre la constitucionalidad de una norma podrá surgir "de oficio o a instancia de parte". Es importante aclarar que cuando la Ley Orgánica hace referencia a las partes y a su actividad en la tramitación y presentación de una cuestión de inconstitucionalidad en su artículo 35.1 y 2, se refiere a los sujetos físicos o jurídicos personados en el proceso "a quo". Así, serán partes para el Tribunal Constitucional aquéllas que resulten de la apreciación de las normas aplicables hecha por el órgano judicial, según el testimonio de las actuaciones remitidas por el mismo, sin que sea posible la revisión de la legalidad del procedimiento seguido para determinar si las partes son las que realmente debieran serlo de acuerdo con la legislación vigente²⁰⁷, pues resulta oportuno señalar que el Tribunal no es competente para realizar un control sobre la legalidad de las normas ni mucho menos de un procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria.

El reconocimiento de la *instancia de parte* en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, supone únicamente el prever de forma expresa la posibilidad de que las partes adviertan al órgano judicial la inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso. No tiene, por tanto, otro carácter más que el de una "denuncia" que no obliga al juez a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. La Constitución no permite otra interpretación y en este sentido la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es expresa y

²⁰⁷ Ibidem, p. 55 a 57.

es reafirmada por la interpretación que de la intervención de las partes ha hecho reiteradamente el Tribunal Constitucional, al considerar, tal y como lo hemos mencionado, que “suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevocable del órgano judicial”, sin que el propio artículo 35 de la LOTC contenga un recurso a disposición de las partes o un derecho a que los órganos judiciales expresen dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable.²⁰⁸

De la lectura del artículo 35 de la LOTC, se deduce que la apertura de tal incidente exige la existencia de al menos una “duda” inicial del juez sobre la constitucionalidad de una norma. El trámite del artículo 35.2 está previsto como condición previa para plantear la inconstitucionalidad; si no existe en el juez dicha duda inicial, sea de oficio o provocada por la instancia-denuncia de las partes, esto es, si no se ha producido un juicio de posible inconstitucionalidad sino un juicio positivo de constitucionalidad, no tiene porque iniciar el procedimiento. Además, en caso de ser instado por las partes, el órgano judicial no está obligado a dar respuesta expresa y explícita a las pretensiones de las partes respecto a la denegación de la apertura del trámite incidental. La simple aplicación de la norma al caso concreto supone una contestación en sentido negativo de las pretensiones de las partes.²⁰⁹

Como puede apreciarse, el papel de las partes en la iniciativa del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es ciertamente reducido, pero existe. Ante la ley inconstitucional las partes disponen de cierta capacidad de reacción, ya que pueden

²⁰⁸ *Idem.* pp. 57 y 58.

²⁰⁹ *Ibidem.* pp. 59 y 60.

instar, incitar la acción del órgano judicial para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma y plantee, si lo considera procedente, la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin duda es una posibilidad limitada, pero no debe olvidarse que la naturaleza y función de la cuestión de inconstitucionalidad es, esencialmente, la protección objetiva de la Constitución, y no de los intereses subjetivos de las partes, por lo que desde nuestro personal punto de vista, las partes sólo tienen la calidad de *coadyuvantes* de los únicos órganos legitimados para incoar el procedimiento constitucional en vía de excepción o incidental, los órganos judiciales.

Ahora bien, el papel de las partes no se limita a la potestad de iniciativa en los términos anteriormente descritos, sino que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece su necesaria intervención en el trámite o incidente previo al planteamiento de la cuestión. Si bien es cierto que este incidente sólo se abrirá cuando el órgano judicial dude sobre la constitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley, cuando tal supuesto se produzca, y como requisito previo e imprescindible al planteamiento de la cuestión, se dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión. En este sentido, el único interés jurídicamente protegido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con relación a las partes del proceso *a quo*, no es otra que el de hacerse oír en el trámite o incidente previo sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, interés protegido hasta el punto de que su incumplimiento u omisión o su no acreditación, supone un defecto en el modo de proposición que, en

consecuencia, produce la inadmisión de la cuestión planteada ante el Tribunal Constitucional.²¹⁰

Respecto al contenido concreto de las alegaciones de las partes, éstas deben tratar sobre la vinculación entre la norma cuestionada y los supuestos de hecho del caso, así como sobre la conformidad de dicha norma con la Constitución. De esta forma, sus alegaciones servirán para contribuir a que el órgano judicial vea disipadas o confirmadas sus dudas respecto a la inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley. Dichas alegaciones deberán ser remitidas junto con la decisión judicial y testimonio de los autos al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la LOTC y contribuirán sin duda a la formación de su opinión y resolución de la cuestión planteada.²¹¹

c) Requisitos de admisibilidad.- Existen varios requisitos para el ejercicio de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial, mismos que se encuentran sometidos a un *control de admisibilidad* por parte del Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que el órgano judicial al plantear la cuestión especifique de forma expresa cuál es la norma o normas con fuerza de ley cuya constitucionalidad cuestiona; con relación a qué precepto o preceptos de la Constitución considera que existe contradicción; y en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Junto con los argumentos judiciales, el juez debe acompañar el testimonio de los autos y alegaciones de las partes, si las hubiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sobre

²¹⁰ *Idem.*, pp. 62 a 63.

²¹¹ *Ibidem.*, pp. 64 y 65.

todo ese material, el Tribunal Constitucional realizará su juicio de admisibilidad y, en su caso, procederá a la resolución del fondo del asunto.²¹²

Es importante señalar que del conjunto de las diversas condiciones para el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad y a efecto de su sistematización, pueden distinguirse los siguientes puntos que deben ser tomados en cuenta para su admisión por parte del Tribunal Constitucional:

- a) Con carácter previo, la existencia de un proceso del que esté conociendo un juez o tribunal.
- b) Fuerza de ley de la norma o normas que se cuestionan.
- c) Contradicción, según el criterio del órgano judicial de dicha norma con determinados preceptos constitucionales.
- d) Dependencia en la resolución del proceso principal de la validez de la norma legal aplicable.²¹³

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado como presupuesto inexcusable que el órgano judicial que promueve la cuestión sea "competente" y, por tanto, capaz de pronunciarse en principio sobre el fondo del litigio. Esto es así porque la Constitución exige que de la validez de la norma aplicable "dependa la resolución del caso", lo cual no podrá ocurrir cuando el propio órgano judicial advierta de modo expreso que la estimación de la cuestión planteada no dará lugar a pronunciamiento alguno sobre el fondo del juicio o considerarse incompetente por razón de la materia. Sin embargo, si

²¹² Ibidem. p. 50.

²¹³ Idem. p.51

bien es evidente el requisito de la competencia previa del órgano judicial, no sucede lo mismo con su posible control por parte del Tribunal Constitucional. Como este mismo Tribunal ha destacado “el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no permite hacer una revisión de la legalidad del procedimiento seguido”, por este motivo, ante el planteamiento de una cuestión, el Tribunal Constitucional no puede proceder a realizar un revisión de las condiciones procesales del juicio originario, sino que únicamente debe limitarse a comprobar el cumplimiento de los requisitos procesales que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional imponen al planteamiento de toda cuestión o en su caso a evitar una notoria falta de fundamento. Para ello, el Tribunal Constitucional deberá examinar las alegaciones del órgano judicial y el testimonio de las actuaciones realizadas, sólo cuando de manera evidente y sin necesidad de análisis de fondo se ponga de manifiesto que la norma cuestionada no dará lugar a resolución alguna sobre el fondo del asunto debido a la falta de la necesaria competencia del órgano judicial, pudiendo no admitir en este caso la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano judicial.²¹⁴

d) Objeto de control.- El objeto de control de la cuestión de inconstitucionalidad es, evidentemente, el mismo que en el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, debido a las peculiaridades de esta vía de control, como es el hecho de tratarse de un *control indirecto y concreto* y ser ejercido con motivo de la aplicación de una norma legal, se derivan una serie de requisitos que deben tenerse en cuenta al momento de determinar el específico objeto de control en la cuestión de inconstitucionalidad y que lo diferencian del objeto en el recurso de inconstitucionalidad. Los requisitos que diferencian al

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

objeto de control en la cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

- a) Norma con rango de ley.
- b) Contradicción de dicha norma con la Constitución.
- c) Dependencia para la resolución de un proceso de la validez de la citada norma legal aplicable.²¹⁵

Norma con rango de ley.- En este punto no existen diferencias con el objeto de control en el recurso de inconstitucionalidad. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no establece distinción alguna puesto que de la sistemática seguida y de la propia literalidad de sus artículos 27.2 y 29.1 se concluye claramente que la declaración de inconstitucionalidad promovida vía recurso o vía cuestión puede afectar a las mismas normas, razón por la cual y en obvio de repeticiones nos remitimos al estudio de las mismas realizado en otro apartado del presente capítulo.²¹⁶

Es importante mencionar que cualquier otra norma de rango infralegal no incluida por tanto en el llamado "bloque de constitucionalidad" previsto por el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, será controlable por los jueces y tribunales ordinarios a quienes corresponderá apreciar y decidir su contradicción o no con la Constitución, inaplicando la norma en caso de existir tal contradicción²¹⁷ por corresponderles el ejercicio del llamado *control de legalidad*, siendo incompetente para efectuar dicho control el Tribunal Constitucional Español.

²¹⁵ ídem. p. 72

²¹⁶ Vid supra. p. 136 y ss.

²¹⁷ RIBAS MAURA. Op. cit., p.74.

Norma contradictoria con los preceptos constitucionales.-

El segundo de los requisitos del objeto sobre el que se ejerce control de constitucionalidad es la existencia de una contradicción entre la norma legal y la Constitución, contradicción entendida, por supuesto, a juicio del órgano legitimado para instar el control (órgano judicial), ya que en sentido estricto, sólo existe jurídicamente contradicción cuando así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional, con la consiguiente nulidad de la norma.²¹⁸

Si bien es cierto que existe en el fondo una identidad sustancial entre la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso al dar pie ambas vías --incidental y directa respectivamente--, a un proceso constitucional, el Tribunal Constitucional Español ha establecido importantes peculiaridades que deben ser tomadas en consideración. A diferencia de lo previsto en el recurso de inconstitucionalidad, en la presentación de la cuestión no es suficiente precisar el precepto constitucional que se supone infringido, sino que además *el órgano judicial debe exteriorizar el razonamiento que le mueve a cuestionar la constitucionalidad de una norma o ley, proporcionando los elementos que le lleven a dicho razonamiento*. Esto es así debido a que la decisión del Tribunal Constitucional no puede darse sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley.²¹⁹

Es importante mencionar que en esta vía de excepción o incidental las argumentaciones del juez tienen una especial trascendencia, pues la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en

²¹⁸ *Ibidem*, p. 80.

²¹⁹ *Idem*, p. 81 y 82.

sus artículos 35.2 y 37 les da el carácter de "requisito de admisibilidad", pudiendo el Tribunal Constitucional rechazar la cuestión en trámite previo de admisión cuando falten dichos argumentos o su contenido sea notoriamente infundado. En este sentido, la argumentación judicial resulta ser un *requisito sine qua non*, pues del contenido y alcance de dicha argumentación, dependerá la decisión del Tribunal Constitucional.

En cuanto al *contenido de las argumentaciones del órgano judicial*, el Tribunal Constitucional ha señalado que no es suficiente la mera afirmación de inconstitucionalidad, sino que debe expresarse razonadamente tal afirmación sin que sea necesaria una exposición exhaustiva de la totalidad de las razones que conlleven a sostener la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, sino únicamente debe realizarse una exposición de los argumentos "racionalmente suficientes" para tomar en consideración la cuestión y justificar la decisión del órgano controlante.²²⁰

En segundo lugar, en cuanto al *alcance de la argumentación sobre la inconstitucionalidad de la norma*, la doctrina se ha planteado el cuestionamiento respecto si la expresión "*considere que... pueda ser contraria*", utilizada por la Constitución Española impone algunas limitaciones al poder de apreciación del órgano judicial. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que esta expresión supone una fórmula de respeto o cortesía a la exclusividad de la competencia de la jurisdicción constitucional, que además, permite al juez emitir un juicio hipotético, mas no terminante, sobre la inconstitucionalidad de la norma; juicio no obstante que aunque sea en términos de duda, obliga al juez a llegar a una condición subjetiva, al menos inicial, pero

²²⁰ Ibidem. p. 83.

razonable, sobre la inconstitucionalidad de la norma sin necesidad de realizar un examen en profundidad del tema.²²¹

El problema en este sentido parte del posible control de calidad en lo "racionalmente suficiente" de la argumentación judicial según el Tribunal Constitucional, mismo que resulta de gran dificultad debido al "juicio discrecional" realizado por el juez al expresar una duda subjetiva. No obstante, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 37.1 permite rechazar en fase de admisión la cuestión notoriamente infundada, con lo que es posible un control previo de la argumentación. Pero este control previo, tal y como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, no significa más que anticipar al juicio de admisión, lo que en principio sería objeto de un juicio sobre el fondo, esto es, la declaración de conformidad o inconformidad de la norma con la Constitución, lo cual será posible cuando aparezca a primera vista y sin necesidad de un profundo examen la debilidad o inconsistencia de la argumentación judicial.²²² Consecuentemente, puede concluirse que el control de la fundamentación de inconstitucionalidad no pasa de ser en la *fase de admisión* prácticamente un *examen formal*, esto es, la constatación de la existencia de los argumentos del órgano judicial.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha dado en este tema de argumentación judicial de la cuestión un amplio margen de flexibilidad, buscando en base al *principio del antiformalismo* entrar a juzgar sobre el fondo del asunto en interés de la depuración objetiva del ordenamiento, de ahí que en la práctica sean contados los casos de inadmisión por falta notoria de fundamento.

²²¹ Ídem, pp. 84 y 85.

²²² Íbidem, p. 86.

Como puede observarse, la argumentación del órgano judicial tiene especial trascendencia para la resolución final de las cuestiones de inconstitucionalidad, ya que la decisión del Tribunal Constitucional sólo es posible como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan de la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley. De ahí que las razones puedan ser consideradas como la base a partir de la cual el Tribunal Constitucional construye su razonamiento, a fin de realizar un juicio sobre la constitucionalidad de una norma, dando así inicio al proceso constitucional para el estudio del fondo de la cuestión de inconstitucionalidad.

Norma aplicable al caso y de la que dependa el fallo.- La Constitución española exige como tercer y último requisito del objeto de control en la cuestión de inconstitucionalidad el que la norma legal controvertida *sea aplicable al caso* y que de su *validez dependa el fallo*.²²³ Lo anterior significa que resulta necesaria la conexión entre la validez de la norma y la pretensión objeto del proceso *a quo*.²²⁴

Dicha condición que resulta ser consustancial con la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, es así porque ésta se concibe como un medio de control concreto de la constitucionalidad de las normas, en la cual el órgano judicial vinculado por la ley y la Constitución, se vería en la obligación de

²²³ Por fallo debemos entender el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal y adopte tanto la forma de una sentencia definitiva que ponga fin al proceso judicial, como de una resolución interlocutoria. En el caso de la materia procesal, tal interpretación es justificada por el propio Tribunal Constitucional con base en los principios generales del antiformalismo en su actuación y del interés en la "depuración objetiva del ordenamiento", a los que debe añadirse el argumento de que la Constitución Española no distingue en ningún momento, ni elimina del objeto de control de las cuestiones, aquellas normas que revisten un carácter puramente procesal.

²²⁴ RIBAS MAURA Op. cit. p. 97.

aplicar a un supuesto concreto una norma legal contraria a aquélla (Constitución), si no pudiera plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Por tal motivo, en la medida en que la verificación de la constitucionalidad de una norma general resulte imprescindible para que un juez de jurisdicción ordinaria fundamente su fallo, será admisible su planteamiento ante el Tribunal Constitucional.

Es importante mencionar que la "aplicabilidad de la norma" y la "dependencia de la decisión judicial en la validez o invalidez de dicha norma" son dos condiciones cuya apreciación compete al órgano judicial ordinario, por cuanto éstas forman parte del asunto concreto que está conociendo. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé este control al establecer en su artículo 35 que el órgano judicial "deberá especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión", pudiendo inadmitirla el Tribunal Constitucional "cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada" de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de dicha ley.

El *requisito de aplicabilidad de la norma legal*, o en otras palabras, el determinar cuáles son las normas aplicables al caso, es algo que compete decidir al órgano judicial. El control del Tribunal Constitucional no puede sustituir tal competencia; sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo la norma cuestionada sea según los principios jurídicos básicos inaplicable al caso, cabrá la posibilidad de declarar inadmisibles por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido, la revisión de la aplicabilidad de las normas es algo reservado a los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de los recursos o instancias oportunas. La actuación del Tribunal Constitucional no puede invadir tal

competencia, no puede ponderar o revisar la apreciación de las normas que en cada caso se estimen aplicables, esto es, su papel ha de limitarse a la mera comprobación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad exigidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, siendo por tanto el control del Tribunal Constitucional, un control casi exclusivamente formal.²²⁵

Es importante mencionar que el juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal al caso concreto aunque es condición necesaria para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no es condición suficiente para su admisión pues la LOTC señala en su artículo 35.2 que "el órgano judicial debe especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada". Esto es lo que la Jurisprudencia constitucional ha denominado como "*juicio de relevancia*" o esquema argumental del que resulta que el fallo que haya de dictarse en el proceso ordinario depende de la validez o falta de validez de la norma.²²⁶

La determinación del juicio de relevancia es competencia exclusiva del órgano judicial proponente de la cuestión, por lo que el Tribunal Constitucional no debe ni puede pronunciarse acerca de la necesidad de que el fallo del proceso haya de basarse precisamente en la norma cuestionada. No obstante, el Tribunal Constitucional está obligado a examinar y controlar el juicio de relevancia efectuado por el juez por cuanto se trata de una condición procesal que afecta de manera esencial al válido planteamiento de la cuestión. En este sentido, cabe aclarar que dicho control no podrá efectuarse directamente sobre el proceso *a quo* en el que surgió la cuestión,

²²⁵ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

²²⁶ *Idem*, p. 104.

sino indirectamente sobre los argumentos que el órgano judicial eleva al Tribunal Constitucional.²²⁷

Es preciso mencionar que el juicio de relevancia *debe ser exteriorizado por el órgano judicial*, esto es, el órgano judicial debe exponer qué resolución debe dictar y de qué modo su contenido es afectado por la validez o invalidez de la norma. A falta de ello, el Tribunal Constitucional no puede entrar a juzgar al respecto, pues ello excedería de su competencia. Cabe aclarar que no es suficiente la mera invocación o afirmación por el órgano judicial de la existencia de una conexión relevante sin exponer el esquema argumental que lo fundamenta.

Por otra parte, el juicio de relevancia aunque sea exteriorizado y argumentado por el órgano judicial, puede resultar inconsistente, por lo que el Tribunal Constitucional debe realizar un análisis lógico de la argumentación judicial sin que el control efectuado por dicho órgano controlante pueda entrar, tal y como hemos dicho anteriormente, al análisis del fondo de la pretensión en el proceso *a quo*, debiendo limitar su actividad a comprobar la aparente racionalidad de la argumentación judicial, lo cual implica un control superficial y formal de dicha argumentación, cuyo principal propósito es darle trámite a la cuestión planteada debido a la necesidad de depuración objetiva del ordenamiento jurídico existente y de la necesaria verificación de su conformidad con la Constitución, lo cual, evidentemente, da la impresión de que el Tribunal Constitucional goza de un mayor margen de actuación basado indiscutiblemente en la búsqueda de la relevancia de la norma cuestionada.²²⁸

²²⁷ *Ibidem*, pp. 104 y 105.

²²⁸ *Ibidem*, pp. 106 a 108.

e) Procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad.-

En el procedimiento de control concreto de la constitucionalidad de normas generales pueden distinguirse tres fases:

- Tramitación y planteamiento por el órgano judicial.
- Tramitación por el Tribunal Constitucional.
- Resolución de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tramitación y planteamiento por el órgano judicial.-

Cuando a un órgano judicial le surjan dudas sobre la constitucionalidad de una norma aplicable al caso y ésta sea relevante para su decisión, deberá con carácter previo al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, dar necesariamente audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Al término de dicha audiencia, el órgano resolverá en el plazo de tres días y mediante auto que en ningún caso será recurrible, si plantea o no la cuestión; si ha decidido plantearla, en consecuencia, deberá suspenderse el curso del proceso. Por el contrario, si considera que no existen razones para plantearla, deberá continuarse con el proceso hasta su resolución (juicio positivo de constitucionalidad).²²⁹

De acuerdo con lo establecido en la parte final del artículo 163 de la Constitución Española, los efectos producidos por el planteamiento de la cuestión *en ningún caso serán suspensivos*. Dándole una interpretación literal a dicho artículo se entiende que el

²²⁹ Ibidem. pp.116 y 117

planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no paralizaría el proceso *a quo* del que surgió:

“Artículo 163.- Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, **que en ningún caso serán suspensivos.**”

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha intentado superar esta confusión con una redacción que parece querer respetar lo establecido por el texto constitucional, ya que intenta evitar efectos dilatorios en el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, en su artículo 35.2 establece que la cuestión *“sólo podrá plantearse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia”*, con lo que se pretende exigir una completa formación del criterio judicial sobre la aplicabilidad y relevancia de la norma que se cuestiona, como una especie de cláusula de seguridad ante la obligación de suspender la decisión del proceso, en espera de la necesaria resolución del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Jurisprudencia constitucional ha flexibilizado en gran medida este “requisito temporal” para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La exigencia de la conclusión del procedimiento debe ser entendida y referirse a cualquier resolución interlocutoria y no sólo a la sentencia definitiva. Pero además, el Tribunal Constitucional ha admitido, incluso respecto de la sentencia definitiva, el planteamiento prematuro en virtud de un principio de economía cuando la continuación del procedimiento no aporte ningún elemento nuevo de juicio sobre la aplicabilidad de la norma o sobre su relevancia para el fallo. Por tal motivo, el límite temporal inicial

puede situarse prácticamente desde el inicio del procedimiento, siempre que se cumplan las condiciones señaladas. En cuanto al límite temporal final, éste queda abierto *hasta el mismo momento del fallo o de la votación del fallo en el caso de órganos judiciales colegiados*, sin olvidar tampoco la posibilidad de su planteamiento en *fase de ejecución*, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ya mencionados de aplicabilidad y relevancia.²³⁰

Por último, por lo que se refiere a esta fase de planteamiento y tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial, cabe señalar que el auto judicial en el que se suscita la cuestión ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo 35 de la LOTC, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Identificar o concretar la norma con fuerza de ley cuestionada;
- 2) Identificar los preceptos constitucionales que se suponen infringidos; y
- 3) Exteriorizar y argumentar la aplicabilidad y relevancia de la norma para la decisión del proceso.

Es importante mencionar que junto al auto de planteamiento, el órgano judicial deberá remitir testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal respecto a la pertinencia de plantear la cuestión. Estos elementos junto con el auto judicial servirán al Tribunal Constitucional para comprobar el efectivo cumplimiento de los requisitos constitucional y legalmente exigidos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.²³¹

²³⁰ *Ídem*, pp. 118 y 119.

²³¹ *Ibidem*, pp. 120 y 121

Tramitación por el Tribunal Constitucional.- La tramitación de la cuestión por el Tribunal Constitucional no difiere en esencia de la realizada en el recurso de inconstitucionalidad. Tres son las etapas o fases en esta tramitación:

- 1) Admisión o inadmisión a trámite de la cuestión.
- 2) Personación y formulación de alegaciones sobre la cuestión por distintos órganos del Estado (Congreso de los Diputados, Senado, Gobierno y Fiscal General del Estado) y, en el caso de afectar a una norma legal de una Comunidad Autónoma, por sus órganos legislativo y ejecutivo, previo traslado de la cuestión en el plazo común e improrrogable de quince días.
- 3) Sentencia del Tribunal Constitucional concluido el trámite de alegaciones y en el plazo de quince días prorrogables hasta treinta, previa resolución motivada.

De estas tres fases, las diferencias más importantes con respecto a la tramitación del recurso de inconstitucionalidad, dejando a parte la intervención del Fiscal General del Estado que no se produce en el recurso, se encuentran en el llamado "trámite de admisión" En el trámite de admisión de la cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional debe comprobar que no falten las condiciones procesales para el planteamiento de la cuestión (requisitos de admisibilidad) o que ésta no sea notoriamente infundada. En el caso de que ello no se cumpla, el Tribunal Constitucional mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal

General del Estado podrá rechazar la cuestión, de conformidad con el artículo 37.1 de la LOTC.²³²

Como posibles causas de inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad podemos mencionar las siguientes:

- Falta de audiencia (no acreditada) de las partes y/o del Ministerio Fiscal, o su realización defectuosa.
- No identificación expresa del precepto legal cuestionado en el auto de planteamiento, sin posibilidad de su clara deducción de los elementos aportados por el órgano judicial.
- No identificación del precepto constitucional que se supone infringido, sin que exista la posibilidad de deducirse a través de los elementos aportados por el órgano judicial.
- Notoria falta de fundamento de la duda judicial sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.
- No realización expresa del juicio de aplicabilidad y de la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso.
- Notoria falta de fundamento del juicio de aplicabilidad o relevancia realizado por el órgano judicial.

La apreciación de cualquiera de estas causas produce la inadmisión de la cuestión sea en el trámite de admisión mediante *auto*, o bien, en la *sentencia*. Sin embargo, debido al interés objetivo que ofrece toda cuestión de inconstitucionalidad, la inadmisión no impide la posibilidad de un replanteamiento por el propio Juez o Tribunal si se cumplen con todos los requisitos de admisibilidad exigidos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Si se

²³² Ídem, p. 123.

cumple con los requisitos exigidos, deberá admitirse a trámite la cuestión. Una vez admitida, normalmente mediante providencia, el procedimiento continuará con las ya citadas fases de alegaciones y sentencia en los mismos plazos que en el proceso directo de inconstitucionalidad.²³³

Resolución de la cuestión de inconstitucionalidad.- La resolución de toda cuestión de inconstitucionalidad admitida a trámite se produce mediante sentencia que deberá dictarse por el Tribunal Constitucional en un término de diez días prorrogables hasta treinta. Sin embargo, también es posible la extinción del proceso sin sentencia y mediante auto por dos motivos: *por haber sido ya anulada la norma legal controvertida en sentencia posterior a la admisión de la cuestión*, o bien, *por desaparición o extinción sin sentencia del proceso a quo que dio origen a la cuestión*.²³⁴ La extinción de la cuestión de inconstitucionalidad por tales circunstancias se produce debido a la estrecha relación con el proceso en el que la norma resulta necesaria (relevante). Así, si se extingue el proceso que dio origen al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la norma cuestionada deja de tener relevancia para la resolución del extinto proceso, y por tanto, dicho procedimiento constitucional deja de tener sentido.

f) Efectos de la sentencia.- Los efectos de la sentencia varían según sea el sentido de la misma: *desestimación por razones de forma (no ha lugar a pronunciarse) o de fondo*, o bien, *estimación sea parcial o total*.

²³³ *Ibidem*. pp. 125 y 126.

²³⁴ *Ibidem*. p. 128.

Como puede observarse, al igual que en el recurso de inconstitucionalidad existen dos tipos de efectos para las sentencias adoptadas en los procesos constitucionales: *sentencias estimatorias* y *desestimatorias*. Por ese motivo, resulta aplicable la explicación realizada en otra parte de este trabajo sobre los efectos de las sentencias en los procesos constitucionales, por lo que en obvio de repeticiones damos por reproducida dicha explicación.²³⁵ No obstante, con el fin de complementar dicha explicación, resulta necesario mencionar algunos efectos particulares de las sentencias en las cuestiones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, como efecto general de cualquier sentencia, junto con el valor de cosa juzgada la sentencia tendrá efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y por tanto, vinculará a todos los poderes públicos. En consecuencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 38.3 de la LOTC el órgano judicial proponente de la cuestión quedará vinculado por la sentencia desde el momento que tenga conocimiento de la misma. En este sentido, el Tribunal Constitucional debe resolver lo antes posible la cuestión ante él planteada, medida que se dirige fundamentalmente a lograr la mayor celeridad posible en la resolución del proceso *a quo*, pendiente de la decisión de dicho órgano controlante. En segundo lugar, cuando la sentencia sea *estimatoria de la inconstitucionalidad* alegada por el órgano judicial y, en consecuencia, produzca la anulación de la norma legal, se inadmitirán cualesquiera otras cuestiones que insistan sobre el

²³⁵ Vid. *supra*, p. 160 y ss. Son aplicables al respecto las explicaciones dadas en el inciso g) del estudio sobre el recurso de inconstitucionalidad (Efectos de las sentencias), pues debe tomarse en cuenta que al formar parte las cuestiones de inconstitucionalidad de los procesos constitucionales, quedan sometidos a los efectos comunes de cualquier sentencia recaída en este tipo de procesos, mismos que se encuentran previstos por los artículos 164 de la Constitución y 38 a 40 de la LOTC.

mismo objeto. Esto es así debido a los efectos generales de la sentencia, de modo que anulada la norma, no es posible el replanteamiento de la cuestión por la misma norma ya invalidada, debido a la *eficacia de cosa juzgada* de dicha sentencia constitucional.²³⁶

Por último, cabe mencionar que cuando la sentencia sea *desestimatoria* existe la posibilidad de reiterar nuevas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo objeto, debido a que la LOTC deja totalmente abierta la posibilidad al no establecer ninguna limitación expresa.

3.2 Alemania

3.2.1 El control de constitucionalidad de normas generales en Alemania

Corresponde ahora realizar el análisis del sistema de control de constitucionalidad alemán, específicamente del control de la constitucionalidad de normas generales.

Antes de comenzar el estudio del mismo, consideramos pertinente mencionar que a diferencia de España, quien posee un tipo de estado autonómico, Alemania corresponde a un tipo de Estado Federal, ambos con una forma de gobierno parlamentaria. El hecho de que el Estado alemán sea una federación, permite acercarnos más a la idea de distribución de competencias existente en nuestro país, sin olvidar, por supuesto, las diferencias estructurales y funcionales existentes entre la forma de gobierno

²³⁶ RIBAS MAURA. Op. cit, pp. 130 y 131.

democrática parlamentaria de dicho Estado europeo y la forma de gobierno presidencial existente en el nuestro. No obstante, entre los Estados europeos resulta conveniente analizar el sistema de control de constitucionalidad desarrollado por Alemania, pues consideramos que el estudio del mismo será más comprensible por corresponder México a ese tipo de Estado (federal), además por las aportaciones teórico-prácticas que como sistema de control resultan no sólo innovadoras para un sistema de control de constitucionalidad como el mexicano, sino realmente, una verdadera opción a considerar para la actualización e incluso reestructuración en nuestro país del sistema de control de constitucionalidad, específicamente del control de normas y disposiciones generales, con el fin de establecer y garantizar un verdadero estado de constitucionalidad en México.

Con el fin de comprender mejor el federalismo alemán y la distribución de competencias entre sus diferentes órganos constituidos, resulta conveniente realizar un breve análisis de los mismos.

a) Organización territorial del Estado.- Alemania es un Estado Federal formado por 16 *Länder*²³⁷. El federalismo alemán establece un equilibrio entre competencias de la federación y los *Länder*, siendo la Ley Fundamental quien enumera las materias en las que la federación tiene competencia exclusiva -que son las materias fundamentales para la convivencia social y política- y también las materias de competencia concurrente con los *Länder*. La

²³⁷ De acuerdo con el texto de la Constitución, Alemania está constituida como un Estado federal, por partes integrantes denominadas *Land*. Los *Länder* tienen un gobierno autónomo, distribuidos competencialmente, contando con un órgano legislativo, ejecutivo y judicial. Participan en las decisiones federales mediante su presencia en el *Bundesrat*. Tienen además autonomía legislativa en todo lo no expresamente reservado para la federación, autonomía administrativa, hacendaria y financiera.

cláusula residual opera a favor de estos últimos; la intensa tradición de los Estados alemanes garantiza que la autonomía administrativa y política sea completa y que, por lo demás, los *Länder* ejerzan sus funciones de gobierno en el ámbito de sus competencias sin incurrir en prácticas de subordinación al Estado federal ni tendencias secesionistas o en intentos de obtención de mayores márgenes de autonomía.²³⁸

El modelo federal alemán está fundamentado en el principio del *federalismo cooperativo*, enunciado en el artículo 91, a y b de la Ley Fundamental. La idea del federalismo cooperativo consiste en abrir la posibilidad de que la Federación colabore con los Estados federados en determinado tipo de proyectos, sin que se altere la distribución de competencias establecida con carácter general en el texto constitucional, es decir, que la Federación financie directamente actividades o servicios que corresponden en principio a los Estados federados. Las consecuencias de este modo de entender el federalismo son evidentes: en primer lugar, posibilita el desarrollo equilibrado de los distintos Estados federados; en segundo lugar, permite resolver de modo más flexible los posibles conflictos entre la Federación y los Estados federados; en tercer lugar, implica un régimen distinto de transferencias presupuestarias de la Federación a los Estados, de participación de éstos en la administración de los recursos recaudados a escala federal y de política de gastos de la esfera federal en la ejecución de los programas en los Estados federados; en cuarto y último lugar, supone que los Estados federados pueden participar en proporción distinta a su fuerza recaudatoria en la asignación de recursos federales.

²³⁸ COTARELO. Ramón et. al. *Sistemas políticos de la Unión Europea con inclusión de Estados Unidos y Japón*. Madrid, Editorial Universitas, 1993, p. 24.

Por otro lado, el federalismo alemán tiene un elemento descentralizador en la exigencia de las *Zustimmungsgesetze* o leyes precisadas del asentimiento del *Bundesrat* por mayoría absoluta. Se tratan de normas legislativas que versan sobre materias delicadas de organización de los poderes del Estado: por ejemplo, las leyes que alteren las dimensiones territoriales de los *Länder*, la organización de los poderes de éstos en la ejecución de las leyes federales, el establecimiento de autoridades federales intermedias, los impuestos de *Land* o los locales, el reparto de cargas financieras entre los *Länder* o la administración de recursos. Las *Zustimmungsgesetze* son un mecanismo directo para hacer participar a los *Länder* en la labor legislativa de la Federación y otorgan un poder absoluto de veto al *Bundesrat*.²³⁹

b) Órganos de gobierno.- Una vez explicada la forma de organización territorial del Estado alemán, resulta conveniente establecer cuáles son los órganos alemanes de carácter federal que ejercen las funciones de gobierno en dicho país, pues ello permitirá comprender mejor la organización estructural y funcional de dicha federación, así como el papel de los mismos en los distintos procedimientos de control de constitucionalidad. Dichos órganos federales son los siguientes:

- *Bundespräsident* o Presidente de la federación.- Es elegido por *vía indirecta* a través de un órgano especial llamado *Asamblea Federal*, compuesta por todos los diputados del *Bundestag* más una cantidad igual de miembros elegidos por los parlamentos de los Estados Federados, en votación sin

²³⁹ *Ibidem*. pp. 25 y 26.

debate. Sus facultades son ceremoniales y de representación. Tiene a su cargo la representación del Estado hacia el exterior, el nombramiento de jueces y funcionarios federales, participa en la celebración de tratados internacionales y es irresponsable políticamente ante el Parlamento.²⁴⁰

- *Bundesregierung* o gobierno federal.- El gobierno federal se compone del Canciller y de los ministros federales. El Canciller federal es electo sin discusión por el *Bundestag* por mayoría absoluta de votos a propuesta del Presidente federal. Los ministros federales son nombrados y revocados por el Presidente a propuesta del Canciller. Dentro del gabinete así conformado, el Canciller ocupa una posición independiente y sobresaliente: Dirige las sesiones del gabinete; le compete el derecho de "formar gobierno" y el de revocación de nombramiento de ministros con aprobación del Presidente; fija el número y las áreas de competencias de los ministros; determina las directrices de la política interna, en cuyo marco los miembros del gabinete ejercen sus funciones bajo su propia responsabilidad; y es el único miembro del gobierno electo por el parlamento y responsable ante él.²⁴¹
- *Bundestag* o Cámara de Representación Federal.- Es el órgano de representación popular de la Federación. Los diputados que lo integran son electos por voto popular directo cada cuatro años mediante el sistema de elección uninominal y plurinominal. Cumple las dos funciones esenciales del poder legislativo en un sistema parlamentario: la función legislativa (compartida en este caso por el *Bundesrat*) y la de conformación y control del gobierno, que es responsable ante

²⁴⁰ Ídem., p. 26.

²⁴¹ COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, p. 115.

él. Las leyes se discuten primero en este órgano y después en el *Bundesrat* a pesar de que este órgano las recibe primero, pero no para efectos propiamente legislativos, sino para emitir una opinión sobre el proyecto que le envía el gobierno y que será turnado para su debate al *Bundestag*. Una vez discutida una iniciativa en este órgano, será turnada para su aprobación de nuevo al *Bundesrat*. Si el proyecto proviene del *Bundesrat*, deberá analizarse y aprobarse también inicialmente en el *Bundestag*. Si los miembros de este último son los que elaboran la iniciativa, ésta será discutida en su propio órgano para pasar después al *Bundesrat*.²⁴²

- *Bundesrat* o Cámara de Representación de los *Länder*.- Es un órgano de representación territorial. Es una especie de consejo de los gobiernos de los *Länder*, de ahí que sea conocido también como Consejo Federal. Está compuesto por delegados designados por los gobiernos de los respectivos *Länder* en razón proporcional a la cantidad de habitantes a partir de tres representantes o más dependiendo la población de cada *Länder*. Este sistema hace justicia a la cantidad de habitantes del Estado federado (a diferencia del criterio uniforme de los representantes en el Senado mexicano) y, al mismo tiempo le niega el carácter electivo, esto es, la elección de sus miembros mediante sufragio universal, constituyéndose paradójicamente un órgano típicamente federal. El Consejo Federal puede ser considerado como un instrumento en manos de los *Länder* que garantiza la existencia de la Federación frente a los intentos centralizadores del Estado Federal.²⁴³ Es importante mencionar que comparte la función

²⁴² Ibidem, p. 117 y 118.

²⁴³ COFARELO. Op. cit., pp. 29 y 30.

legislativa federal con el *Bundestag*. A pesar de esta circunstancia los miembros del *Bundesrat* no son precisamente parlamentarios, pues sus votos sobre asuntos de su competencia no son individuales, sino colectivos. Un *Land* vota unificado y su decisión representa la del *Land* no la de sus delegados en particular. El gobierno del *Land* puede en todo momento sustituir a los miembros que ha enviado al *Bundesrat*.²⁴⁴

- *Die Oberste Gerichtshöfe* o Tribunales de la Federación.- Tienen a su cargo la jurisdicción ordinaria y su competencia se limita al ejercicio del control de la legalidad. Dicha competencia está distribuida por materias: civil, penal, administrativa, laboral entre otras más.
- *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Constitucional Federal.- Tiene a su cargo la jurisdicción constitucional y es el único competente para ejercer el control de la constitucionalidad en Alemania. Su análisis será realizado a detalle en el siguiente apartado por ser uno de los elementos clave del sistema de control de la constitucionalidad alemán.

c) Sistema de control de constitucionalidad.- Establecidos los órganos sobre los que recae propiamente toda la actividad del Estado, es importante conocer una de las estructuras constitucionales básicas del Estado alemán, su sistema de control de constitucionalidad. Las características del sistema de control de constitucionalidad del estado alemán pueden resumirse de la siguiente manera:

²⁴⁴ C'OVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*. p. 119.

- Existencia de un *control concentrado* caracterizado por el establecimiento de una competencia *excluyente* de las cuestiones de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, atribuida a un órgano jurisdiccional --Tribunal Constitucional Federal--, cuya competencia se circunscribe exclusivamente a la materia de control de conformidad con la constitución (control de la constitucionalidad);
- Dicho control tiene lugar sólo a instancia de un órgano estatal o de un ciudadano. No procede en ninguna situación de oficio; y
- El control se ejerce *a posteriori*.²⁴⁵

Corresponde a continuación explicar a detalle cada una de las características mencionadas:

Establecimiento de un Tribunal Constitucional específico (control concentrado).- El Tribunal Constitucional Federal ejercita el control de constitucionalidad en diferentes procedimientos: mediante controles abstractos y concretos de normas, así como a través de las quejas constitucionales de los ciudadanos, que sirven como control de leyes, existiendo al efecto otros medios y procedimientos de control que debido al objeto de nuestra investigación (control de constitucionalidad de normas y disposiciones generales) resultaría pretencioso analizarlos.

²⁴⁵ RESS, Georg. *El control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal de Alemania* en Primer Encuentro Jurídico Argentino -- Germano (5 al 8 de Abril de 1988). Buenos Aires, 1990, p. 131.

El establecimiento de un Tribunal Constitucional Federal específico no significa que en Alemania no exista un control de leyes a través de los tribunales ordinarios. Por el contrario, el sistema de control concentrado se basa en esa competencia de control judicial de las leyes, el llamado **derecho de verificación o control judicial de las leyes**.²⁴⁶

En Alemania, el control de constitucionalidad de normas generales le corresponde en particular a cada tribunal ordinario. No obstante, la *competencia excluyente*, es decir, la facultad de declarar la inconstitucionalidad y por ello la nulidad de una ley, le corresponde solamente al Tribunal Constitucional Federal. El derecho de verificación judicial tiene rango constitucional, la propia Ley Fundamental en el artículo 100, inciso 1, respecto del *control concreto de normas* parte de la base del derecho general de verificación judicial de la constitucionalidad de las normas generales (incluidas por supuesto las leyes), y lo presupone como evidente dentro del marco del sistema establecido por dicha Ley Fundamental. Las cuestiones sobre la constitucionalidad del orden jurídico vigente, en consecuencia, no son un privilegio exclusivo de la jurisdicción constitucional, pues todo juez tiene el derecho y la obligación de verificar la constitucionalidad de una ley y, en caso necesario, de efectuar una interpretación de la ley conforme lo establecido por la Ley Fundamental alemana. Dentro de la responsabilidad de su

²⁴⁶ *Ibidem*. Es importante mencionar que la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania ha influido en el sistema político, pues ha conducido a una "juridificación" de los principales conflictos políticos. Debido a ello, es al Tribunal Constitucional Federal Alemán a quien corresponde realizar el control judicial de la totalidad de la acción estatal tomando como parámetro la Constitución. De esta forma, el derecho Alemán ha alcanzado su apogeo y su perfección al insertar dentro de su sistema político, el llamado sistema europeo de jurisdicción constitucional concentrada, caracterizado por la existencia de un Tribunal Constitucional especial y autónomo.

decisión sobre la constitucionalidad el juez debe realizar una verificación de las normas. Sin embargo, la *competencia técnica exclusiva* para "rechazar" en forma definitiva y obligatoria una ley está reservada únicamente al Tribunal Constitucional Federal, órgano de control a quien se atribuye el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de leyes.²⁴⁷

Es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal Constitucional es considerado como un "tribunal federal independiente y autónomo frente a todos los demás órganos constitucionales". Su función genérica consiste en interpretar la Constitución y preservar su observancia, en consecuencia, tiene el derecho y el deber de verificar la conformidad de los actos de autoridad y normas (federales o locales) con la Constitución del Estado, *situándose en un plano de autonomía frente a los demás órganos constituidos*, ya que no pertenece al poder judicial federal, permitiéndole esta situación estar en condiciones de dilucidar controversias constitucionales entre órganos del Estado federales y/o locales, o bien, entre órganos constituidos y particulares.

El Tribunal Constitucional Federal se compone de un total de 16 magistrados distribuidos en dos senados²⁴⁸ con ocho jueces cada

²⁴⁷ Ídem, p.132. Recordemos que una de las características propias de un sistema concentrado de control de constitucionalidad es que el órgano controlante es el único con competencia en materia de control de constitucionalidad, aunado a la competencia excluyente que lo caracteriza (su jurisdicción excluye a la de todos los demás tribunales ordinarios del control de constitucionalidad). Por tanto, el control de legalidad queda fuera de su competencia por corresponder a los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria: Tribunales Federales y demás órganos del poder judicial, tal es el caso de Alemania.

²⁴⁸ En alemán el término *Senat* tiene además de la connotación común y conocida equivalente a senado, la de corte o sala, por lo que debe entenderse que el Tribunal Constitucional Federal divide su competencia en cortes o salas. COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...* p. 123, nota al pie de página 29.

uno; ocho son elegidos por el *Bundestag* y los otros ocho restantes por el *Bundesrat* por mayoría de dos tercios de los colegios designados para efecto de la elección. Cabe mencionar que tres de los magistrados de cada senado deben ser elegidos de entre los magistrados de los Tribunales Superiores de la Federación que tengan al menos tres años de ejercicio en los mismos (Artículo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Los magistrados deben tener cuarenta años cumplidos y ser elegibles al *Bundestag*, así como haber declarado por escrito que están dispuestos a ser miembros del Tribunal Constitucional Federal. Además, deben reunir los requisitos exigidos para ser miembros de la carrera judicial de conformidad con la Ley de la judicatura alemana (Artículo 3, incisos 1 y 2 LTCF).

Es importante mencionar que en el artículo 3 de la ley en comento, se establece que los magistrados no pueden ser miembros del *Bundestag*, del *Bundesrat*, del Gobierno Federal o de los órganos correspondientes de los Estados Federados, por lo que de ocupar dichos cargos, al ser designados cesan aquéllos. El cargo de magistrado del Tribunal Constitucional Federal es incompatible con el ejercicio de cualquier otra profesión a excepción de la docencia del derecho en un centro de educación superior alemán; no obstante, la actividad de magistrado del Tribunal Constitucional Federal prevalece sobre el ejercicio de la profesión docente.

El mandato de los magistrados tiene una duración de doce años y se extiende como máximo hasta el límite de edad preceptivo, que es el último día del mes en que el magistrado cumple sesenta y ocho años. Cabe señalar que queda excluida la reelección subsiguiente o posterior de los magistrados, y que una vez concluido

su mandato, los magistrados siguen despachando sus asuntos hasta la designación de sus sucesores (Artículo 4 LTCF).

Control a instancia de un órgano estatal o de un ciudadano.- El sistema alemán de control de la constitucionalidad se basa en una *legitimación concreta* para la interposición de los medios de control de la constitucionalidad, desconociendo en consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal de oficio pueda verificar la inconstitucionalidad de una ley.²⁴⁹ A diferencia de la legitimación institucional existente en el sistema de control de constitucionalidad español en el que existe un verdadero planteamiento "oficial" --como sucede en el control abstracto de normas--, el sistema alemán reconoce el planteamiento de los diversos medios de control de constitucionalidad por parte de los individuos. Dicho sistema de control está dirigido no solamente a controlar la constitucionalidad objetiva de los actos estatales, sino también como *garantía de protección jurídica subjetiva*.²⁵⁰

En este orden de ideas, la constitucionalidad de las normas generales puede ser controlada por el Tribunal Constitucional Federal:

- a) por apelación por parte de los órganos políticos a través del *control abstracto de normas generales*;
- b) por apelación a través de los propios tribunales mediante el *control concreto de normas generales*; y
- c) por apelación a través de cada ciudadano, vía *queja constitucional*.

²⁴⁹ RESS. Op. cit. p. 139.

²⁵⁰ *Ibidem*.

Como puede observarse, únicamente dichos sujetos legitimados pueden instar al órgano de control para que verifique la constitucionalidad de normas generales, lo que impide cualquier posibilidad de control oficioso de la constitucionalidad de normas generales por parte del Tribunal Constitucional Federal.

Control de la constitucionalidad de normas generales a posteriori.- El Tribunal Constitucional Federal ha sostenido a través de su jurisprudencia que tanto en el marco de control abstracto y concreto de normas como en el marco de una queja constitucional, sólo entra en cuestión el control de una ley promulgada por el Presidente Federal; en consecuencia, cualquier tipo de control preventivo de normas (*a priori*) queda excluido en el sistema de control de constitucionalidad alemán.²⁵¹

Esto significa que en Alemania únicamente puede realizarse un control sobre la constitucionalidad de leyes aprobadas por el parlamento y promulgadas por el Presidente, por tanto, no puede realizarse un control sobre meros proyectos normativos, pues ello no es objeto de verificación en un sistema de control de constitucionalidad que cuenta con medios de control *a posteriori*, previstos constitucionalmente y legalmente para la verificación de la conformidad del ordenamiento jurídico vigente con la Constitución.

3.2.2 Control abstracto de normas

Una vez analizadas las principales características del sistema de control de constitucionalidad alemán, es momento de hacer lo

²⁵¹ Ídem. pp. 134 y 135.

propio respecto de los distintos medios de control de constitucionalidad de normas generales, comenzando con el estudio del control abstracto de normas.

a) Legitimación y competencia.- Los órganos del estado pueden optar por denunciar la inconstitucionalidad de normas generales mediante un *control abstracto de constitucionalidad o directo*, el cual se encuentra previsto por el artículo 93, inciso 1, párrafo segundo de la Ley Fundamental. Dicho artículo establece respecto a la competencia del Tribunal Constitucional Federal en materia de control abstracto de normas generales lo siguiente:

"Artículo 93:

(1) El Tribunal Constitucional Federal decide:

1. ...

2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag..."

Como puede observarse, además de establecerse la competencia del Tribunal Constitucional Federal para ejercer el control abstracto de normas generales por dudas relativas a la compatibilidad formal o material de las normas federales o de los *Länder* con la Constitución, también se establecen los órganos legitimados para interponer dicho medio de control, a saber: *Gobierno Federal, Gobierno de un Land (gobierno provincial)*, o bien, *un tercio de los miembros del Bundestag*.

Es importante mencionar que la Ley del Tribunal Constitucional Federal reitera la competencia en materia de control abstracto a favor del Tribunal Constitucional Federal, así como los

sujetos legitimados para promover dicho medio de control ante este último, al establecer:

Artículo 13

El Tribunal Constitucional Federal conoce en los casos determinados por la Ley Fundamental, a saber,

1. ...

2. ...

3. ...

4. ...

5. ...

6. discrepancias o dudas acerca de la compatibilidad formal o material del derecho federal o del derecho de los Estados Federados con la Ley Fundamental o acerca de la compatibilidad del derecho de los Estados Federados con otras normas del derecho federal, a instancia del Gobierno Federal, del gobierno de un Estado Federado o de un tercio de los miembros del Bundestag (Artículo 93, apartado 1, número 2, de la Ley Fundamental).. ”

En este sentido, tanto en la Ley del Tribunal Constitucional Federal como en la Ley Fundamental alemana se establece una *legitimidad activa de carácter institucional*. En consecuencia, sólo los órganos estatales legitimados pueden denunciar la inconstitucionalidad de normas generales vía control abstracto de constitucionalidad, no pudiendo ser promovido este medio de control por los particulares.

b) Objeto de control.- El objeto del control abstracto de constitucionalidad de normas es la determinación de la validez o nulidad de las mismas, en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución.²⁵²

El control abstracto de normas ocupa una posición especial dentro de las múltiples posibilidades de control de las leyes, pues la ley será controlada en cuanto a su concordancia con la Ley Fundamental en forma extensiva. Esto significa que el Tribunal

²⁵² COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*. . p.136.

Constitucional Federal debe tomar su decisión sin que exista la limitación de tomar en cuenta la afectación específica del solicitante, sino en forma abstracta y objetiva, esto es, con independencia de las aplicaciones concretas de la norma general cuya constitucionalidad está siendo verificada.

De conformidad con lo establecido por el artículo 93, inciso 1, párrafo segundo de la Ley Fundamental, este medio de control abstracto presupone a diferencia de otros procedimientos constitucionales sólo un *interés objetivo* en la verificación de la validez de la norma o de su constitucionalidad, y no una justificación subjetiva o una lesión subjetiva de los derechos del solicitante. En consecuencia, el control abstracto se extiende al "derecho federal o al provincial", es decir, a *toda norma de derecho*, así como también a las *leyes del presupuesto y ordenanzas*, aun cuando estas últimas no sean formalmente leyes promulgadas por el Parlamento. En este sentido, el parámetro de comprobación será el ordenamiento normativo vigente tanto federal como provincial, respecto del cual surjan dudas en cuanto a su constitucionalidad material o formal.²⁵³

c) Plazo para interponer el control abstracto de normas.-

Es importante mencionar que no existe un plazo para interponer este medio de control abstracto de constitucionalidad de normas ante el Tribunal Constitucional Federal, pues ni la Ley Fundamental ni la Ley del Tribunal Constitucional establecen plazo alguno para denunciar ante dicho órgano de control la inconstitucionalidad de normas generales.

²⁵³ RESS. Op. cit. pp.150 y 151

En este sentido, el término queda abierto para que los órganos estatales legitimados insten al Tribunal Constitucional a verificar la constitucionalidad de cualquier norma general federal o provincial, cuando consideren que el derecho federal o el derecho de un Estado Federado es nulo en razón de su incompatibilidad formal o material con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal, o bien, que una norma es válida después de que un tribunal, una autoridad administrativa o un órgano de la Federación o de un Estado Federado no la haya aplicado por considerarla incompatible con la Ley Fundamental o con otras disposiciones de derecho federal, siempre que se cumpla con los requisitos y trámites previstos tanto por la Ley Fundamental de Alemania como por la Ley del Tribunal Constitucional Federal (artículo 93, inciso 1, párrafo segundo de la Ley Fundamental y 76 a 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

d) Substanciación del procedimiento de control abstracto de constitucionalidad de normas.- El procedimiento para el caso del control abstracto de normas se encuentra previsto por los artículos 76 a 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal y otras disposiciones complementarias del Reglamento de dicho órgano de control de la constitucionalidad, existiendo además disposiciones comunes previstas en dichos ordenamientos aplicables a los procesos constitucionales, y por ende, al proceso de control abstracto de constitucionalidad de normas generales.

La petición para iniciar un proceso constitucional debe presentarse por escrito al Tribunal Constitucional Federal, mismo que deberá estar fundamentado y en el que habrá de aportarse los medios de prueba necesarios. El Presidente o el magistrado ponente

notificarán sin demora la petición al oponente, a los demás interesados y a los terceros a los cuales se decida oír, instándoles a que se manifiesten en un plazo determinado sobre su contenido. El Presidente o el ponente podrán instar a cada interesado a que presente dentro de un plazo determinado tantas copias de sus escritos y de las resoluciones impugnadas como sean necesarias para el tribunal y los demás interesados (Artículo 23 LTCF).

Es importante mencionar que las peticiones improcedentes o manifiestamente infundadas podrán desestimarse por resolución unánime del tribunal. Dicha resolución no requerirá ulterior motivación cuando el tribunal haya notificado con anterioridad al recurrente los motivos de la inadmisión o manifiesta falta de fundamento de su petición (Artículo 24 LTCF).²⁵⁴

De conformidad con lo establecido por el artículo 76 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, para el caso del procedimiento abstracto de control, la solicitud al órgano controlante para verificar la constitucionalidad de normas generales por los sujetos legitimados --Gobierno Federal, gobierno de un Estado Federado o un tercio de

²⁵⁴ Cabe mencionar que cuando un procedimiento constitucional es promovido por un grupo de personas o contra un grupo de personas, el Tribunal Constitucional Federal podrá disponer que el interesado ejercite sus derechos, en particular el derecho a personarse en la vista, a través de uno o varios delegados (Artículo 21 LTCF). Los interesados podrán ser dirigidos por letrado habilitado legalmente para ejercer su profesión en un tribunal alemán o por un docente de derecho en un centro de educación superior alemán en cualquier fase del procedimiento. Los cuerpos legislativos y los órganos de los mismos dotados de derechos propios en virtud de la Constitución o de su reglamento también podrán estar representados por sus miembros. La Federación, los Estados Federados y sus órganos constitucionales podrán además estar representados por sus funcionarios, en la medida en que estos estén habilitados legalmente para el ejercicio de la judicatura o estén capacitados para ejercer cargos superiores en la función pública en virtud de los preceptivos exámenes oficiales. El Tribunal Constitucional Federal podrá autorizar asimismo que los interesados sean asistidos por otras personas. Designado un letrado patrocinante o representante en juicio, todas las comunicaciones del tribunal deberán dirigirse a él (Artículo 22 LTCF).

los miembros del Bundestag--, sólo será admitida a trámite cuando uno de los actores considere que el derecho federal o el derecho de un Estado Federado es nulo en razón de su incompatibilidad formal o material con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal, o que es válido después de que un tribunal, una autoridad administrativa o un órgano de la Federación o de un Estado Federado no lo haya aplicado por considerarlo incompatible con la Ley Fundamental o con otras disposiciones de derecho federal, debiendo dicho Tribunal dar traslado de la solicitud al Bundestag, al Bundesrat y/o al Gobierno Federal, a fin de que formulen las alegaciones que consideren pertinentes.

El artículo 20 del Reglamento del Tribunal Constitucional Federal establece que el Presidente de la Sala competente designará al magistrado ponente; no obstante, si el asunto tuviere una relevancia especial, podrá designar un componente de común acuerdo con la sala. A petición del ponente o por acuerdo de la sala, el Presidente recabará informes periciales de personalidades con conocimientos especiales sobre materias relevantes para la resolución del caso y se levantará acta de todas las diligencias relacionadas con el procedimiento constitucional (Artículo 22 apartados 5 y 6 del RTCF).

El Tribunal Constitucional Federal practicará las pruebas que estime necesarias para investigar la verdad, pudiendo confiar la práctica de pruebas a un miembro del tribunal o solicitarla mediante exhorto a otro tribunal con limitación a determinados hechos y personas. Por resolución adoptada por una mayoría de dos tercios de los votos del tribunal, podrá prescindirse de la unión de determinados antecedentes a los autos cuando su utilización sea

incompatible con la seguridad del Estado. Todos los tribunales y autoridades administrativas están obligados a prestar asistencia judicial y administrativa al Tribunal Constitucional Federal y si éste solicitare documentos de un procedimiento previo, deberán ser remitidos inmediatamente (Artículos 26 y 27 LTCF).

Una vez iniciadas las deliberaciones de la sala competente no podrán incorporarse nuevos magistrados, y en caso de que no se reúna el quórum exigido (por lo menos seis magistrados por sala) las deliberaciones deberán repetirse previa incorporación de los magistrados necesarios, de conformidad con lo previsto por el artículo 15 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Iniciadas las deliberaciones con menos de ocho magistrados no podrán intervenir más magistrados (Artículo 26 del RTCF).

e) **Sentencia.**- Cumplido el quórum exigido legalmente, el ponente formulará un voto por escrito y los miembros de la sala recibirán a más tardar en ese mismo momento los legajos con todos los documentos relevantes a efectos del procedimiento y la resolución de la norma general cuestionada, siendo posible que en aquellos casos que no entrañen mayores dificultades pueda presentarse en lugar del voto un proyecto de resolución motivado. Entre la distribución del voto y la deliberación mediarán como mínimo diez días; en esta última sólo estarán presentes los magistrados que conozcan del caso (Artículos 23 y 25 del RTCF).

El Tribunal Constitucional Federal resolverá en *deliberación secreta* de acuerdo con su libre convicción, asentada en el contenido de la vista y en el resultado de las pruebas practicadas. Las decisiones deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros

de la sala que intervengan en la resolución (Artículo 15 LTCF). Los magistrados pueden reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación tanto por lo que se refiere a la decisión como a su fundamentación.

La resolución (sentencia) se adoptará por escrito, deberá estar motivada y llevará la firma de los magistrados que la adopten; acto seguido, se publicará mencionando los considerandos fundamentales en el Boletín Oficial del Estado y serán enviadas al Ministerio Federal de Justicia por el consejero de la presidencia de la sala. La fecha de publicación de una resolución podrá darse a conocer o fijarse al término de las deliberaciones, en este caso, se comunicará inmediatamente a los interesados. Entre el término de las deliberaciones y la publicación de la resolución no deberán transcurrir más de tres meses; no obstante, dicha fecha de publicación podrá aplazarse por resolución del Tribunal. En caso de que la resolución no se haya insertado en el Boletín Oficial del Estado habiendo transcurrido tres meses de la publicación o notificación, aquél informará al Presidente y al ponente (Artículos 26, 28 y 29 del RTCF). Todas las resoluciones deberán notificarse a los interesados, pudiendo la sala comunicar en su resolución la proporción de la votación. En caso de existir votos particulares, deberán incorporarse a la resolución. (Artículo 30 LTCF).

Cabe agregar que todo magistrado que haya participado en la resolución del proceso constitucional, puede exigir hasta el momento de la publicación de aquélla que se prosigan las deliberaciones en caso de que quiera modificar el sentido de su voto, así como solicitar la continuación de las deliberaciones cuando desee aportar criterios

no examinados anteriormente o cuando lo considere oportuno en razón de la formulación de un voto particular.

f) Efectos de la sentencia.- Las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal son vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados Federados y para todos los tribunales y todas las autoridades. En la medida en que el Tribunal resuelva que una ley es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas del derecho federal o se declare su nulidad, el tenor de la resolución deberá ser publicado por el Ministerio Federal de Justicia en el Boletín Oficial del Estado. El Tribunal Constitucional Federal podrá disponer en su resolución quién ha de ejecutarla, pudiendo en casos concretos regular asimismo la modalidad de la ejecución (Artículos 31 y 35 LTCF).

En este sentido, cuando una norma del derecho federal o de un estado federado es considerada incompatible con la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal declarará la nulidad de la norma en cuestión, decisión que tendrá efectos generales y será obligatoria para todos los demás órganos del Estado, estableciendo en su resolución los medios y modalidades para ser ejecutada a fin de hacer efectivo su cumplimiento.

3.2.3 Control concreto de normas

a) Legitimación y competencia.- El control concreto de la constitucionalidad de normas generales se encuentra previsto por el artículo 100, párrafo primero de la Ley Fundamental alemana, mismo que establece:

"Artículo 100:

1. Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la del Tribunal Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal."

Como puede observarse, dicho precepto no sólo establece la competencia de los tribunales de jurisdicción ordinaria para verificar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico federal o local en Alemania y en caso de duda sobre su conformidad con la Ley Fundamental instar al Tribunal Constitucional para que decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas aplicables en el proceso seguido ante su instancia, sino que además se atribuye legitimidad a dichos órganos judiciales para promover el control concreto de normas generales ante el multicitado órgano de control de constitucionalidad.

El artículo 100, párrafo primero de la Ley Fundamental, además de ser el fundamento de la facultad de declaración de la inconstitucionalidad de leyes por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, supone la introducción en este sistema de jurisdicción concentrada de un elemento característico del sistema de control difuso norteamericano, al reconocérsele a los "jueces ordinarios" la posibilidad de someter al juicio del Tribunal Constitucional la presunta inconstitucionalidad de normas generales, lo que permite llevar a cabo un juicio previo de constitucionalidad del ordenamiento jurídico federal y de los Estados federados.

Es importante mencionar que dicho control concreto de normas se encuentra también previsto en la Ley del Tribunal

Constitucional Federal, concretamente en los artículos 13, párrafo 11 y 80 a 82 a los que deben añadirse los relativos a disposiciones generales sobre procedimientos constitucionales previstos en dicha ley. El artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece respecto del control concreto de normas lo siguiente:

“Artículo 13:

El Tribunal Constitucional Federal conoce en los casos determinados por la Ley Fundamental, a saber,

...

11. compatibilidad de una ley federal o de una ley de un Estado Federado con la Ley Fundamental o compatibilidad de una ley de un Estado Federado o de alguna otra norma del derecho de un Estado Federado con una ley federal, a instancia de un tribunal (artículo 100, apartado 1, de la Ley Fundamental).. ”

Para comprender el diseño y la aplicación de este medio de control concreto de constitucionalidad de normas, debe partirse de la idea de que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Ley Fundamental en Alemania, y por ello, que debe ser éste quien decida de forma irrevisable respecto de la conformidad de la normatividad con aquélla, y así, sea quien resuelva sobre la pertinencia de ejercer el control concreto que le ha sido planteado por los órganos judiciales. En este orden de ideas, el control concreto de normas se plantea como una vía procesal que intenta introducir, en parte, un mecanismo de *jurisdicción concreta* en el modelo de jurisdicción constitucional abstracta articulado por el sistema de control de constitucionalidad establecido por la propia Ley Fundamental de Alemania. Evidentemente, el juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada lo reservan tanto la Ley Fundamental como la Ley del Tribunal Constitucional Federal a dicho órgano controlante, quien tiene en esta materia competencia exclusiva. No obstante, ello no excluye el juicio que sobre la hipotética inconstitucionalidad de la norma puedan llevar a cabo los

órganos jurisdiccionales legitimados para promover el control concreto de normas, al efecto los órganos judiciales, y que en realidad es la razón de ser de dicho medio de control de constitucionalidad, esto es, la revisión de la constitucionalidad del orden jurídico existente y la posibilidad de someter a consideración del Tribunal Constitucional Federal aquellas normas aplicables a procedimientos substanciados ante tribunales y jueces de jurisdicción ordinaria cuya constitucionalidad esté en duda, y que deberá resolverse mediante un verdadero juicio de constitucionalidad, exclusivo de la jurisdicción constitucional.

En este sentido, el juicio seguido en la instancia ordinaria sólo sirve para fundamentar el procedimiento de control concreto que al juez ordinario le está prohibido conocer, por ser competencia del Tribunal Constitucional el resolver dicho procedimiento constitucional, pues el mismo tiene el efecto de excluir del ordenamiento una norma legal declarada inconstitucional y afectada por tanto de nulidad, efecto que en ningún caso corresponde al control ejercido por los órganos jurisdiccionales ordinarios, esto es, al control de legalidad, sino a los órganos de jurisdicción constitucional, en el caso, Tribunal Constitucional Federal.

Debido a ello, el planteamiento del control concreto que hace el juez ordinario (a quo) respecto de una ley aplicable al caso concreto del cual conoce ante el Tribunal Constitucional Federal por considerarla violatoria del ordenamiento constitucional, obedece al cumplimiento de la obligación de respetar la Ley Fundamental y de velar por la constitucionalidad del ordenamiento jurídico durante el desempeño de su función jurisdiccional. Por este motivo, resulta necesario para que proceda este medio de control concreto de

constitucionalidad de leyes y normas generales la existencia de un proceso substanciado ante la jurisdicción ordinaria en el cual, durante su desarrollo, surja la duda sobre la constitucionalidad de una ley que ha de ser aplicada para la resolución de dicho proceso.

Como puede observarse, el juez que conoce de la causa se halla ante un imperativo claramente jurisdiccional de consultar al órgano controlante en torno a la conformidad de la ley que servirá de fundamento para dictar sentencia con la Ley Fundamental de la cual emana esa ley, a fin de que sea el propio Tribunal Constitucional Federal quien se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley aplicable al procedimiento substanciado en la jurisdicción ordinaria.

b) Objeto de control.- Mientras en el control abstracto de normas el Tribunal Constitucional Federal actúa como *protector de la Constitución* mediante el control concreto de normas aparece tanto como contralor como protector del legislador por considerar que ningún tribunal de jurisdicción ordinaria puede dejar de lado los propósitos que tuvo en cuenta el legislador. En este sentido, el objeto de revisión se dirige a las leyes aplicables a la resolución de un caso concreto sometido a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Los tribunales ordinarios (no constitucionales) están obligados en caso de dudas sobre la constitucionalidad del ordenamiento jurídico a interpretar la conformidad constitucional de la normatividad aplicable al juicio cuya resolución dependa de la aplicación de dicha normatividad, debiendo poner de manifiesto la misma ante el Tribunal Constitucional al haber realizado un juicio previo de constitucionalidad, fundando y motivando dicha convicción y exponiendo sus argumentos ante el órgano de control, debido a que

los órganos judiciales se encuentran impedidos para declarar la nulidad de normas, por lo que la determinación de la validez o inconstitucionalidad de la ley propuesta, es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional Federal, correspondiendo únicamente al órgano judicial llevar a cabo una interpretación de la conformidad de leyes con la Constitución.²⁵⁵

En este orden de ideas, la apelación a través de los tribunales en el marco del control concreto de normas presupone que el tribunal ordinario considere una disposición legal como inconstitucional y que la solución de esa cuestión sea pertinente para su decisión. En ese caso el tribunal presenta la cuestión al Tribunal Constitucional Federal para su decisión previa. Si existe la "pertinencia de la decisión" el Tribunal Constitucional Federal decide. De esta forma influye dicho órgano de control sobre el hecho de saber si la norma sometida a su verificación tiene importancia para la decisión. Luego de haber constatado la pertinencia de la decisión, el Tribunal Constitucional Federal da inicio al proceso constitucional a fin de decidir respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma objeto de control, declarando la conformidad de la misma con la Ley Fundamental, o bien, su nulidad.²⁵⁶

Cabe mencionar que debido a las peculiaridades de esta vía de control de constitucionalidad, por el hecho de tratarse de un *control concreto y en vía de excepción*, derivan una serie de requisitos que deben de tenerse en cuenta a la hora de determinar el objeto de control, mismos que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

²⁵⁵ RESS. Op. cit, pp. 151 y 152.

²⁵⁶ Ibidem. p. 141.

- a) Con carácter previo, la existencia de un proceso del que esté conociendo un juez o tribunal.
- b) Fuerza de ley de la norma o normas que se cuestionan.
- c) Contradicción, según el criterio del órgano judicial, de dicha norma con determinados preceptos constitucionales.
- d) Dependencia en la resolución del proceso principal de la validez de la norma legal aplicable.

c) **Substanciación del procedimiento de control concreto de normas.-** El procedimiento del control concreto de normas se encuentra previsto en la Ley del Tribunal Constitucional Federal en los artículos 80 a 82 y otras disposiciones complementarias del Reglamento de dicho órgano de control de constitucionalidad, y al igual que el control abstracto, por disposiciones comunes previstas en ambos ordenamientos que resultan aplicables a los procesos constitucionales, y por ende, a dicho procedimiento de control concreto de constitucionalidad de normas.

De conformidad con lo establecido por el artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 100, apartado 1 de la Ley Fundamental, los tribunales deberán recabar inmediatamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. Para tal efecto, el órgano judicial deberá exponer los razonamientos sobre la hipotética inconstitucionalidad de una norma. La fundamentación de sus argumentos será empleada por el Tribunal Constitucional Federal para determinar en qué medida la resolución del tribunal ordinario depende de la vigencia de la disposición legal y con qué norma

jurídica superior es incompatible, debiendo este tribunal adjuntar a los mismos los autos del juicio ante él seguido y remitirlos al Tribunal Constitucional a fin de que éste acuerde respecto a la admisibilidad o no del medio de control concreto de normas.

El artículo 82 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece que los órganos constitucionales mencionados por el artículo 77 de dicho ordenamiento pueden adherirse como coadyuvantes en cualquier fase del proceso de control concreto de normas. Así, cuando el derecho federal o el derecho de un Estado Federado sea considerado nulo en razón de su incompatibilidad formal o material con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal, podrán adherirse al proceso como coadyuvantes los miembros del Bundestag, del Bundesrat o del Gobierno Federal, y en su caso, los miembros de los gobiernos de los Estados Federados. Tratándose de discrepancias sobre la vigencia de una norma de un Estado Federado podrán coadyuvar el Parlamento y el gobierno del Estado Federado en que se haya publicado la norma cuestionada.

Por otro lado, cabe mencionar que cuando una norma siendo vigente se considere incompatible con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal y por este motivo no sea aplicada por un tribunal ordinario, una autoridad administrativa o un órgano de la Federación o de un Estado Federado, podrán adherirse como coadyuvantes en el proceso los miembros del Bundestag, del Bundesrat, así como los miembros del Gobierno Federal.

Durante el desarrollo del proceso constitucional el Tribunal Constitucional Federal también debe dar audiencia a los interesados

en el procedimiento seguido ante el tribunal de jurisdicción ordinaria que haya presentado la petición, debiendo citarlos a las audiencias y concederles la palabra a ellos o a sus representantes personados en dicho procedimiento (Artículo 82.3 LTCF). En este orden de ideas, las partes en el proceso de jurisdicción ordinaria tienen derecho a intervenir en el juicio constitucional, y por lo tanto, la petición del tribunal ordinario será independiente de la impugnación de la disposición legal por un interesado del proceso principal.

Es importante mencionar que el Tribunal Constitucional Federal durante el procedimiento constitucional puede recabar información de los tribunales superiores de la Federación o los tribunales superiores de los Estados Federados en la que le comuniquen cómo y a partir de qué consideraciones han interpretado anteriormente la Ley Fundamental respecto de la cuestión controvertida, si han aplicado en su jurisprudencia la disposición legal cuya vigencia se debate, cómo la han aplicado y qué cuestiones jurídicas conexas están pendientes de resolución. Asimismo, puede exhortarlos a que expongan sus consideraciones sobre una cuestión jurídica relevante para la resolución, debiendo comunicar los dictámenes a los interesados (Artículo 82.4 LTCF).

Respecto al proceso de deliberación por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal, desde la designación del ponente hasta la votación y adopción de la resolución (sentencia) en el procedimiento de control concreto de normas propuesto por los órganos judiciales, cabe señalar que el mismo se rige de conformidad con lo previsto en los artículos de la Ley del Tribunal Constitucional Federal y su Reglamento, mismos que han sido explicados en el procedimiento de control abstracto de

normas, por lo que en obvio de repeticiones damos por reproducidas todas y cada una de las consideraciones expuestas al respecto.

d) Sentencia.- Respecto al procedimiento para la determinación, elaboración del contenido y publicación de las sentencias que deben recaer a este proceso de control concreto de normas, es importante mencionar que resulta ser el mismo que el previsto para el control abstracto, por lo que deberá atenderse a lo que al respecto establecen tanto la Ley del Tribunal Constitucional Federal como su Reglamento. Por este motivo, en obvio de repeticiones damos por reproducido el análisis que en materia de sentencias fue desarrollado para el procedimiento de control abstracto de normas.

e) Efectos de la sentencia.- Cuando en un procedimiento de control concreto el Tribunal Constitucional Federal llegue al convencimiento de que una norma del derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o una norma del derecho de un Estado Federado es incompatible con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal, declarará la nulidad de la norma en cuestión. En el supuesto de que otras disposiciones de la misma ley sean incompatibles por los mismos motivos con la Ley Fundamental o con otras disposiciones del derecho federal, el Tribunal Constitucional Federal podrá declarar asimismo su nulidad (Artículo 78 LTCF).

En este sentido, la declaración de nulidad puede abarcar de diversas maneras a la ley objeto de revisión. Si el defecto afecta a toda la ley como unidad legislativa -por ejemplo, en el caso de defectos formales en el proceso legislativo-, la ley es declarada

totalmente nula sin tener en cuenta su contenido. Sin embargo, la nulidad total de una norma puede provenir de la nulidad de alguna de sus partes cuando la parte acorde a la Ley Fundamental no tenga una importancia independiente o carezca de sentido esa parte dentro del todo. Es importante señalar que en un procedimiento de control de normas puede ser anulada parcialmente una ley cuando ciertas cláusulas de la misma, en opinión del Tribunal Constitucional Federal, sean incompatibles con el texto de la Ley Fundamental. En este supuesto, el Tribunal Constitucional declarará nulos dichos preceptos dejando subsistentes los preceptos normativos que sean conformes con el ordenamiento constitucional.²⁵⁷

Cabe mencionar que las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal en el control concreto, al igual que las adoptadas en el procedimiento de control abstracto de normas, son vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados Federados y para todos los tribunales y todas las autoridades. En la medida en que el Tribunal Constitucional resuelva que una ley aplicable en un proceso de jurisdicción ordinaria es compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con otras normas del derecho federal o se declare su nulidad, la resolución deberá ser publicada por el Ministerio Federal de Justicia en el Boletín Oficial del Estado, debiéndose establecer en la misma los medios para ejecutarla así como las modalidades de ejecución.

3.2.4 Queja constitucional

De acuerdo con el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal basado en el artículo 93, párrafo primero,

²⁵⁷ RESS. Op. cit. p.155.

número 4a y 4b de la Constitución, todo aquél que considere que ha sufrido una lesión en sus derechos fundamentales producida por el poder público, puede presentar una *queja constitucional* ante el Tribunal Constitucional Federal, quien es el único órgano competente para desahogar dicho recurso.

El artículo 93 de la Ley Fundamental establece al respecto lo siguiente:

"Artículo 93

(1) El Tribunal Constitucional Federal decide

....

4a. sobre las quejas constitucionales que pueden ser interpuestas por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104;

4b. sobre las quejas constitucionales interpuestas por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante el Tribunal Constitucional del respectivo Land. "

Por su parte, el artículo 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal dispone al respecto:

"Artículo 90

(1) Cualquier ciudadano podrá interponer ante el Tribunal Constitucional Federal una queja constitucional alegando una violación de sus derechos fundamentales o de los derechos especificados en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental por parte de los poderes públicos."

Al particular, el artículo 91 del ordenamiento en comento establece lo siguiente:

“Artículo 91

Los municipios y mancomunidades podrán interponer la queja constitucional alegando que una ley de la Federación o del Estado Federado respectivo viola lo dispuesto en el Artículo 28 de la Ley Fundamental. La queja constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal quedará excluida en tanto pueda interponerse un recurso por violación del derecho de autogobierno conforme a la legislación del Estado Federado ante el tribunal constitucional del mismo.”

Como puede observarse en el texto de los artículos anteriormente transcritos, la queja constitucional puede ser planteada por cualquier persona física o jurídica que se vea perjudicada en sus derechos fundamentales por el poder público (expresión que comprende al poder legislativo, al judicial y a la administración pública), situación que le permite dirigirse incluso directamente en contra de una ley. Siendo este el caso, como condición previa, se exige que sea la propia norma legal combatida la que produzca la lesión del derecho fundamental. Es importante mencionar que también las leyes en el marco de la llamada *queja constitucional municipal*, según los artículos 93, inciso 4b de la Ley Fundamental y 91 de la LTCF, pueden ser objeto de control con la particularidad de que aquí la pauta de control será el derecho a la auto-administración garantizado a la comuna.²⁵⁸

En este orden de ideas, mediante la queja constitucional se protegen los derechos fundamentales de los individuos contra actos de los poderes públicos y normas (incluidas por supuesto las leyes) cuyo contenido y aplicación vulneren dichos derechos.

Respecto al procedimiento para substanciar la queja constitucional, éste se encuentra previsto por los artículos 90 a 97 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Las particularidades del

²⁵⁸ R.L.S.S. Op. cit. p.142.

procedimiento de este medio de control de constitucionalidad, de acuerdo con los preceptos de la Ley del Tribunal Constitucional Federal son las siguientes:

- El recurso puede interponerse una vez que han sido empleadas sin éxito todas las demás vías legales al alcance del recurrente. Excepcionalmente puede omitirse este requisito cuando de exigirsele su cumplimiento al recurrente, éste pueda sufrir un daño grave e irreversible (Artículo 90.2 LTCF).
- El recurrente debe ser sujeto de derechos fundamentales sea persona física o moral, incluyéndose los municipios y mancomunidades (uniones de municipios). Estos últimos serán recurrentes cuando aleguen que de una ley de la federación o las leyes del Land (Estado federado) se desprende una lesión de sus derechos fundamentales (Artículo 91 LTCF).
- El recurso debe desahogarse a *petición de parte agraviada*. Por lo tanto, este recurso sólo procede cuando el recurrente es quien sufre el agravio producto de un acto de autoridad o de una norma que lesiona sus derechos.²⁵⁹
- El plazo de interposición del recurso es de un mes contado a partir del momento en que se emite el acto de autoridad administrativa o se dicta sentencia (Artículo 93.1 LTCF).²⁶⁰
- Tratándose de una ley, el plazo es de un año a partir del momento en que ésta entre en vigor (Artículo 93.3 LTCF).
- En la fundamentación del recurso deben especificarse el derecho presuntamente violado y la acción u omisión del

²⁵⁹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad* . p. 139

²⁶⁰ *Ibidem*.

órgano o de la autoridad en que presuntamente tuviere su origen la violación del derecho del recurrente (Artículo 92 LTCF).

- En el proceso constitucional tienen derecho a intervenir tanto la autoridad responsable como el tercero perjudicado.²⁶¹
- La decisión del Tribunal Constitucional Federal revoca el acto de autoridad o anula la ley (Artículo 95 LTCF). En este sentido, al tratarse de una ley, la nulidad pronunciada produce efectos vinculantes y generales (erga omnes) para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados Federados y para todos los tribunales y todas las autoridades.

Es importante señalar que esta última particularidad del procedimiento de la queja constitucional, anulación de leyes con efectos generales y vinculantes, es un elemento característico de los medios de control de constitucionalidad de normas generales, lo cual nos permite calificar a este recurso como tal, no obstante que a través del mismo pueda controlarse la actividad de los órganos

²⁶¹ Artículo 94 LTCF:

- (1) El Tribunal Constitucional Federal dará traslado de la demanda al órgano constitucional de la Federación o del Estado Federado cuya acción u omisión se impugne en la queja constitucional a fin de que puedan formular las alegaciones que estimaren oportunas dentro de un plazo determinado.
- (2) Cuando la acción u omisión dimanare de un ministro o de una autoridad de la Federación o de un Estado Federado, se dará traslado de la demanda al ministro competente a fin de que pueda formular las alegaciones que estimare oportunas.
- (3) Cuando la queja constitucional se interponga contra una resolución judicial, el Tribunal Constitucional Federal también dará traslado de la demanda al beneficiario de la resolución a fin de que pueda formular las alegaciones que estimare oportunas.
- (4) Cuando la queja constitucional se interponga directa o indirectamente contra una ley, se aplicará mutatis mutandis lo dispuesto en el artículo 77.
- (5) Los órganos constitucionales mencionados en los apartados 1, 2 y 4 podrán adherirse al procedimiento como coadyuvantes. El Tribunal Constitucional Federal podrá prescindir del trámite de la vista oral cuando sea de esperar que no impulsará el procedimiento y los órganos constitucionales coadyuvantes con derecho a formular alegaciones renuncien a la misma.”

públicos del Estado (actos de autoridad por violación de derechos fundamentales).

3.2.5 Control de normas internacionales y sobre la vigencia de normas de carácter federal

Para finalizar el estudio de los medios de control de constitucionalidad de normas generales en Alemania, es preciso analizar aunque sea brevemente el control de la constitucionalidad de normas internacionales y el control sobre la vigencia de normas federales, a fin de complementar el estudio sobre el control de constitucionalidad de normas generales en dicho país europeo.

a) Control de normas internacionales.- El artículo 25 de la Ley Fundamental señala que las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal y que aquéllas tienen primacía sobre las leyes federales y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

Con relación a este precepto, el artículo 100, párrafo segundo de la Ley Fundamental, contempla la posibilidad de que surja una controversia respecto a si una forma de derecho internacional es parte del derecho del Estado alemán o sobre si ésta produce derechos y obligaciones para el individuo, siendo competente para resolver dicha controversia el Tribunal Constitucional Federal. Dicho precepto textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 100:

...

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión del Tribunal Constitucional Federal.”

En este orden de ideas, una consulta al Tribunal Constitucional Federal en los términos del artículo 100 párrafo segundo del texto fundamental no es sólo admisible cuando existe duda respecto si una norma de derecho internacional es parte del derecho federal en términos del artículo 25 de dicho ordenamiento, sino también cuando la duda de un tribunal *a quo* concierne al alcance de la norma del derecho internacional o a la cuestión de que existe una norma determinada.²⁶² Así, el control de constitucionalidad de normas internacionales puede originarse de un procedimiento ordinario (o de legalidad) siendo el órgano judicial de dicha instancia quien al aplicar una norma internacional al caso concreto del cual conoce puede cuestionar la constitucionalidad de dicha norma internacional y someterla a verificación ante el Tribunal Constitucional Federal.

El procedimiento de dicho medio de control de normas internacionales se encuentra previsto en los artículos 83 y 84 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, mismos que prevén que para los casos a que se refiere el Artículo 100, apartado 2 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal deberá constar en su resolución si la regla de derecho internacional es parte integrante del derecho federal y si es fuente inmediata de derechos y obligaciones para el individuo, debiendo dar previamente audiencia al Bundestag, al Bundesrat y al Gobierno Federal dentro de un plazo

²⁶² COVIÁN ANDRADI, Miguel. *El control de la constitucionalidad*. p. 143, nota al pie de página 58

determinado el cual no establece. Estos órganos de gobierno pueden adherirse como coadyuvantes en cualquier fase del proceso constitucional; en este sentido, el órgano controlante está obligado antes de decidir a dar oportunidad a los órganos federales de emitir su opinión sobre el asunto, pudiendo participar en el proceso en cualquier momento que éste se encuentre.

En cuanto a la fundamentación de la petición de verificación del tratado internacional por el tribunal ordinario, ésta debe determinar en qué medida la resolución del procedimiento ante él substanciado depende de la vigencia de la norma internacional que pretende ser aplicada y con qué norma jurídica superior es incompatible, debiéndose adjuntar los autos y remitirse al Tribunal Constitucional Federal. Durante el procedimiento constitucional, el Tribunal Constitucional deberá dar audiencia a los interesados en el procedimiento seguido ante el tribunal que haya presentado la petición, concediéndoles la palabra a los representantes personados.

Examinados todos los elementos aportados por el tribunal ordinario y demás órganos e individuos coadyuvantes, el Tribunal Constitucional Federal deberá emitir una resolución al respecto, misma que se referirá únicamente a si la norma internacional es o no parte del derecho interno y si produce o no derechos y obligaciones para los individuos en territorio alemán.²⁶³

b) Control sobre la vigencia de normas federales.- Cuando existe duda sobre si una norma jurídica sigue estando vigente con carácter federal, corresponde al Tribunal Constitucional Federal decidir al respecto.

²⁶³ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad* . p. 143.

El artículo 126 de la Ley Fundamental establece lo siguiente:

“**Artículo 126.**- Las controversias sobre la continuidad de la vigencia de las normas, como Derecho federal, serán resueltas por el Tribunal Constitucional Federal.”

Por su parte, el artículo 13, párrafo 14 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece:

“**Artículo 13.**- El Tribunal Constitucional Federal conoce en los casos determinados por la Ley Fundamental, a saber,

....

14. discrepancias sobre la continuidad de la vigencia, con carácter de derecho federal, de cualesquiera normas (artículo 126 de la Ley Fundamental) ”

El procedimiento específico de este medio de control de constitucionalidad se encuentra previsto en los artículos 86 a 89 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. De la lectura de dichos artículos deben distinguirse dos casos en cuanto a los sujetos legitimados que pueden recurrir al Tribunal Constitucional para que resuelva respecto de la vigencia de normas federales:

- Cuando directamente en vía de acción el Bundestag, el Bundesrat, el gobierno federal o el gobierno de un Land hacen el planteamiento sobre si la ley sigue vigente; y
- Cuando según las circunstancias previstas por el artículo 100 de la Ley Fundamental (control concreto de normas) en un proceso judicial resulta relevante y controvertido si una ley continúa vigente con carácter federal, caso en el cual el juez *a quo* eleva la cuestión en vía de excepción al

Tribunal Constitucional Federal dejando en suspenso la resolución del proceso ordinario hasta que dicho órgano controlante emite su resolución.²⁶⁴

El planteamiento de este medio de control de normas es admisible únicamente cuando la resolución del Tribunal Constitucional Federal sea determinante a efectos de la admisibilidad de una actuación ya ejecutada o inminente de un órgano federal, de una autoridad federal o de un órgano o autoridad de un Estado Federado, de conformidad con lo establecido por el artículo 87 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

La decisión del Tribunal Constitucional Federal recaída a dicho proceso constitucional determinará si la ley sigue siendo válida como derecho federal en su totalidad o parcialmente, y en todo el territorio federal o en una parte determinada del mismo (Artículo 88 LTCF).

3.3 Estados Unidos de América

3.3.1 El control de constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos de América

Concluiremos el estudio de este capítulo dedicado al estudio del control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en el derecho comparado, abordando el análisis de un sistema de control de constitucionalidad totalmente opuesto al analizado líneas atrás (control concentrado) y correspondiente a la mayoría de los estados europeos (incluidos España y Alemania): el

²⁶⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*. . . , p. 144.

sistema difuso de control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América.

Antes de iniciar propiamente el análisis del sistema de control característico de este país anglosajón, consideramos necesario mencionar, aunque sea de manera breve, las características de este Estado y su forma de gobierno.

a) Organización territorial del Estado: Federalismo.- Los Estados Unidos de América corresponden a un tipo de Estado Federal con una forma de gobierno presidencial.

Estados Unidos de América reúne los requisitos exigibles a cualquier Estado federal moderno: una Constitución escrita, la unión de varias entidades federativas, el reparto de poder entre la autoridad central y las periféricas, la fuerza de la revisión judicial y un complicado sistema de enmienda constitucional (reforma constitucional) en el que las entidades que integran la federación, tienen igual peso.²⁶⁵

Desde el punto de vista de la organización territorial, los Estados Unidos se componen de 50 estados federados o entidades federativas que reproducen en escala menor el sistema político de la Federación: una constitución local, un legislativo generalmente bicameral (excepto en Nebraska), un órgano ejecutivo que en los estados lleva el nombre de Gobernador y un Tribunal Supremo en

²⁶⁵ COTARELO, Ramón et. al. *Sistemas políticos de la Unión Europea con inclusión de Estados Unidos y Japón* ...p. 298 y 299.

cada estado en el que culmina la organización judicial de éste en materias de su competencia.²⁶⁶

La idea de un sistema federal hace que los Estados Unidos sea concebido como un Estado con un gobierno de poderes delegados. De la forma de estructuración federal del sistema norteamericano debería desprenderse una reserva de facultades para los estados federados expresamente señalada por el texto constitucional de cada uno de ellos, y una implícita competencia de los poderes federales que conformaría la delegación de atribuciones que harían en su favor los órganos locales. Sin embargo, la técnica de distribución de competencias entre la federación y los estados miembros es exactamente inversa, es decir, consiste en dotar de facultades expresas a los poderes federales dejando a los estatales el ejercicio de todas aquéllas que no son conferidas a los poderes federales, técnica de distribución competencial adoptada desde la formación de este Estado y determinada por el propio texto constitucional.²⁶⁷

Esta distribución de competencias constitucionalmente establecida fue lo que obligó a redefinir las relaciones entre la Federación y los estados miembros, acuñándose para ello la teoría del *federalismo cooperativo*, según la cual es preciso permitir la expansión de las funciones del Estado Federal y admitir que los estados federados administren fondos federales a fin de garantizar el desarrollo equilibrado del país, esto por supuesto de conformidad con

²⁶⁶ *Ibidem*. p. 300.

²⁶⁷ “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.” Décima enmienda constitucional (Bill of Rights). Esta enmienda fue ratificada el 15 de Diciembre de 1791

el régimen de distribución de competencias previsto constitucionalmente.²⁶⁸

b) Órganos de gobierno.- Hemos dicho anteriormente que los Estados Unidos de América tienen una forma de gobierno presidencial que aunado al tipo de Estado federal, permiten observar una gran semejanza en cuanto a la estructura y funcionamiento de los órganos constituidos que llevan a cabo las tareas de gobierno con los constitucionalmente establecidos al efecto en nuestro país.

Los órganos o instituciones del Estado que llevan a cabo las funciones de gobierno en este país anglosajón, son los siguientes:

- *Presidente de la República* quien reúne en su persona la conducción de la política exterior del país y la conducción del gobierno, teniendo por ello la calidad de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Es preciso aclarar que la función de gobierno la realiza con apoyo de los diferentes ministerios que conforman la administración pública del país.
- *Congreso Federal*; órgano de composición bicameral, integrado por la *Cámara de Representantes* y el *Senado*. La primera corresponde al principio de representación personal de los ciudadanos, conformada en razón proporcional a la cantidad de habitantes de los respectivos estados miembros de la federación. Por su parte, el Senado (cámara colegisladora), incorpora el principio de representación territorial de los estados miembros a razón de dos senadores por cada uno. Ambas cámaras tienen a su cargo la función legislativa, por lo que una y otra cámara son coparticipes en el

²⁶⁸ COTAREI.O. Op. cit. p. 299.

proceso legislativo. Es importante señalar que ambas cámaras son electas por sufragio universal; en el caso de los miembros de la cámara de representantes, los mismos son electos por un sistema de mayoría simple a una sola vuelta en circunscripciones uninominales, mientras que el Senado es electo por mayoría simple en una sola circunscripción estatal.²⁶⁹

- *Suprema Corte*, quien tiene a su cargo la administración de justicia a nivel federal mediante el ejercicio de su competencia en materia de control de legalidad y de constitucionalidad de actos y leyes. Por su importancia en materia de control de constitucionalidad de leyes en el sistema norteamericano, será analizada con posterioridad su estructura y funcionamiento.

c) Sistema de control de constitucionalidad.- El sistema de control de constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos se caracteriza por ser *difuso*, debido a que cualquier órgano judicial puede dejar de aplicar una norma aquejada de inconstitucionalidad y plantear una cuestión prejudicial a instancia de parte, debiéndose mencionar que, en todo caso, corresponde a la Suprema Corte resolver al respecto en última instancia por ser el máximo intérprete de la Constitución.²⁷⁰ Por tal motivo y debido a la estructuración y funcionamiento de este sistema difuso de control de constitucionalidad, podemos extraer las características que lo diferencian del sistema concentrado de control de la constitucionalidad de normas generales -propio de algunos países europeos e incluso de América Latina- y que son las siguientes:

²⁶⁹ *Ibidem*. pp. 303, 306 y 316.

²⁷⁰ *Ibidem*. p. 311

- Cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad, razón por la cual se denomina difuso a éste sistema pues el control jurisdiccional de leyes se encuentra disperso en cada uno de los órganos del poder judicial estadounidense (locales y federales), quienes son competentes para ejercer el control de constitucionalidad de leyes, e inclusive, para declarar su inconstitucionalidad;
- La cuestión de constitucionalidad se establece por *vía incidental o de excepción*, es decir, se origina con motivo de un juicio de jurisdicción ordinaria en el que durante su substanciación surge la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al mismo, y que es fundamental para su resolución;
- Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto;
- Rige el principio *stare decisis*, esto es, tiene aplicación la doctrina de precedentes judiciales; y
- Una Suprema Corte se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.²⁷¹

Como podemos observar, debe entenderse el sistema de control de constitucionalidad de leyes *americano o difuso*, como un sistema de control de constitucionalidad de leyes a cargo de tribunales ordinarios, por ser competentes todos y cada uno de los órganos judiciales para conocer de cuestiones de constitucionalidad de leyes y estar facultados para declarar la inconstitucionalidad de las mismas, lo cual evidentemente se opone a los principios del

²⁷¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad*. . pp. 46, 47, 217, 225 y 226.

sistema de control concentrado de constitucionalidad de normas generales donde tiene competencia exclusiva en materia de control de constitucionalidad un Tribunal Constitucional, Corte Constitucional o como se denomine al órgano de control.

d) Poder Judicial de los Estados Unidos de América.- Una vez establecidas las características del sistema difuso de control de constitucionalidad de leyes en Estados Unidos es conveniente analizar la estructura de su sistema judicial federal y local, pues ello permitirá comprender mejor el funcionamiento de dicho sistema de control de constitucionalidad, objeto de estudio del presente apartado.

El sistema judicial estadounidense es una herencia directa del *Common Law* británico, del que procede, con mezcla de la tradición del derecho codificado, lo cual es visible precisamente por la existencia de una Constitución escrita. La supremacía de una norma legal escrita explica en buena medida una de las mayores diferencias entre el poder judicial británico y el estadounidense, esto es, el hecho de que el último cuente con un procedimiento de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes que culminará en una Suprema Corte.²⁷²

En los Estados Unidos encontramos un sistema doble de organización judicial condicionada por la naturaleza federal del Estado: por un lado, la jurisdicción estatal, y por otro, la federal. Las diferencias residen tanto en el ámbito de competencia como en el de organización. Cada estado puede tener su propia organización judicial que culmina en su respectivo Tribunal Supremo para los

²⁷² COTARELO. Op. cit. p.309

asuntos de derechos del estado. Por otro lado, existe la jurisdicción federal de la que se encarga la Suprema Corte.²⁷³

De conformidad con el artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos de América "habrá una Suprema Corte de Justicia y Tribunales inferiores que el Congreso establezca". En la base de este sistema judicial se encuentran las *Cortes Federales de Distrito*, le siguen en línea ascendente las *Cortes Federales de Apelación*, similares a los Tribunales Colegiados de Circuito mexicanos por tener una jurisdicción en una zona que abarca varios estados; y en la cúspide del sistema judicial norteamericano, encontramos a la *Suprema Corte de Justicia*, quien es el tribunal de última instancia.²⁷⁴

Desde luego, este conjunto de tribunales que integran el poder judicial federal deben distinguirse del poder judicial de cada estado en función específicamente de su jurisdicción. La estructura del poder judicial de los estados federados varía conforme a los siguientes rasgos generales: 1) *Tribunales de primera instancia o trial courts*, en la mayoría de los casos divididos en función de la importancia de los asuntos de que conocen (major and minor cases). Sólo unos cuantos estados poseen un tipo único de tribunales de primera instancia. 2) *Tribunales de apelación o appellate courts* en la minoría de los estados como únicos tribunales de segunda instancia. En la mayoría de los estados existen varios tribunales de apelación que conocen de las inconformidades ante resoluciones de los tribunales de primera instancia.

²⁷³ Ibidem

²⁷⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, p. 202.

Cabe mencionar que donde existe un solo tribunal de apelación se denomina *Tribunal Superior del Estado*. Cuando existen varios tribunales de apelación, existe una *Suprema Corte Estatal* que conoce de apelaciones contra decisiones de los tribunales de primera instancia (trial courts) directamente planteadas ante ella, o bien de inconformidades por resoluciones de los tribunales de apelación (appellate courts). Generalmente el esquema más simple corresponde a los Estados menos poblados y el más complejo a los que poseen una densidad demográfica mayor.²⁷⁵

e) Suprema Corte.- El arquetipo de los órganos judiciales estatales es la Suprema Corte quien, como se ha dicho, es la culminación de la organización judicial estadounidense. La Suprema Corte goza del máximo prestigio en los Estados Unidos y se integra por nueve magistrados nombrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, siendo uno de ellos el Presidente o *Chief Justice*. Este máximo Tribunal sólo actúa en pleno no dividiéndose en salas, existiendo por ello la posibilidad de que sus miembros hagan uso de votos particulares.²⁷⁶ Es preciso mencionar que la Suprema Corte requiere de un quórum de seis miembros para poder tomar una decisión.

La condición de supremo intérprete de la Constitución de la Suprema Corte no está prevista en el texto constitucional sino que es el resultado de la *teoría de la supremacía constitucional* articulada por el Juez Marshall en el famoso proceso *Marbury vs. Madison* de 1803, en el que se establece el principio de jerarquía normativa: los actos administrativos han de ser sometidos a un control de legalidad

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

²⁷⁶ COTARELO, Op. cit. pp. 310 y 311.

(para revocar o anular los que sean *ultra vires*) y las leyes están a su vez sometidas a un control de constitucionalidad. Como quiera verse, este control no es de posible realización sin averiguar previamente lo que la Constitución y las leyes quieren decir. En este sentido, la Suprema Corte conquista así una legitimidad absoluta e irrestricta de intérprete de la Constitución y de los actos de todos los órganos del Estado -incluidos los actos del Ejecutivo-, lo que en términos más concisos es lo que se conoce con el nombre de *supremacía judicial*.²⁷⁷

Respecto a la competencia de la Suprema Corte, ésta puede dividirse en dos grandes apartados:

- La competencia específicamente jurisdiccional de *control de legalidad* (jurisdicción de apelación), que corresponde en la especie al más elevado de la Federación y que lo diferencia de la jurisdicción original correspondiente a cualquier tribunal de primera instancia; y
- La relativa al *control de la constitucionalidad*, conforme a la cual la Suprema Corte actúa en calidad de intérprete de la Constitución.

En cuanto a la competencia de la Suprema Corte en materia de control de constitucionalidad de leyes, es preciso mencionar que el poder de control de la constitucionalidad de las mismas no pertenece exclusivamente a este último --como es el caso de los Tribunales Constitucionales pertenecientes al sistema concentrado de control de constitucionalidad--, sino a todos los tribunales de los Estados Unidos, cualquiera que sea su grado, debido a que se trata

²⁷⁷ Ibidem, p. 311 y 312.

de un sistema de control de carácter difuso. Éste es el principal motivo de que el control de la constitucionalidad no se ejerza de manera directa, es decir, como un proceso directo de constitucionalidad (control abstracto), sino que sea un control por *vía de excepción o incidental* de constitucionalidad de leyes.

Por tanto, en caso de litigio entre dos partes, una de ellas puede plantear la inconstitucionalidad de la ley, de un reglamento aplicable al caso concreto o de una decisión administrativa que pueda perjudicar sus intereses, pudiendo el juez de instancia -aun siendo de jurisdicción ordinaria- llevar a cabo un control de verificación sobre la conformidad o no de las normas de carácter general aplicables a la controversia, o bien, de actos administrativos que dañen intereses de las partes en el proceso ante él substanciado.²⁷⁸

En este orden de ideas, existe un sistema de control por los tribunales de los estados miembros de la federación de la constitucionalidad de las leyes de cada estado respecto a su propia constitución, un control por la Suprema Corte de la constitucionalidad de las leyes de los estados respecto a la Constitución federal y un control por la Suprema Corte de la constitucionalidad de las leyes federales respecto a la Constitución federal. Este último es el que tiene más importancia política y el que da a la Suprema Corte su influencia sobre el gobierno de los Estados Unidos, así como el carácter de máximo intérprete constitucional.²⁷⁹

²⁷⁸ DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. . . pp.317 y 318.

²⁷⁹ *Ibidem*. p. 318

f) Principios fundamentales del control de la constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos.- El derecho de controlar la constitucionalidad de las leyes no está inscrito de modo expreso en la Constitución de los Estados Unidos de América, sino que es producto de una serie de principios fundamentales que enmarcan la función de control de constitucionalidad ejercida por los órganos judiciales (incluida la Suprema Corte), y que son los siguientes:

- Supremacía constitucional
- Principio de constitucionalidad
- Revisión judicial de leyes (judicial review)
- Doctrina de los precedentes (principio *stare decisis*).

Es conveniente analizar cada uno de estos principios a fin de comprender el sistema de control de constitucionalidad estadounidense. No obstante, por la importancia de los dos últimos principios para el control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América -siendo el penúltimo, revisión judicial de leyes, el único medio de control de constitucionalidad-, su estudio será desarrollado en apartados posteriores.

Supremacía constitucional.- El principio de supremacía constitucional está previsto en el artículo seis, sección segunda, de la Constitución de los Estados Unidos de América:

“ARTICULO VI

1. ...

2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces

de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado."

Como puede observarse, en este artículo está contenida lo que en el derecho constitucional de los Estados Unidos de América se conoce como "supremacy clause" del que deriva la supremacía del ordenamiento constitucional sobre cualquier otro (federal o local), debido a la jerarquización normativa establecida en dicho artículo.

En este orden de ideas, cualquier norma de carácter general, sea a nivel federal o local, siempre deberá estar conforme con lo establecido por el texto constitucional so pena de ser declarado nulo en caso contrario por los órganos competentes, esto es, los órganos judiciales.

Principio de constitucionalidad.- Como consecuencia del principio de supremacía constitucional no debe haber contradicción entre la ley y la Constitución, pues una ley que contradice a la Constitución es, en realidad, una ley que modifica la Constitución y atenta contra la idea de suprallegalidad constitucional. Decir que la Constitución es superior a las leyes - y a las normas inferiores- significa que una ley contraria a una disposición constitucional es irregular y no debe aplicarse. Éste es el principio de constitucionalidad de las leyes o de conformidad de las mismas con la Constitución.

No obstante, sólo puede aplicarse en la práctica si la violación de la Constitución por una disposición legal es contrastada oficialmente y si el órgano que realiza la verificación está facultado para anular o inaplicar la ley, esto es, si está autorizado para llevar a

cabo el control de constitucionalidad de las leyes.²⁸⁰ Esto último es plenamente posible para los órganos judiciales en un sistema de control de constitucionalidad de normas generales como el norteamericano, debido a su carácter difuso.

3.3.2 Revisión judicial de leyes (judicial review of legislation)

a) La revisión judicial como medio de control de constitucionalidad de la legislación en los Estados Unidos de América.- Con el fin de garantizar la correspondencia entre los actos de los diversos poderes públicos y el texto de la Constitución de los Estados Unidos de América, se ha establecido un medio de control de la constitucionalidad, que en el caso de este país se verifica mediante la *judicial review* (revisión judicial).

Hemos dicho que en los Estados Unidos el Poder Judicial tiene autoridad para resolver respecto a cuestiones de constitucionalidad. Sin embargo, el texto de la Constitución no concede expresamente a la Suprema Corte la autoridad necesaria para dictaminar la constitucionalidad de las leyes emanadas del Congreso Federal o de las legislaturas estatales ni de la revisión de las sentencias de los tribunales estatales. De aquí que tal autoridad emane de los fallos de la propia Suprema Corte de los Estados Unidos de América.²⁸¹

Lo anterior es comprensible si partimos de la idea de que a pesar de la relevancia de la Constitución escrita para el sistema

²⁸⁰ DUVERGER, Op. cit. pp. 174 y 175.

²⁸¹ URSÚA- COCKE, Eugenio. *Elementos del sistema jurídico anglosajón*. México, Editorial Porrúa. 1984, p. 1.

jurídico estadounidense, en este país se presentan casos en que la práctica constitucional se ha alejado un tanto de lo previsto en el texto constitucional, o bien, ésta se ha visto complementada con otras prescripciones que pueden estimarse como "consuetudinarias". Por este motivo, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el sistema jurídico estadounidense es el ejemplo típico de una "costumbre constitucional adoptada por los órganos judiciales a través de sus resoluciones", ya que a partir del célebre caso *Marbury vs. Madison* la Suprema Corte estadounidense sentó el criterio de que los jueces podían dejar de aplicar con relación a los casos concretos sometidos a su jurisdicción, las leyes que estimasen inconstitucionales²⁸²; facultad judicial que no encuentra fundamento expreso en ninguna de las disposiciones del texto constitucional estadounidense sino en el principio de supremacía constitucional, tal y como lo hemos establecido con anterioridad.

Con la finalidad de comprender el origen y fundamento de la revisión judicial de leyes del sistema estadounidense de control de constitucionalidad, consideramos prudente analizar brevemente el caso *Marbury vs. Madison*. Para tal efecto, nos permitimos transcribir fragmentos del texto de la obra de Eugenio Ursúa-Cocke a fin de comprender, mediante este trascendental caso, la revisión judicial de leyes en los Estados Unidos de América como medio de control de constitucionalidad en dicho sistema de control difuso.

Respecto al caso "*Marbury vs. Madison*" dicho autor manifiesta lo siguiente:

²⁸² OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *Derecho constitucional consuetudinario*. Primera reimpresión. México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1993, p. 124.

"En *Marbury vs. Madison*, la Suprema Corte sostuvo la tesis de que ese tribunal estaba autorizado para dictaminar sobre las leyes del Congreso, a pesar de la falta de disposición expresa en la Constitución y de invalidarlas si las encontraba contrarias al texto de la Constitución. El alto tribunal encontró tal autoridad implícita en la llamada Cláusula de Supremacía (sección segunda del Artículo VI de la Constitución) según la cual la propia Constitución y "las leyes del Congreso emitidas en cumplimiento de la misma" serían la Ley Suprema de la Nación.

Para entender el caso *Marbury vs. Madison* es necesario presentar una breve relación cronológica. El 13 de febrero de 1801 el Congreso federal, dominado por el Partido Federalista, aprobó una *Ley de los Tribunales de Distrito* que los aumentaba a seis, mientras reducía el número de Ministros de la Suprema Corte a cinco. El 17 de febrero el empate electoral es decidido por el Congreso a favor de Thomas Jefferson, opositor del Partido Federalista. El 27 de febrero el Congreso autorizó, todavía bajo la dominación del Partido Federalista, al aún Presidente Adams a nombrar cuarenta y dos jueces de paz por término de cinco años. Dichos jueces fueron por fin confirmados por el Congreso del 2 de marzo; el Senado hizo lo propio al día siguiente. Sin embargo, varios nombramientos, entre ellos el del señor Marbury, quedaron pendientes de ser entregados antes de medianoche del último día en funciones del Presidente Adams, a pesar de estar firmados y sellados. El 4 de marzo de 1801, Jefferson tomó posesión como Presidente y ordenó a su Secretario de Estado Madison que no entregara a sus beneficiarios los nombramientos pendientes. Los documentos habían sido rubricados por el entonces Subsecretario de Estado y ahora Presidente de la Suprema Corte, John Marshall.

El demandante Marbury y otros presentaron ante la Suprema Corte una acción de *mandamus* pidiendo al nuevo Secretario de Estado que ordenara la entrega de los nombramientos pendientes. Cuando la Suprema Corte requirió la opinión del Procurador General, éste se negó a darla, arguyendo que aunque por un lado respetaba la competencia de la Corte, por el otro se sentía obligado a mantener la autoridad del Poder Ejecutivo; esto a pesar de que había sido precisamente el ahora Procurador General quien había firmado los documentos en cuestión en calidad de Secretario de Estado del Presidente Adams.

Según el fallo de la Suprema Corte, la cuestión giraba alrededor de si la Constitución le otorgaba la autoridad para revisar los actos del Congreso y declararlos nulos si eran repugnantes a la misma Constitución. La respuesta que dio fue afirmativa. El Gobierno de los Estados Unidos, dijo la Suprema Corte, es un gobierno de leyes y no de hombres. La Constitución otorga ciertos poderes al Presidente de la República, quien los puede emplear a discreción, dentro de las limitaciones legales. Por ejemplo, el Presidente puede nombrar libremente a funcionarios que lo auxilien y cumplan sus órdenes. De esta manera, los actos de sus funcionarios son actos del Presidente mismo y no pueden quedar sujetos al escrutinio de los tribunales. Sin embargo, cuando la Ley dispone que estos funcionarios ejecuten determinadas tareas que afecten derechos individuales, cualquier afectado puede ocurrir a ella para obtener compensación (si sus intereses se ven mermados por actos oficiales). En *Marbury vs. Madison*, la Suprema Corte encuentra que los demandantes tenían derecho a sus nombramientos y que la negativa a entregárselos configura una violación a sus derechos. Por lo

tanto, la orden de *mandamus* es la pertinente al caso. Sin embargo, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró no ser el tribunal apropiado para conocer el caso. La Ley de 1789 sobre el Poder Judicial (*Judiciary Act*) dispuso que los tribunales tendrán autoridad para dictar autos de *mandamus* en contra de personas que ocuparan puestos oficiales estadounidenses; ciertamente el Secretario de Estado caía bajo este presupuesto. Lo único que podría impedir a la Suprema Corte dictar la orden respectiva sería que la disposición legal misma fuera anticonstitucional. El demandante alega en *Marbury* que el Artículo VI de la Constitución indica que la Suprema Corte tendrá jurisdicción ordinaria en casos que afecten a Embajadores, Ministros y Cónsules, y en aquellos casos en que un Estado de la Unión sea parte; como el Artículo III no contiene frase limitativa alguna, es claro que el Congreso puede atribuir competencia originaria (como lo hizo en la ley citada) a la Suprema Corte. A pesar de ello, el Ministro Marshall falló a nombre de sus "hermanos de Corte" que seguir esta interpretación sería dejar a la Constitución como mera forma sin substancia: no puede suponerse que una cláusula de la Constitución haya sido escrita sin objeto: Otorgar competencia en apelación en ciertos casos es poder de revisar y corregir procedimientos ya iniciados, no crearlos; ordenar a un funcionario que entregue un documento determinado, sería tanto como crear una acción original. El *madamus* sólo puede otorgarse en el ejercicio de competencia en apelación, no como jurisdicción originaria. Es el poder judicial el que debe determinar el campo de aplicación de la ley. Toda ley repugnante a la Constitución es inválida. Tal es el caso de la Ley sobre Creación de Jueces de Paz. Por lo tanto el *mandamus* es denegado.

El fallo de la Suprema Corte en *Marbury vs. Madison* es un golpe político maestro por parte de John Marshall: dio al Presidente Jefferson lo que este quería (negar a Marbury su nombramiento como expresión del resentimiento contemporáneo contra Jueces del Partido Federalista), sin ordenar a aquél hacer nada específico a cambio. La Suprema Corte pudo haber fallado en sentido contrario al que lo hizo si hubiera presentado primero la cuestión de la competencia. Esto quizá se debió a la tradición aún hoy vigente en los Estados Unidos de no examinar puntos constitucionales a menos que sea estrictamente necesario.

La tesis fundamental de la Suprema Corte en *Marbury* es que ese tribunal tiene competencia para determinar la constitucionalidad de las leyes del Congreso de los Estados Unidos. Esta tesis tiene tres fundamentos: primero, que la voluntad del pueblo, manifestada en la Constitución, es soberana; segundo, que la naturaleza de las cosas exige que la Constitución sea obedecida; y tercero, que la correcta interpretación textual de la Constitución, especialmente de su Artículo VI, indica la supremacía de ese documento sobre cualquier otra ley votada posteriormente por el Congreso.²⁸³

Es importante mencionar que el Juez Marshall no menciona la revisión judicial como tal en el fallo que redactó en nombre de la Suprema Corte. No obstante, desde 1890 la revisión judicial se ha

²⁸³ URSÚA-COCKE, Op. cit, pp. 1 a 5.

dado por sentada en los Estados Unidos con base en el respeto a la cláusula de supremacía y a la costumbre constitucional, que en materia de control de constitucionalidad (revisión judicial de leyes) se ha establecido a partir del caso en comento, así como de la aplicación del multicitado principio de constitucionalidad.

Una vez establecido el fundamento histórico de la revisión judicial de leyes, consideramos oportuno analizar el funcionamiento de este medio de control de constitucionalidad.

b) Competencia y objeto de control.- La fórmula "*judicial review*" es empleada para referirse a la potestad de la Suprema Corte para declarar inconstitucionales actos del congreso federal, específicamente leyes emanadas de dicho órgano constituido. En esta forma de revisión, a pesar del principio de división de poderes, la Suprema Corte tiene la atribución de resolver respecto de la constitucionalidad de los actos de otros poderes contrarios al texto constitucional y específicamente en materia de control de constitucionalidad, sobre la producción normativa del órgano legislativo (legislación).²⁸⁴ A esta especie de "*judicial review*" se refiere la expresión "judicial supremacy" (supremacía judicial) la cual enfatiza que en términos generales la interpretación de la Constitución, y en lo particular, el control de constitucionalidad de leyes. son funciones que corresponde desempeñar al poder judicial, sea de la federación en calidad de instancia última y superior cuyas

²⁸⁴ Esta división de funciones, indispensable en esta clase de sistemas (de control de constitucionalidad), requiere de la existencia de un poder que subordinado a la Constitución del Estado. arbitre las divergencias entre la Federación y sus partes. En los Estados Unidos, este árbitro es la Suprema Corte, dotada de la autoridad para declarar inválido cualquier acto de autoridad estatal federal o de otro estado miembro de la Federación, incluidas por supuesto a las leyes. La sección 25 de la Acta Judicial (Judiciary Act) de 1789, explícitamente faculta a la Suprema Corte para revisar los casos resueltos en Cortes estatales en cuanto a la constitucionalidad de las leyes aplicadas.

resoluciones deben respetar todos los órganos del Estado, locales y federales; o bien, a los órganos judiciales de los estados miembros de la federación, o en su sentido más amplio a cualquier juez que conoce de una controversia.²⁸⁵

Así, la función de control de constitucionalidad de leyes es ejercida en Estados Unidos tanto por tribunales federales como locales, siendo dentro de ellos la Suprema Corte la competente para resolver en última instancia. Esto significa que cada juez al aplicar una ley examina su conformidad con la Constitución e interpreta el texto fundamental emitiendo una sentencia recurrible en distintos tribunales hasta llegar al Tribunal Supremo de la Federación (Suprema Corte), órgano máximo de interpretación constitucional y de control de la constitucionalidad.

En este orden de ideas y retomando las características del sistema difuso de control de constitucionalidad, la lógica lleva a situar al sistema americano de control como aquél desarrollado sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales, mejor conocidos en nuestro sistema jurídico mexicano como garantías individuales. La tutela de estos derechos constituye la razón esencial de ese sistema de control de constitucionalidad, en el que el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma. En este sentido, el control sobre la conformidad de leyes con la Constitución se basa en la apreciación de las razones de los

²⁸⁵ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...* . pp. 209 y 210.

derechos tal y como aparecen reflejados en los *casos concretos*, según un método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones generales y abstractas de los sistemas europeos de control de constitucionalidad (sistemas concentrados).²⁸⁶

Por tanto, puede concluirse que el sistema difuso de control de la constitucionalidad de leyes es puesto al servicio y protección de derechos subjetivos, lo que evidentemente se contrapone con la idea de una tutela objetiva de la Constitución establecida por el sistema concentrado de control de constitucionalidad de normas generales, en la que se da una defensa abstracta de la Constitución mediante procesos constitucionales autónomos y exclusivos de la jurisdicción constitucional.

La revisión judicial de leyes o *judicial review of legislation* se desarrolla de forma difusa por todos los jueces en el ámbito de su jurisdicción normal a fin de garantizar los derechos individuales de las partes en una controversia de la que conoce, quedando obligados a verificar la constitucionalidad de las leyes aplicables a los procedimientos ante ellos substanciados, mismas que representan su objeto de control. Por este motivo, toda ley, sea federal o local, es susceptible de ser controlada respecto a su constitucionalidad, siempre y cuando la misma sea aplicable al caso concreto sometido a la jurisdicción de un órgano judicial (federal o local) y en tanto sea trascendente para su resolución.

Así, cuando se trata de una ley ordinaria aprobada y expedida con todos los requisitos esenciales de forma y fondo por la autoridad

²⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*. Tr. Marina Gascón. Cuarta edición. Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 62.

constitucionalmente facultada para legislar, los órganos del poder judicial serán los competentes para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes expedidas por los órganos legislativos, quedando facultados para no aplicar una ley expedida por el órgano legislativo invocada por una de las partes en el proceso e impugnada por la otra cuando a juicio del juzgador la ley en cuestión esté en pugna con cualquier precepto de la Constitución, y a su consideración, sea anticonstitucional.²⁸⁷

Por virtud de esta facultad extraordinaria, la Suprema Corte de los Estados Unidos y los demás tribunales de la Federación en los juicios sometidos a su jurisdicción, pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes expedidas tanto por el Congreso federal como por las legislaturas de los diversos estados que componen la federación norteamericana. Cabe aclarar que la teoría de la supremacía judicial en los Estados Unidos permite también a los jueces de las entidades federativas ejercer la misma facultad, por lo que son competentes para dejar de aplicar y declarar anticonstitucionales --porque violen la Constitución federal o la del estado miembro correspondiente--, no sólo las leyes de sus respectivas entidades, sino también las federales. No obstante, en este último caso, la resolución del juez local está sujeta a revisión por la Suprema Corte federal por ser éste el máximo intérprete de la Constitución y el órgano de mayor jerarquía del sistema judicial norteamericano.²⁸⁸

c) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes.- Los órganos judiciales federales o locales al conocer de

²⁸⁷ RABASA, Oscar. *El derecho angloamericano*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, 1982, p. 611.

²⁸⁸ *Ibidem*.

cuestiones de constitucionalidad de leyes, no anulan ni derogan la ley formalmente expedida, por tanto, no declaran inválida e inconstitucional la ley sometida a control con efectos generales (*erga omnes*). Su actuación se limita a no aplicar la ley al procedimiento sometido a su jurisdicción, esto es, al caso particular sobre el que versa la controversia relativa a la constitucionalidad de la ley.²⁸⁹

Por tanto, el sistema difuso de control de la constitucionalidad de leyes se diferencia en cuanto a los efectos de sus resoluciones en materia de control de constitucionalidad de los del sistema concentrado de control, pues a diferencia de este último, los efectos en el sistema de control difuso son "particulares", esto es, vinculantes únicamente para las partes en el procedimiento substanciado ante el órgano judicial que conoce de la constitucionalidad de la ley o leyes aplicables al mismo. Es importante mencionar que para que el juez del conocimiento emita su fallo en un litigio formal ante él planteado, una de las partes debe invocar una ley y la otra debe tacharla de inconstitucional. Esto facultará al juez para resolver la cuestión de constitucionalidad respecto de una ley aplicable al procedimiento sometido a su jurisdicción, y en su caso, para declarar la inconstitucionalidad de aquella, pero únicamente en relación al caso concreto que debe ser resuelto por dicho órgano judicial de instancia, sea éste federal o local.²⁹⁰

Por último, cabe señalar que el ejercicio de esta facultad por el poder judicial no significa que los jueces impongan su criterio sobre la voluntad del órgano legislativo, sino simplemente el desempeño de una función que atañe al órgano judicial y que consiste en resolver

²⁸⁹ *Ídem*, p. 614.

²⁹⁰ *Íbidem*.

los conflictos de leyes que puedan suscitarse. En efecto, cuando existen leyes contradictorias aplicables a un caso concreto, el juez debe decidir cuál de ellas prevalece sobre las demás; por consiguiente, si se plantea un conflicto entre una ley ordinaria y un precepto de la Constitución, es obligación del juez (de acuerdo al sistema difuso o americano de control de constitucionalidad de leyes, basado en el respeto al principio de supremacía constitucional) dar preferencia en la aplicación al segundo y no a la primera, por el hecho de que la Constitución es de jerarquía superior y está por encima de cualquier ley ordinaria.

d) Límites a la revisión judicial de leyes.- De lo anterior podría suponerse una potestad ilimitada del poder judicial para interpretar la Constitución y ejercer un control de la conformidad de las leyes con ella. No obstante, dicha potestad atribuida a la judicatura encuentra límites para su ejercicio, y por ende, la competencia conferida a la Suprema Corte y a los demás órganos judiciales para interpretar la Constitución y específicamente para declarar inconstitucionales actos del congreso (legislación), es ejercida sólo en función de controversias cuya resolución haga necesaria la revisión de las leyes aplicables al procedimiento particular.

Así, la Suprema Corte conoce de cuestiones de constitucionalidad de leyes sólo cuando le es turnada una controversia o conflicto que amerite de una resolución judicial (*justiceable question*). Por ello, la Suprema Corte se considera incompetente para conocer de cuestiones de constitucionalidad cuando considera que la cuestión por resolver "no es justiciable". Este mecanismo es el medio más simple de que dispone la Suprema

Corte y los demás órganos judiciales para eludir su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes, pues a criterio del poder judicial, una cuestión es justiciable cuando en ella está implícita una controversia que afecta derechos fundamentales o intereses particulares de las partes en un proceso substanciado ante la instancia judicial competente, sea ésta federal o local.²⁹¹

En este sentido, el Poder Judicial de los Estados Unidos de América se ha autoimpuesto una serie de límites dirigidos a restringir su competencia en cuestiones de constitucionalidad de leyes y a evadir decisiones en materia constitucional. Dichas limitantes²⁹² han sido establecidas en los siguientes términos:

- Los órganos judiciales no conocen de controversias en las que los intereses de las partes no son realmente opuestos. En este sentido, el demandante debe demostrar un daño personal específico y la existencia de un nexo entre el daño sufrido y el acto reclamado. Esto significa que ningún ciudadano puede reclamar actos que no le afecten a él personalmente. De actualizarse este supuesto el órgano judicial será competente para verificar la constitucionalidad de las leyes aplicables al proceso substanciado en su instancia, cuya constitucionalidad sea cuestionada.
- La Suprema Corte o cualquier otro órgano judicial decidirá sólo aquéllos puntos constitucionales presentados por las partes, a su consideración, cuando sean indispensables para la decisión del caso. Esto significa que la Suprema Corte no anticipará una cuestión de constitucionalidad antes de la

²⁹¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, p. 211

²⁹² *Ibidem*, p. 212. Véase además URSÚA-COCKE, Op. cit., pp. 22 a 27.

necesidad de decidirla, ni tampoco es costumbre de la Corte decidir cuestiones de naturaleza constitucional, a menos que sea absolutamente necesario para la decisión del caso en concreto.

- La Suprema Corte no admitirá una cuestión constitucional aunque sea debidamente presentada de acuerdo al expediente si hay también algún otro fundamento del que pueda disponerse para resolver el caso.
- Aun cuando la controversia concierna a partes con intereses opuestos, un órgano judicial no está obligado a conocer de cuestiones de constitucionalidad cuando estime que la resolución de las materias tratadas en el procedimiento ante él substanciado corresponde ser resuelta por otro órgano de gobierno (ejecutivo o legislativo), por tratarse de una disputa que contenga cuestiones de carácter político. Lo anterior se debe a que los países pertenecientes al *common law* comparten la renuencia de los tribunales a dirimir las llamadas *cuestiones políticas*. Por tanto, la Suprema Corte y los demás tribunales se niegan a conocer controversias en los que estén envueltas cuestiones cuyo contenido sea eminentemente político.
- La Suprema Corte se niega a revisar los actos de los demás órganos encargados expresamente a estos últimos por la Constitución o aquéllos actos que por su naturaleza escapan a los métodos de resolución o coacción legales. En consecuencia, tanto la Suprema Corte como los demás órganos del poder judicial (federales y locales) se consideran incompetentes para emitir fallos que pudieran considerarse *consultivos* o como expresión de meras opiniones.

- La Suprema Corte ha sostenido que los tribunales federales deben abstenerse de intervenir en litigios en donde se encuentre pendiente la interpretación por el máximo tribunal estatal, evitando así la resolución innecesaria de puntos constitucionales en procesos substanciados ante otras instancias judiciales.
- Cuando la validez de un acto del Congreso sea puesta en tela de juicio y no obstante que una duda sería sobre su constitucionalidad haya surgido, es un principio fundamental que la Suprema Corte deberá primero investigar si la expedición de la ley es posible, con lo cual la cuestión puede ser eludida.
- La ley estatal no queda sujeta a revisión constitucional si su validez puede demostrarse por otras consideraciones no estrictamente constitucionales.
- Existen dos limitaciones estatutarias al examen de las decisiones estatales por parte de la Suprema Corte. Por una parte, la decisión estatal debe tener el carácter de definitiva antes de ser impugnada ante la Suprema Corte por la vía de apelación. Por la otra, el demandante debe en principio haber agotado todos los recursos disponibles a nivel estatal antes de presentar su caso a la Suprema Corte. Como excepción a este principio existe la posibilidad de que un acusado en procedimientos penales, sólo agote los recursos disponibles en el momento en que presenta el recurso de *habeas corpus* y no espere que los tribunales estatales hayan fallado en definitiva sobre los méritos del caso.
- También existen limitaciones constitucionales y voluntarias a la jurisdicción federal: si el fallo estatal puede justificarse con base en la legislación estatal sin involucrar cuestiones

federales, la Suprema Corte no intervendrá. Por lo tanto, para que un tribunal federal examine un caso estatal es necesario que el resultado final sea distinto si se plantea la cuestión federal. La cuestión federal debe ser invocada de acuerdo con las reglas procesales estatales con tal de que el procedimiento impuesto por el estado permita a las partes la presentación posterior de la cuestión federal ante los tribunales apropiados.

- Finalmente, cabe mencionar que los tribunales federales no pueden emitir fallos sobre los que no se sigan consecuencias concretas, directas o indirectas. En consecuencia, la Suprema Corte rechaza todos aquellos intentos de elevar un asunto a su jurisdicción cuyo propósito sea obtener una resolución favorable sobre *cuestiones abstractas*. En este sentido, los órganos del poder judicial nunca conocen de cuestiones abstractas sino sólo de controversias en donde de manera concreta se afecten los derechos fundamentales de las partes y cuya tutela subjetiva sea requerida a fin de salvaguardar el interés particular de aquéllas.

3.3.3 Doctrina de los precedentes (principio *stare decisis*)

Con la finalidad de complementar el estudio del sistema de control difuso de la constitucionalidad de leyes en los Estados Unidos de América, es necesario explicar el principio rector del quehacer judicial estadounidense: la regla del *stare decisis* o estar a lo decidido. Así, la finalidad de este apartado será el tratar de explicar el uso del precedente como la principal fuente del derecho utilizada por los tribunales en Estados Unidos, perteneciente al sistema de *common law*, así como la forma en que se aplica y la importancia del mismo para el sistema difuso de control de la constitucionalidad.

a) El principio *stare decisis* en el sistema judicial estadounidense.- Es un principio fundamental de la jurisprudencia estadounidense que una decisión tomada por el tribunal más alto constituye un precedente obligatorio para los tribunales inferiores. La tesis de que respuestas similares deben darse a cuestiones similares aunque éstas surjan con posterioridad es conocida en el derecho norteamericano como "doctrina de los precedentes" o de "*stare decisis*".²⁹³

La frase *stare decisis* es una abreviación de la expresión latina "*stare decisis et non quieta movere*" que significa "mantener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas". Esas cuestiones establecidas o decisiones tomadas configuran los precedentes que deben servir de guía normativa para resolver casos similares a aquéllos que fueron resueltos en el pasado y cuyas sentencias constituyen precisamente los "precedentes". De acuerdo a la doctrina de los precedentes, se requiere que un juez al resolver un caso concreto siga las decisiones de uno o varios casos previos en las que las situaciones son parecidas a las que caracterizan al asunto de que conoce. Como no todas las situaciones de hecho son idénticas, el juez está obligado a distinguir si el caso bajo su jurisdicción es parecido a determinado litigio resuelto en el pasado con el objeto de saber qué precedente debe aplicar.²⁹⁴

En este orden de ideas, las características y aplicación de los precedentes en el sistema judicial estadounidense permite considerarlos como una fuente vinculante de reglas que deben ser

²⁹³ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, p. 213.

²⁹⁴ *Ibidem*.

tomados en cuenta por todos y cada uno de los órganos que lo integran.

Como consecuencia de la aplicación de precedentes judiciales y del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas del sistema, se ha originado lo que en la actualidad se conoce como *activismo judicial (judicial activism)*, en donde el poder de los jueces ha adquirido tal magnitud que ocasiona oposición tanto dentro como fuera de los tribunales.²⁹⁵ Esta actividad hasta cierto punto discrecional de los jueces que los ubica más como "creadores de normas" que como un meros intérpretes de ellas, hace posible que diferentes jueces emitan diversas determinaciones con base en precedentes distintos, a pesar de juzgar casos en lo general caracterizados por las mismas situaciones de hecho.

b) Procedimiento para la aplicación del principio *stare decisis*.- Podemos definir al principio *stare decisis* actual como una técnica particular de tomar decisiones que consiste en encontrar los fundamentos de una decisión judicial en experiencias plasmadas en los precedentes, logrando estabilidad en el sistema al exigir apego a las resoluciones anteriores cuando la litis sea igual, a la vez que permite el crecimiento y el cambio por medio de la libertad de interpretación judicial al elegir entre diversos casos análogos de igual autoridad cuando se estima que se trata de un caso nuevo, o bien que las circunstancias han cambiado y es necesario cambiar la regla.²⁹⁶

²⁹⁵ FIERRO FERRAEZ, Ana Elena. "El uso del precedente en el sistema estadounidense. El principio de *stare decisis*." México D.F., Anuario de Derecho Público, Número 2, 1998., p. 355.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 355.

De esta manera, el principio *stare decisis* juega un doble papel en el sistema legal estadounidense. El precedente no sólo determina las reglas aplicables para la resolución de conflictos legales, sino también es un instrumento de razonamiento legal que permite adaptar el sistema a las circunstancias cambiantes de la sociedad. La aplicación del principio *stare decisis* tiene por objeto darle claridad y estabilidad al sistema al no alterar aquello que se ha preestablecido. En este sentido, *stare decisis* es una regla que determina la forma de trabajo diario de los jueces.

Este principio resulta de razonar a través del ejemplo, es decir, pasar de un caso particular a otro caso en virtud de similitudes. Esta manera de razonar a partir del ejemplo se refleja en las resoluciones dictadas por los tribunales. El juez empieza por determinar que el caso en estudio es análogo a un caso anterior; acto seguido, señala la norma legal que prescribe el precedente y, finalmente, aplica esa norma en el nuevo caso al señalar los razonamientos que lo condujeron a determinar que los casos son análogos, y por ende, que es aplicable esa norma. Por ello, una vez que el juez decide que al asunto le es aplicable la norma establecida en el precedente, la aplica al asunto actual asentando las razones por las que considera que encuadra esa regla.²⁹⁷ En este sentido, al encontrarse la regla aplicable, se formulan los razonamientos que fundan y motivan su aplicación al caso concreto con la finalidad de resolver la controversia actual.

Esta forma de argumentación a partir de un precedente es la más común para resolver controversias legales en el sistema estadounidense; el hecho de que un caso haya sido resuelto de

²⁹⁷ FIERRO. Op. cit, pp.355 y 356.

determinada manera, provee no sólo de una razón para resolver igual, sino establece un deber. Un juez sabe que si resuelve hoy un asunto en cierto sentido está obligado a resolver igual todos los casos similares. No obstante, al no estar igualmente exploradas todas las áreas del derecho ni contar éstas con un amplio cuerpo de precedentes, en las áreas relativamente nuevas el juzgador toma un papel más activo en la determinación de la regla aplicable que en aquéllas donde existen múltiples precedentes. Sin embargo, siempre que el precedente exista, el juez debe ceñirse a él, a menos que encuentre razones justificadas para separarse de éste.²⁹⁸

En este sentido, un juez debe seguir los precedentes dictados por su propio tribunal además de ceñirse a los de sus superiores. De ahí que se afirme que el principio de *stare decisis* es vinculante en dos dimensiones: *horizontal*, es decir, que obliga a los jueces a seguir sus propios precedentes y los de los juzgadores de igual jerarquía y jurisdicción; y en sentido *vertical*, pues está basado en la existencia de jerarquías entre una misma jurisdicción. Así, *stare decisis* en sentido horizontal da consistencia y coherencia al ordenamiento normativo; mientras que en el sentido vertical permite la unidad del sistema al constreñir a los tribunales de todo el país a seguir los precedentes establecidos por el superior jerárquico, siendo éstos los de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.²⁹⁹

c) Elementos a considerar para la interpretación y aplicación de precedentes judiciales.- No obstante la facultad discrecional que posee el juzgador para decidir el precedente aplicable para la resolución del caso concreto sometido a su

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 357 y 358.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 358.

jurisdicción, existen elementos que deben ser considerados al momento de analizar el precedente que resulta aplicable al caso cuya resolución se pretende, y que limitan la posibilidad de la libre interpretación de los mismos. Dichos elementos son los siguientes:

1. Holding.- El *holding* de un caso es la regla precisa que se aplicó al momento de resolver una controversia, esta regla constituye un marco de actuación al que deberán sujetarse los juzgadores en la resolución de casos subsecuentes. El juez que establece el precedente es quien determina el alcance del *holding* o regla dependiendo de la generalidad con la que ésta se formule: Es precisamente el *holding* de un precedente lo que en realidad vincula al juzgador que aplica el precedente y no toda la resolución.³⁰⁰

Dos son los métodos principales para utilizar el *holding* de un precedente. En el primero, el juez anuncia cuál es el *holding* o regla que establece el precedente y señala su aplicabilidad directa al asunto en estudio. El segundo método consiste en determinar cuál es el precedente aplicable a la controversia actual concentrándose en los resultados obtenidos en los casos anteriores; el juez entonces interpreta el *holding* en una forma que permite incluir la controversia actual a fin de obtener el mismo resultado. Ambos métodos tienen el mismo propósito: encontrar una regla aplicable al caso concreto, ya que la regla como tal es lo que constreñirá la actuación de los jueces en futuras resoluciones.³⁰¹

En este orden de ideas, el *holding* de una resolución puede estimarse como el equivalente a la *fundamentación* de una sentencia

³⁰⁰ Ídem, pp. 358 y 359.

³⁰¹ Íbidem, p. 359.

en los sistemas de derecho civil, incluido por supuesto el nuestro; es decir, el *holding* debe ser entendido como la regla o norma que resulta aplicable al caso en estudio.

2. Ratio decidendi.- No obstante la determinación del *holding* durante el estudio del precedente que pretende ser aplicado a una controversia para su resolución, a fin de asegurar equidad en la aplicación del derecho, el juez debe, al momento de resolver, atender a las "razones" dadas por el tribunal que dictó el precedente con el objeto de asegurar la correcta aplicación del *holding*. A estas razones se les denomina *ratio decidendi*.

La *ratio decidendi* es la *justificación dada por el juez para adoptar una decisión en cierto sentido*. Esta justificación explica por qué el tribunal aplicó cierta regla al asunto en estudio. La *ratio* es vinculante en el sentido de que obliga al juzgador a que en determinadas circunstancias similares, un asunto debe resolverse de la misma manera que el precedente, es decir, desde un concepto formal de justicia, a casos iguales debe darse trato igual.

La consistencia en el uso de reglas u *holding*, así como la justificación de las decisiones es esencial para la impartición de justicia, de ahí la importancia de los conceptos *ratio decidendi* y *holding*. Los argumentos vertidos en un precedente que justifican la aplicación de determinada regla pueden ser objeto de interpretación por el tribunal que posteriormente aplica el precedente. El uso del precedente como una fuente de normas da al juez la posibilidad de determinar cuál es el marco de acción de la regla utilizada con anterioridad y reinterpretar las justificaciones en él plasmadas extendiéndolas para que abarquen el caso que le ocupa, lo que se

traduce en amplias facultades en la determinación de la regla aplicable a un caso concreto y el alcance de la misma. Debido a ésta facultad discrecional es frecuente que los jueces al aplicar un precedente, en lugar de ampliar el marco de acción de la regla lo reduzcan por estimar que existen en el caso actual nuevas circunstancias que no pudieron ser previstas por el juzgador que sentó el precedente, y por ello, que es necesario excluir de la regla el asunto en estudio.³⁰²

En este sentido, *ratio decidendi* es una herramienta que auxilia al juzgador al momento de aplicar una regla, pues le da a conocer de alguna manera la intención de quien creó la regla y el propósito de su aplicación, lo que le permite determinar si debe incluir el caso actual dentro de esa regla para su resolución.

3. Dictum.- Se denomina *dictum* a todo lo que en una sentencia no se estima esencial para la resolución de la controversia. En otras palabras, *dictum* es lo que no es ni *holding* ni *ratio decidendi*.

Partiendo de esta idea, en ocasiones se denomina *dictum* a un punto que la resolución toca sólo en forma tangencial pero que posteriormente puede adquirir relevancia en la resolución de casos futuros. También es frecuente que el juez exponga más de una razón para resolver determinado asunto y la relevancia de estas razones será definida posteriormente cuando el asunto sirva de precedente en casos similares. La línea entre *ratio* y *dictum* no es clara y en

³⁰² *Ibidem*, pp. 359 y 360.

ocasiones no se define sino con la subsecuente aplicación del precedente.³⁰³

En consecuencia, todas las materias de que se haga mención en la sentencia establecida por un precedente, ya se trate de reglas o principios jurídicos que no estén relacionados con la decisión de los puntos controvertidos o de la aplicación de la norma concreta o derecho fundamental envuelto en el juicio, sino se trate de cuestiones o hechos diversos a los de la pretensión o a casos hipotéticos los cuáles no conoce el juzgador, son, según el tecnicismo jurídico de la jurisprudencia angloamericana, *ober dicta*, esto es, expresiones emitidas por el tribunal en el fallo que están al margen de las cuestiones concretas sometidas por las partes en el caso particular y que por esta razón no tienen validez ni autoridad alguna como precedente obligatorio para la resolución de casos futuros semejantes. Por ello, no todas las declaraciones de reglas o principios generales de derecho ni los comentarios hechos en las sentencias que dictan los tribunales, están revestidos de autoridad o fuerza jurídica obligatoria, por lo que deben ser ignorados al momento de determinar el *holding* y establecer la *ratio decidendi* de un precedente judicial que pretende ser aplicado a la resolución de un caso concreto actual.³⁰⁴

En este sentido, todo lo que no sea la decisión propiamente dicha por la que se exponga la norma jurídica concreta que resuelve las cuestiones planteadas en la litis es *dictum*, o sea, toda aquella disertación o comentario hecha por el tribunal en su fallo aun siendo en materia de derecho “que no viene al caso” y que por ser extraña a

³⁰³ Idem, p. 361

³⁰⁴ RABASA. Op. cit., pp. 555 y 556.

las cuestiones particulares de que se compone la controversia resuelta no tiene ninguna fuerza como precedente ni establece jurisprudencia, aun cuando esté bien fundada dicha disertación o comentario marginal.³⁰⁵

d) El principio *stare decisis* en el sistema difuso de control de la constitucionalidad.- La facultad discrecional respecto a la interpretación y aplicación de los precedentes a los casos concretos disminuye cuando mediante la aplicación de la doctrina de *stare decisis* un juez debe atender los precedentes de un tribunal superior de su misma jurisdicción, sin estar impedida para apartarse de los criterios de otros tribunales ajenos a su ámbito jurisdiccional.

Por lo que respecta a la Suprema Corte, a pesar del principio fundamental de *stare decisis* este alto tribunal no está obligado a respetarlo en cuestiones de constitucionalidad, ya que respecto de las normas constitucionales, la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes permite a ésta en calidad de superior jerárquico y a los demás tribunales del poder judicial debido al carácter difuso del sistema de control, separarse del precedente cuando entra en conflicto con alguna norma constitucional.

Específicamente en cuestiones de constitucionalidad, la Suprema Corte puede encontrar necesario desatender o anular sus decisiones anteriores, pues no está obligada a guiarse por lo establecido en un precedente para resolver conflictos de constitucionalidad derivados de la aplicación de leyes a una controversia cuya constitucionalidad esté en duda y pueda lesionar los derechos fundamentales de las partes. No obstante, si considera

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 556 y 557.

que existen elementos para resolver dicha controversia conforme a un precedente emitido por ella, puede tomar en cuenta las resoluciones pronunciadas con anterioridad, atendiendo por supuesto a las reglas consuetudinarias de interpretación y aplicación de los precedentes judiciales³⁰⁶, mismas que han quedado establecidas líneas atrás.

La forma como se aplica la doctrina de los precedentes dista mucho de consistir en una mera reproducción automática de una decisión en la que se ha interpretado la ley al aplicarla a un caso concreto cada vez que se presenta una nueva controversia más o menos similar a la que originó la sentencia precedente. La observancia de las reglas de carácter consuetudinario en las que se fundamenta el principio de *stare decisis* y la multicitada facultad discrecional de los jueces respecto a la interpretación y aplicación de los precedentes judiciales, confirma la posibilidad de no apegarse estrictamente a las decisiones establecidas en casos anteriores. En este sentido, si bien existe una obligación de los jueces para considerar los precedentes existentes establecidos por otros de su misma jerarquía, o bien, de los órganos judiciales superiores de su jurisdicción, no está obligado a seguirlos mecánicamente; esto es, el juez no puede ignorarlos como si no existieran, pero una vez tomados en cuenta, puede apartarse de su aplicación razonadamente por considerar que no se adecuan a la controversia actual.³⁰⁷

Existen varias posibilidades para que un juez pueda justificar su decisión de apartarse de la aplicación de un precedente para la

³⁰⁶ COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...* , p. 213.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 214 y 215.

resolución de un caso concreto. Una de ellas es mediante el denominado proceso de diferenciación (*process of distinguishing*) mediante el cual el juez examina los hechos materiales del precedente y del juicio presente, y dependiendo de su coincidencia o no, toma o desecha el precedente al resolver el caso de que conoce. Otra forma de evitar la observancia de un precedente consiste en que el juez no está obligado a tomar en cuenta las *ober dicta* de una resolución precedente, sino sólo su *ratio decidendi*. Finalmente, un juez puede rehusarse a seguir un caso precedente cuando éste fue decidido *per incuriam*, lo cual ocurre en el supuesto de que el juez anterior haya resuelto la controversia sin tener en cuenta a su vez un importante precedente significativo para la solución del caso del que conoció.³⁰⁸

Como puede apreciarse, la doctrina de los precedentes en materia de control de la constitucionalidad se aplica en términos generales como se ha descrito en líneas anteriores, pero con algunos matices.

Debido a que la Suprema Corte es el tribunal de última instancia al interpretar la Constitución, no rige en su caso la regla de que el precedente de un tribunal superior obliga al inferior de la misma jurisdicción. Si bien es cierto que los posibles desaciertos derivados de la aplicación de la doctrina de los precedentes en materia de legislación federal o local pueden suplirse mediante decisiones que los corrijan, o en último caso a través de reformas a la ley, no lo es menos que este recurso final no es factible por lo que respecta a la Constitución federal, la cual no puede ser modificada por vía legislativa ordinaria. A esto se debe que la *reconsideración* y

³⁰⁸ *Idem*, p. 216.

la no observancia de los precedentes en cuanto a cuestiones de constitucionalidad sean frecuentes en la labor de la *revisión judicial* de la Suprema Corte.

Por lo anterior, podemos concluir que de la prudencia y racionalidad con que se aplique el principio *stare decisis* a la *revisión judicial* de la Suprema Corte en cuestiones de constitucionalidad, depende el éxito de dicho tribunal en calidad de protector de la Constitución así como el correcto funcionamiento de su sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad, cuya finalidad es establecer un estado de conformidad del ordenamiento jurídico y de los actos gubernamentales con la Constitución a fin de proteger los derechos fundamentales de los gobernados por ella establecidos.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO CUARTO LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO</p>

4.1 Antecedentes históricos y constitucionales de la acción de inconstitucionalidad en México

4.1.1 Constitución de Cádiz

El primer órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes que se estableció en nuestro país fueron las *Cortes*, que de acuerdo con lo dispuesto por el *artículo 26* de la *Constitución Política de la Monarquía Española*, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, eran la reunión de todos los diputados que representaban a la Nación, nombrados por los ciudadanos.

La importancia de las llamadas *Cortes Generales* fue que a diferencia de las Cortes tradicionales de la Edad Media de integración estamental, en el caso de las Cortes en nuestro país, la convocatoria de elección popular de diputados promovió la participación en igualdad de condiciones tanto de ciudadanos de la península ibérica como de las Indias, lo cual contribuyó en esa época que existiera una presencia real de los americanos y particularmente de los mexicanos en las Cortes de Cádiz, lo que permitió que la Constitución de la Monarquía Española de 1812 fuese aceptada en nuestro país y entrara en vigor a partir del 30 de septiembre de 1812. La Constitución de Cádiz tuvo un papel fundamental, ya que fue la primera Constitución en nuestro país, en el sentido moderno de la palabra, en regir en el antiguo virreinato de la Nueva España que, inclusive, siguió aplicándose después del movimiento de independencia durante el

tiempo que se expedían leyes propias, lógicamente en aquello que no se opusiera al nuevo estado de cosas.³⁰⁹

Es importante mencionar que en materia de control de la constitucionalidad, en el artículo 131, fracción primera de dicho ordenamiento constitucional se establece como facultad de dichas Cortes: “proponer y decretar las leyes, e interpretarlas y derogarlas en caso necesario”,³¹⁰ lo cual, en nuestra opinión, se presenta como un antecedente histórico del control de la constitucionalidad de leyes en nuestro país y, en consecuencia, de la acción de inconstitucionalidad.

4.1.2 Constitución de 1824

El segundo documento constitucional que establece un mecanismo de control de la constitucionalidad es precisamente la *Constitución Federal de 1824*, promulgada el 4 de octubre de 1824 y publicada el 5 de octubre de ese mismo año con el nombre de *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual establecía los principios políticos fundamentales que regirían a la joven nación independiente, así como las bases políticas y jurídicas de la naciente federación.³¹¹

Dicho ordenamiento constitucional contiene dos artículos que hacen referencia expresa al control de la constitucionalidad. a saber:

“**Artículo 137.-** Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia son las siguientes:

³⁰⁹ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*. Sexta edición. México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 84 a 87.

³¹⁰ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Lexes fundamentales de México 1808- 1998*. Vigésimo primera edición. México, Editorial Porrúa, 1998, p. 75.

³¹¹ SOBERANES, Op. cit., pp. 121 a 123.

... V. Conocer:

... **Sexto:** ...de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley.

Artículo 165.- Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta constitución del acta constitutiva".³¹²

Como puede observarse, la facultad de interpretación de la Constitución y consecuentemente de las leyes, se atribuía al Congreso General al concederle la facultad de resolver las dudas que surgieran sobre la constitucionalidad de los artículos de la misma, e incluso, sobre el ordenamiento legal derivado de ésta, adoptándose así un *sistema de control de la constitucionalidad de leyes por órgano político* y no por órgano jurisdiccional como actualmente está establecido en la mayoría de los sistemas de control de la constitucionalidad, principalmente en países de Europa y América Latina, incluido México.

4.1.3 Constitución de 1836

La Constitución Federal de 1824 estuvo en vigor hasta el 23 de octubre de 1835 en que el Congreso, dominado por conservadores, promulgó una nueva Constitución de corte centralista en el año de 1836: las "*Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana*".³¹³

En este documento constitucional, conocido como las *Siete Leyes* el control de la constitucionalidad de leyes se depositó en el *Supremo Poder Conservador*, órgano que ejercía dicho control con facultades omnímodas y que contaba con un ámbito competencial superior al del ejecutivo. En esta Constitución de carácter centralista

³¹² TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México...*, pp. 188 y 193.

³¹³ SOBERANES, Op. cit., p. 123.

se encuentra otro antecedente de la acción de inconstitucionalidad. En efecto, en la segunda ley expedida por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835, se estableció la facultad que tenía el *Supremo Poder Conservador*, como órgano juzgador, para decidir la constitucionalidad de leyes o decretos y, en su caso, declararlos nulos por violar los preceptos constitucionales. Esta facultad interpretativa se accionaba a petición de la Suprema Corte de Justicia, del Poder Ejecutivo y de un número determinado de miembros del poder legislativo dentro de los dos meses siguientes a la sanción de la ley o decreto cuestionado. En otras palabras, los poderes de la Unión eran los únicos órganos facultados para promover ante el Supremo Poder Conservador la nulidad de las leyes o decretos que consideraban violatorios de los artículos de la Constitución.³¹⁴

La creación de este “superpoder” verdaderamente desorbitado en la Constitución de 1836 fue fruto probablemente de la imitación del Senado Constitucional ideado por Sieyès. Dicho organismo estaba integrado por cinco miembros cuyas facultades eran desmedidas hasta el punto de constituir una verdadera oligarquía, siendo su primordial función el velar por la conservación del régimen constitucional, mas su ejercicio distaba mucho de asemejarse al desplegado por las Constituciones de 1857 y de 1917. En efecto, el control de la constitucionalidad ejercido por este Supremo Poder Conservador no era de índole jurisdiccional como el realizado por la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino meramente político y sus resoluciones tenían validez general (*erga omnes*).³¹⁵

³¹⁴ REYES REYES, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad. Derecho procesal constitucional*. Pr. Genaro David Góngora Pimentel. México, Editorial Oxford University Press, 2000. p. 82.

³¹⁵ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo ...* pp.106 y 107.

En el artículo 12 de la Ley Quinta de las *Siete Leyes de 1836* se fijan las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia en forma muy similar a como se establecieron en la Constitución de 1824, pero lo que llama la atención es lo dispuesto en la Ley Segunda que tiene el título de “*Organización de un Supremo Poder Conservador*”. El artículo 12 de esa Ley Segunda fija las atribuciones de este Supremo Poder Conservador, y es el nacimiento en nuestro constitucionalismo de numerosas atribuciones políticas que se conceden a la Suprema Corte de Justicia.³¹⁶

Por la importancia para nuestra investigación, nos permitimos transcribir textualmente las partes que consideramos pertinentes de dicho artículo respecto al control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales (leyes y decretos):

“**Artículo 12.-** Las atribuciones de este supremo poder (Supremo Poder Conservador), son las siguientes:

I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el Supremo Poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del Poder Legislativo en representación que firmen dieciocho por lo menos.

II. Declarar, excitado por el Poder Legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas.

III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades.”³¹⁷

Como puede apreciarse, las facultades políticas mediante la intervención de un órgano estatal nacen en México a través de un

³¹⁶ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*. Volumen I. México, Oxford University Press, 2002, p.20.

³¹⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México...*, p.210.

exótico superpoder, Supremo Poder Conservador, a quien por supuesto se le reconoce la posibilidad de anular leyes anticonstitucionales. Debe aclararse, sin embargo, que el Supremo Poder Conservador centralista por el breve tiempo en que estuvo vigente jamás anuló ley o decreto alguno.³¹⁸

4.1.4 El voto particular del diputado José Fernando Ramírez y las Bases Orgánicas de 1843

La primera vez que se expuso la idea de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería ser el órgano constitucionalmente facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes fue en el "voto particular" formulado por el diputado Fernando Ramírez en el *Proyecto de Reforma a la Constitución Centralista de 1836*, presentado el 30 de junio de 1840. Por su importancia para el estudio de la acción de inconstitucionalidad y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en México, el texto de dicho voto particular en lo que interesa, se transcribe a continuación:

"...Mas yo pretendo añadirle (a la Suprema Corte de Justicia de la Nación) otra facultad dentro de su órbita: la idea parecerá a primera vista extraña; pero ni es enteramente nueva, ni carece de sólidos fundamentos, antes se encontrará apoyada en la razón y en la experiencia. Una obra moderna, que hizo mucho ruido en Francia, casi se ocupa toda en demostrar que la paz y la tranquilidad de la República del Norte no se debe a otra cosa que a la influencia que ejerce en ella su Corte de Justicia. Además de que esta experiencia es una prueba de bulto, sobran razones en qué apoyarla. Esas corporaciones como he dicho, están por naturaleza aisladas, y como excéntricas respecto a los negocios públicos: este aislamiento les da necesariamente un carácter de imparcialidad muy importante, o por mejor

³¹⁸ CASTRO, Op. cit., p. 20. Cabe mencionar que en la Constitución en comento se preveía un sistema de control político de la constitucionalidad, pues como puede observarse de las anteriores consideraciones, las facultades del Supremo Poder Conservador y el procedimiento de control de constitucionalidad de leyes por él realizado, atienden a las características establecidas en el capítulo II de nuestro trabajo de investigación respecto del sistema de control de la constitucionalidad por órgano político. vid supra, p. 71 y ss.

decir, indispensable para resolver en la calma de las pasiones escuchando solamente la voz de la justicia, las grandes cuestiones cuya resolución muchas veces, equívoca o desarreglada, es la causa de grandes trastornos políticos.

Los diputados, los senadores, los secretarios del Despacho, el mismo Presidente de la República, pueden afectarse de sus propios intereses, del de sus parientes y amigos, o de pasiones o caprichos. Es necesaria mucha firmeza de alma, y una virtud no sólo filosófica sino verdaderamente evangélica, para que uno de esos funcionarios no haga, o por lo menos no apoye, una iniciativa de ley que favorezca sus miras, aun cuando se oponga a algún artículo constitucional.

¡Ojalá y no fuera tan cierto lo que acabo de decir! De aquí proceden las *interpretaciones violentas a la Constitución*, las soluciones especiosas a argumentos indestructibles, las intrigas para las votaciones, en una palabra, se procura ganar a toda costa. En efecto, se triunfa en la votación; pero este triunfo refluye en daño el prestigio de la Asamblea Legislativa. El público, que no se engaña, y conoce bien los artificios con que se dictó la ley está persuadido de su injusticia y jamás la aprobará en su interior *¿Qué remedio más a propósito que ocurrir a una corporación, que puede llamarse esencialmente imparcial, para que pronuncie su fallo sobre la inconstitucionalidad de una ley?* En verdad que los individuos que componen o deben componer la cabeza del Poder Judicial pueden afectarse alguna ocasión de aquellos mismos defectos; pero esto sucederá tan rara vez, que en nada perjudicará a esa absoluta imparcialidad que en la mayor parte de ellos existe de hecho, y en los demás racionalmente se presume. Los cortos límites a que debe reducirse un voto particular no me permiten extender sobre este asunto, digno de una disertación académica, perfectamente acabada; pero lo expuesto basta para fundar mi opinión sobre este punto.

Lo que he expuesto acerca de las leyes es por mayoría de razón aplicable a los actos del Ejecutivo. Yo, como he dicho antes, no estoy por la existencia del Supremo Poder Conservador: ninguna otra medida podía, en mi concepto, reemplazar su falta, que conceder a la Suprema Corte de Justicia una nueva atribución por la que cuando cierto número de diputados, de senadores, de Juntas Departamentales reclaman alguna ley o acto del Ejecutivo, como opuesto a la Constitución, se diese a ese reclamo el carácter de contencioso y se sometiese al fallo de la Corte de Justicia.

... (a la Suprema Corte de Justicia) le corresponde: 1º Iniciar leyes y decretos pertenecientes a su ramo, 2º Ser oída en las iniciativas que hagan los otros Poderes o las Juntas Departamentales sobre administración de Justicia; 3º Nombrar los magistrados de los tribunales superiores de los Departamentos a propuesta en terna de los gobernadores y Juntas Departamentales, a los que remitirán listas de todos los pretendientes y postulados los tribunales respectivos.

Cuando el Supremo Gobierno o la cuarta parte de los diputados, la tercera parte de los senadores presentes que compongan actualmente sus respectivas Cámaras, o la tercera parte de las Juntas Departamentales reclamen alguna ley como anticonstitucional, decidirá la cuestión la Suprema Corte de Justicia en juicio contencioso.

Lo mismo sucederá cuando en los propios términos los diputados, senadores o Juntas Departamentales reclamen algún acto del Ejecutivo.

Una ley fijará las instancias y el modo en que ha de verificarse este juicio.³¹⁹

Como puede observarse, el Diputado Ramírez abogaba para que la Suprema Corte, con la finalidad de cumplir mejor con su cometido, estuviere dotada de absoluta autonomía e independencia frente al Ejecutivo y Legislativo, habiéndose declarado al propio tiempo enemigo e impugnador de la existencia del Supremo Poder Conservador. Proponía, por ende, que fuese la Suprema Corte la que conociera de la constitucionalidad de las leyes o actos de las autoridades, asignando el derecho de pedir tal declaración a cierto número de diputados, senadores o juntas departamentales contra alguna ley o acto del Ejecutivo, petición que el propio Ramírez llamó "reclamo" y cuya tramitación adoptaba un carácter contencioso. Si tal idea se hubiese llevado a la práctica, encontraríamos en el régimen legal que la hubiese contenido un antecedente del control abstracto de la constitucionalidad de normas generales en nuestro país, por desgracia, la implantación del recurso concebido por Ramírez en su célebre voto no pasó de ser un mero deseo que, no obstante, demuestra la tendencia por establecer en esa época medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad.³²⁰

Estas consideraciones nos permiten establecer al reclamo propuesto por el diputado Ramírez no sólo como antecedente del juicio de amparo, sino inclusive de la acción de inconstitucionalidad, debido al procedimiento pretendido y los efectos del mismo: la nulidad de leyes y actos de la autoridad administrativa contrarios a la Constitución. En este sentido, la importancia de dicha propuesta no

³¹⁹ REYES, Op. cit., pp. 83 y 84.

³²⁰ BURGOA. Op. cit., p. 110.

fue otra que la creación de un medio de control de la constitucionalidad de carácter jurisdiccional, lo cual, a su vez permitiría el establecimiento de un sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad en nuestro país al ser competencia de la Suprema Corte de Justicia resolver sobre la constitucionalidad de leyes o actos del ejecutivo.

Respecto de las llamadas **Bases Orgánicas de 1843**, cabe señalar que éstas sustituyeron a la Constitución centralista de 1836, manteniendo un corte centralista y conservador.³²¹

Durante el año de 1842 fue elaborado un proyecto constitucional por vía de transacción entre los grupos minoritario y mayoritario de la Comisión del Congreso Extraordinario Constituyente con el fin de reformar la Constitución de 1836. No obstante haberse comenzado a discutir, no llegó a convertirse en Constitución debido a que por decreto de 19 de diciembre de 1842 expedido por el Presidente Antonio López de Santa Anna, se declaró disuelto, nombrándose en su sustitución a una Junta de Notables. Esta Junta, integrada por personas incondicionales designadas por Santa Anna, se encargó de elaborar un nuevo proyecto constitucional que se convirtió en las *Bases de Organización Política de la República Mexicana*, expedidas el 12 de junio de 1843. En estas Bases conocidas como *Bases Orgánicas*, se suprimió el desorbitado *Supremo Poder Conservador* de la Constitución de 1836, sin que se colocara al Poder Judicial en el rango de órgano tutelar del régimen constitucional, ya que propiamente sus funciones se reducían a revisar las sentencias que en los asuntos del orden civil y criminal pronunciaban los jueces inferiores. Este documento constitucional

³²¹ SOBERANES, Op. cit. p.123.

adoptó abiertamente el régimen central sin implantar ningún sistema de control de la constitucionalidad por órgano político, aunque en preceptos aislados como en el 66, fracción XVII, permaneció latente un resabio del control por órgano político que ejercía en forma omnipotente el Supremo Poder Conservador, al establecerse en dicha disposición que eran facultades del Congreso reprobado los decretos dados por las asambleas departamentales que fueren contrarios a la Constitución y a las leyes.³²²

Es preciso mencionar que en el proyecto de reforma a la Constitución de 1836 (Bases Orgánicas de 1843) se establece como atribución de la Corte Suprema de Justicia respecto del control de la constitucionalidad de las leyes la siguiente:

"Artículo 116.- Son facultades de la Corte Suprema de Justicia:

...

15º. Oír las dudas de los Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y creyéndolas fundadas, consultar sobre ellas al Presidente de la República, con los fundamentos que hubiere, para que inicie la conveniente declaración del Congreso."³²³

Como se puede apreciar, la facultad de declarar la nulidad de leyes correspondía exclusivamente al Congreso y no a la Suprema Corte de Justicia, quien sólo ocupaba un papel meramente coadyuvante en el control de la constitucionalidad de las mismas.

³²² BURGOA. Op. cit., p. 117.

³²³ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México...*, pp. 275 y 276.

4.1.5 El reclamo como antecedente de la acción de inconstitucionalidad: Acta de Reformas de 1847

En mayo de 1847 se promulgó el *Acta de Reformas* que vino a restaurar la vigencia de la Constitución Federal de 1824. Su expedición tuvo como origen el Plan de la Ciudadela de 4 de agosto de 1846 en que se desconoció el régimen central dentro del que se había teóricamente organizado el país desde 1836, pugnando por el restablecimiento del sistema federal y la formación de un nuevo congreso constituyente, mismo que quedó instalado el 6 de diciembre del mismo año. La reimplantación del federalismo en la mencionada Acta se inspiró en la amarga experiencia que durante el régimen centralista había sufrido la República y al cual se achacaban los graves trastornos que de manera continuada se habían padecido durante dicho régimen.³²⁴

Respecto al control de la constitucionalidad, el Acta de Reformas de 1847 estableció dos formas para que una ley fuera declarada inconstitucional: el amparo y el "reclamo". La sentencia de amparo sólo tenía efectos sobre el caso concreto, mientras que la sentencia que favorecía al reclamo – mismo que procedía a petición de una minoría del Congreso, del presidente de la República o de tres legislaturas de los Estados- tendría efectos generales. Esto es, Mariano Otero, creador de ambas instituciones y responsable de su diseño y establecimiento a nivel constitucional, estimó que las consecuencias jurídicas debían ser diferentes, sin embargo, en el

³²⁴ BARRGOA. Op. cit., p.117.

caso del reclamo, el fallo del Alto Tribunal debía ser aprobado por las legislaturas de los Estados para anular una ley.³²⁵

Es importante mencionar que tanto el amparo como el reclamo integraron en un inicio la llamada "*fórmula Otero*", no obstante que en la actualidad únicamente se reconozca como tal a la institución del amparo, a pesar de haber sido admitidas ambas instituciones por los responsables de la multicitada reforma constitucional. El propósito original de Otero era el diseño y establecimiento de medios de control de la constitucionalidad de leyes previstos en el propio texto constitucional, con el fin de protegerlo de manera eficaz de la aplicación de normas inconformes con ella y de actos de autoridades administrativas igualmente anticonstitucionales. Es evidente que su propuesta de establecer al reclamo como mecanismo protector de la Constitución no prosperó, ni tampoco la posibilidad de anular las leyes anticonstitucionales con efectos generales. Sin embargo, al ser el reclamo un antecedente de la acción de inconstitucionalidad y del control abstracto de la constitucionalidad de normas generales en nuestro país, consideramos necesario hacer un breve resumen de la visión de Mariano Otero respecto del procedimiento y substanciación de ese medio de control de la constitucionalidad de leyes, plasmado en el Acta de Reformas de 1847.

El 17 de mayo de 1847 se aprobó el Acta de Reformas a la Constitución de 1824, producto de un nuevo Congreso Constituyente reunido el 6 de diciembre de 1846 en condiciones graves, pues México estaba siendo invadido por el ejército norteamericano. La

³²⁵ CABRERA ACEVEDO, Lucio. "*El reclamo como antecedente de la acción de inconstitucionalidad en el artículo 105 de la Constitución.*" México, D.F., Revista Quórum. 2ª Época. Año IV, Número 32. Enero – Febrero, 1995, p. 83.

comisión encargada de revisar la Constitución de 1824 había quedado integrada entre otros por Mariano Otero y por Manuel Crescencio Rejón. El 5 de abril de 1847 la mayoría de esa comisión consideró que dadas las circunstancias tan anómalas era conveniente promover reformas constitucionales, sin embargo, Otero formuló un voto particular, sosteniendo que precisamente por la gravedad de esos momentos era indispensable la reorganización constitucional, y su voto, con pequeños cambios, fue aprobado por el Congreso. En el Acta de Reformas Constitucionales, Otero utilizó las palabras *amparo* y *reclamo*, o sea, aceptó la expresión de Rejón de raíces españolas, a pesar de estar más bien influido al redactar su voto por la obra de Tocqueville que por las tradiciones hispánicas.³²⁶

El Acta de Reformas estableció un sistema para revisar la constitucionalidad de las leyes: por una parte se podía reclamar mediante el "juicio de amparo" ante el Poder Judicial Federal la inconstitucionalidad de la ley (artículo 25), en cuyo caso la sentencia sólo se ocuparía del caso particular sin hacer una declaración general, pero por otra parte, propuso también un sistema político de revisión de la constitucionalidad a través del "reclamo" (artículos 22 y 23 del Acta) con intervención de la Suprema Corte, pero a petición de funcionarios de los otros dos poderes, en cuyo caso la sentencia tendría efectos generales. Destaca el hecho de que el segundo sistema haya sido el único utilizado durante la vigencia del Acta de Reformas, lo cual significa que solamente se aplicó el reclamo y no el amparo para impugnar la validez de las leyes.³²⁷

³²⁶ *ibidem*.

³²⁷ *ibidem*, pp. 83 y 84.

En cuanto al procedimiento para realizar el reclamo, el artículo 23 del Acta de Reformas preveía que dentro del mes siguiente a su publicación podía ser reclamada la inconstitucionalidad de una ley del Congreso General, ya fuera por el Presidente con acuerdo de su ministerio, por diez diputados, por seis senadores o por tres legislaturas. El reclamo se hacía ante la Suprema Corte para que ésta sometiera su sentencia a las legislaturas, las cuales dentro de tres meses y precisamente en el mismo día debían emitir su voto. El artículo 23 de dicha Acta de Reformas sólo permitía reclamar la inconstitucionalidad de aquellas resoluciones del Congreso que tuvieran carácter de leyes. Así, el reclamo debería hacerse por determinadas autoridades (las anteriormente enumeradas) dentro del término prescrito para su final resolución por las legislaturas de los estados.³²⁸

No obstante, existían algunos inconvenientes en el procedimiento ya que el artículo 23 del Acta de Reformas exigía algo muy difícil de lograr en aquella época, sobre todo por las lentas comunicaciones: que las legislaturas en el mismo día y dentro del plazo de tres meses dieran su voto en contra del decreto o ley del Congreso y lo remitieran a la Corte para que ésta publicara el resultado y anulara la ley, si así lo habían resuelto la mayoría de las legislaturas al aprobar el fallo del Alto Tribunal.

Es importante mencionar que quizá el reclamo hubiese prosperado si no hubiera tenido el requisito de que la sentencia de la Suprema Corte fuese aprobada por las legislaturas de los estados. Tuvo elementos interesantes como el caso de los sujetos autorizados para ejercitar el reclamo ante la Suprema Corte de Justicia, que eran

³²⁸ Ídem. p. 84.

ciertos órganos del Estado: el Presidente de la República con acuerdo de sus ministros, diez diputados o seis senadores o a tres legislaturas de entidades federativas; además que el fallo de la Corte tenía efectos generales.³²⁹

Sólo resta decir respecto de este medio de control de la constitucionalidad de leyes, que durante la vigencia del mismo la Suprema Corte de Justicia únicamente conoció de tres reclamos, ninguno de los cuales fue declarado fundado.³³⁰

4.1.6 Constitución de 1857

La Constitución Federal de 1857, emanada del Plan de Ayutla y que fue la bandera política del partido liberal en las Guerras de Reforma, implantó el liberalismo e individualismo puros como regímenes de relaciones entre el Estado y el individuo. Por ello, puede afirmarse que dicha Constitución fue el reflejo auténtico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación, principalmente de Francia, para las que el individuo y sus derechos eran el primordial si no el único objeto de las instituciones sociales.³³¹

Por esta razón y contrariamente a lo que acontecía con los anteriores ordenamientos constitucionales mexicanos e inclusive extranjeros de la época que consagraban los derechos del hombre en forma meramente declarativa y sin brindar un medio para su protección, la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1857 instituyó el "juicio de amparo" como medio de protección de estos derechos. Es en dicha Constitución donde desaparece el

³²⁹ Ibidem, p.86.

³³⁰ Ídem, p. 84.

³³¹ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo...*, p.120.

sistema de control de la constitucionalidad por órgano político que había sido establecido en el Acta de Reformas de 1847, documento que lo combinó durante su vigencia con el sistema jurisdiccional.³³²

El proyecto de Constitución presentado el 16 de junio de 1856 en su artículo 102 estableció en definitiva el control de la constitucionalidad de leyes por órgano jurisdiccional y no político en los siguientes términos:

“Toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que violaren las garantías individuales, o de la Federación que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, o de estos cuando invadan la esfera de la autoridad federal, se resuelve, a petición de la parte agraviada, por medio de una sentencia y de procedimientos y formas del orden jurídico, ya por los tribunales de la Federación exclusivamente, ya por estos juntamente con los de los estados, según los diferentes casos que establezca la ley orgánica; pero siempre de manera que la sentencia no se ocupe sino de individuos particulares y se limite a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que se verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare. En todos estos casos los tribunales de la Federación procederán con la garantía de un jurado compuesto de vecinos del distrito respectivo, cuyo jurado calificará el hecho de la manera que disponga la ley orgánica. Exceptúense solamente las diferencias propiamente contenciosas en que puede ser parte para litigar los derechos civiles un estado contra otro de la Federación, o ésta contra alguno de aquéllos, en los que fallará la Suprema Corte federal según los procedimientos del orden común.”³³³

Dicho sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de leyes quedó establecido finalmente en el texto de los artículos 101 y 102 constitucionales, que al respecto establecen lo siguiente:

“Artículo 101.- Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.

³³² Ibidem. p. 121

³³³ REYES. Op. cit., pp. 85 y 86.

III. Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

Artículo 102.- Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de los individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.³³⁴

Como puede observarse, la Constitución Política de 1857 no establece la figura de la acción de inconstitucionalidad; sin embargo, sí prevé medios de control de la constitucionalidad: el juicio de amparo contra leyes o contra actos de cualquier autoridad que violen garantías individuales, contra leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la autonomía de los estados y contra leyes o actos de autoridades de los estados que invadan la esfera de la autoridad federal, cuyos efectos de la sentencia determinada por el órgano jurisdiccional de control son particulares, es decir, de cumplimiento obligatorio respecto de las partes que intervienen en el juicio; así como también las “controversias” señaladas por el artículo 98, que son las surgidas entre un estado y otro y aquéllas en que la Federación fuera parte.

Con respecto al artículo 98 de la Constitución de 1857, esta disposición textualmente establecía: “*Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellos en que la Unión fuere parte.*” Por consiguiente, desde 1857 la Suprema Corte de Justicia conoce de dos acciones constitucionales totalmente diversas, tanto del *juicio de amparo* que se regulaba en los artículos

³³⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México...* . pp. 623 y 624.

101 y 102 constitucionales, como de la *controversia constitucional* que se precisaba en el artículo 98 de dicho ordenamiento constitucional.³³⁵

Si bien es cierto que la Constitución de 1857 fue el primer ordenamiento constitucional en nuestro país que estableció un sistema de control de la constitucionalidad de leyes por órgano jurisdiccional, también lo es que a diferencia de los sistemas previstos en las anteriores Constituciones, la declaración de inconstitucionalidad tenía efectos particulares, no generales, lo cual resulta comprensible si tomamos en cuenta la visión individualista impuesta por el liberalismo de la época, pues el hecho de que fuera importante para el Estado la protección de los derechos fundamentales de los individuos en el territorio nacional, producto del momento histórico que se vivía y de la influencia de corrientes doctrinales constitucionales europeas, principalmente de Francia, originó que el control de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad se limitara únicamente al control de la constitucionalidad por violaciones a dichos derechos individuales ocasionados por la aplicación de normas generales, o bien, por la actividad de los órganos del Estado, restringiéndose en consecuencia los efectos de la sentencia adoptada por el órgano de control únicamente al caso específico, sin hacer una declaración general de nulidad respecto de las leyes o actos contrarios a la Constitución, sino particular, esto es, sólo respecto de las partes en el juicio.

No obstante, el juicio de amparo y las controversias constitucionales establecidas en la Constitución Federal de 1857 pueden ser consideradas como antecedentes de nuestro actual sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad, y por ende,

³³⁵ CASTRO, Op. cit. p. 21.

de la acción de inconstitucionalidad en México, por ser éstos los primeros medios de control de la constitucionalidad de carácter jurisdiccional en nuestro país.

4.1.7 Constitución de 1917

Este ordenamiento constitucional es promulgado el 5 de febrero de 1917 con el nombre de *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. El texto constitucional de la misma se encuentra vigente actualmente y rige la organización política y jurídica del país.

La Constitución de 1917 se aparta de la doctrina individualista establecida en el texto constitucional de 1857, pues no considera a los derechos individuales como la base y objeto de las instituciones sociales, sino que los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los habitantes de su territorio. Es por ello que lejos de sustentar la tesis individualista, se inclina más hacia la teoría rousseauiana que asevera que las garantías que pueden gozar los individuos frente al poder público son otorgadas a éstos por la propia sociedad, única titular de la soberanía, en virtud de la renuncia que al formarla hacen sus miembros acerca de sus prerrogativas, las cuales son restringidas posteriormente al sujeto, pero no como una necesidad derivada de una imprescindible obligatoriedad, sino como una gracia o concesión.³³⁶

A diferencia de la Constitución de 1857, que únicamente consagraba garantías individuales, la Constitución de 1917 consigna además los llamados “derechos sociales”, o sea, un conjunto de derechos otorgados a determinadas clases sociales que tienden a

³³⁶ BURGOS. Op. cit., p.126.

mejorar su situación económica, contenidos principalmente en los artículos 27 y 123 constitucionales, que entre otros, cristalizan las aspiraciones revolucionarias fundamentales tendientes a resolver los problemas de los grupos socialmente vulnerables, representados principalmente durante la revolución por los sectores obrero y campesino.

En síntesis, mientras que la Constitución de 1857 reputa a los derechos individuales como elementos supraestatales, la Constitución de 1917 los considera como fruto de una concesión por parte del orden jurídico del Estado. Además, en ambos ordenamientos constitucionales el Estado adopta distinta postura frente a los gobernados, ya que en la Constitución de 1857 son los principios liberales los que regulan las relaciones entre la sociedad y el Estado, mientras que en la Constitución de 1917 (actualmente en vigor) se establecen postulados pertenecientes a diversas tendencias políticas, jurídicas y sociales. Si bien la forma de concepción de las garantías individuales varía en ambas Constituciones así como la situación de las relaciones entre el Estado y sus miembros, no acontece lo mismo en cuanto a uno de los medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad y de protección de dichos derechos fundamentales: el juicio de amparo. En efecto, su procedencia general es exactamente igual en ambos ordenamientos constitucionales con la sola diferencia de que mientras la Constitución de 1857 es muy sucinta por lo que se refiere a la formación del juicio de amparo, la vigente en su artículo 107 es mucho más explícita y contiene una completa regulación de su ejercicio, detallado por la Ley Reglamentaria correspondiente.³³⁷

³³⁷ Ibidem. p.128.

Cabe mencionar que el texto original de la Constitución de 1917 fue redactado de la misma manera que su antecesora, pues establece en sus artículos 103 y 105 las figuras del juicio de amparo y controversias constitucionales respectivamente:

“Artículo 103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Artículo 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquéllas en que la Federación fuese parte.”³³⁸

Es importante señalar que no incluimos a la acción de inconstitucionalidad dentro de los medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad previstos en el texto constitucional vigente, debido a que el objeto de este apartado es mostrar el texto original de la Constitución de 1917, que si bien al igual que el texto de la Constitución de 1857 establece un sistema de control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional así como medios jurisdiccionales de control (juicio de amparo y controversias constitucionales), no preveía a la acción de inconstitucionalidad como medio de control de la constitucionalidad, pues ello ocurrió hasta la reforma constitucional del artículo 105, publicada el 31 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, misma que será objeto de un análisis posterior.

³³⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales*. , p. 860.

4.2 Fundamento constitucional y legal de la acción de inconstitucionalidad en México.

4.2.1 La fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En el apartado anterior analizamos los antecedentes históricos y constitucionales de la acción de inconstitucionalidad, no obstante, en el análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 únicamente se estudió el texto original del artículo 105, el cual actualmente no sólo prevé a las controversias constitucionales como medio jurídico de control de la constitucionalidad sino incluso a la acción de inconstitucionalidad, objeto primordial de estudio de la presente investigación.

Corresponde ahora iniciar el análisis de las distintas reformas que ha sufrido el artículo 105 constitucional, destacando por supuesto la reforma constitucional llevada a cabo el 31 de diciembre de 1994, mediante la cual fue introducido a nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad un medio jurídico de control de la constitucionalidad de normas generales hasta ese momento desconocido: la acción de inconstitucionalidad.

En otra parte de nuestra investigación, mencionamos que uno de los medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad previstos por el constituyente de 1917 fueron precisamente las llamadas controversias constitucionales previstas en el texto original del artículo 105 de la Constitución Federal de 1917. El artículo en comento quedó redactado en un inicio de la siguiente manera:

"Artículo 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte."

El 25 de octubre de 1993 se reformó por primera vez el artículo 105 constitucional mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación por el que se reformaron, además, diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El texto reformado del artículo 105 establecía lo siguiente:

"Artículo 105.- Corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más estados, entre uno y más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la ley."

Dicho texto permaneció vigente hasta el 5 de diciembre de 1994, fecha en la que el presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Ernesto Zedillo Ponce de León, con fundamento en la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sometió a la consideración del Congreso de la Unión, a través del Senado de la República, una iniciativa de reforma al texto constitucional en materia de administración y procuración de justicia, iniciativa presidencial que planteó entre otras la reforma al artículo 105 constitucional, proponiendo la introducción de la acción de inconstitucionalidad, sugiriéndose para tal efecto la adición de una segunda fracción al citado precepto constitucional.³³⁹

En su iniciativa de reformas, respecto a la acción de inconstitucionalidad, el presidente Zedillo proponía la reforma al

³³⁹ REYES REYES, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad...*, p. 1.

artículo 105 constitucional con la finalidad de ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abriendo la posibilidad para que mediante la introducción de una segunda fracción, un porcentaje de los integrantes de las cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales, de la entonces Asamblea de Representantes del Distrito Federal (actualmente Asamblea Legislativa) o, en su caso, el procurador general de la República, pudieran plantear ante la Suprema Corte en el ámbito de sus atribuciones, la inconstitucionalidad de leyes, previéndose que las resoluciones pudieran anular con efectos generales la norma declarada inconstitucional.³⁴⁰

Debido a la importancia de la iniciativa de reformas al artículo 105 constitucional, consideramos necesario analizar algunos de los aspectos más importantes de la misma. En primer término, es necesario mencionar lo que al respecto se establece en dicha iniciativa con relación a los efectos de la sentencia que declara inválida (inconstitucional) una ley ordinaria. En la exposición de motivos de dicha iniciativa se establece que:

³⁴⁰ Uno de los motivos de las reformas constitucionales fue la reestructuración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues la finalidad era acrecentar sus atribuciones para que pudiera resolver las controversias suscitadas entre los poderes públicos por leyes o actos inconstitucionales: mediante la introducción de las acciones de inconstitucionalidad se pretendía romper con el esquema del juicio de amparo y, por último, introducir la nueva facultad de las salas de la Corte de fungir como tribunal de apelación. Dicha propuesta de reforma al artículo 105 tuvo su origen en la necesidad de fortalecer el carácter del órgano responsable de velar por la constitucionalidad de los actos de la autoridad pública, por lo que al otorgar nuevas atribuciones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue necesario revisar su integración a fin de facilitar la deliberación colectiva entre sus miembros (reduciendo el número a sólo once ministros), lo que aseguraría la interpretación coherente de la Constitución y permitiría la renovación periódica de los criterios y actitudes, fortaleciendo el funcionamiento tanto sustantivo como administrativo de dicho órgano colegiado, lográndose con ello una mayor eficacia.

Es importante mencionar que la misma exposición de motivos señala que "consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal de constitucionalidad exige otorgar más fuerza a sus decisiones; exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzca efectos generales; para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo"

"... la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales será una de las más importantes innovaciones que nuestro orden jurídico haya tenido en su historia. En adelante el solo hecho de que una norma de carácter general sea contraria a la Constitución puede conllevar su anulación, prevaleciendo la Constitución sobre la totalidad de los actos de poder público. La supremacía constitucional es una garantía de todo Estado democrático, puesto que al prevalecer las normas constitucionales sobre las establecidas por los órganos legislativos o ejecutivos, federales o locales, se nutrirá una auténtica cultura constitucional que permee la vida nacional.

Por razones de seguridad jurídica y de estabilidad social, aun cuando las declaraciones de inconstitucionalidad produzcan efectos, estos habrán de limitarse en el tiempo a fin de impedir que las resoluciones tengan efectos retroactivos, con excepción de la materia penal."³⁴¹

En cuanto a los *promoventes*, la multicitada iniciativa considera que:

"... se trata de que con el voto de un porcentaje de los integrantes de la Cámara de Diputados y de la de Senadores, de las legislaturas locales o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, se puedan impugnar aquellas leyes que se estimen como contrarias a la Constitución. El procurador general de la República podrá también impugnar leyes que estime contrarias a la Constitución.

A diferencia de lo que acontece en el juicio de amparo y en las controversias constitucionales, en las acciones de inconstitucionalidad no es necesario que exista agravio para que sean iniciadas. Mientras que en el amparo se requiere de una afectación a las garantías individuales y en las controversias constitucionales de una invasión de esferas, las acciones de inconstitucionalidad se promueven con el puro interés genérico de preservar la supremacía constitucional. Se trata, entonces, de reconocer en nuestra Carta Magna una vía para que una representación parlamentaria calificada, o el procurador general de la República, puedan plantearle a la Suprema Corte de Justicia de la Nación si las normas aprobadas por la mayoría son, o no, acordes con la Constitución.

Siendo indudable que México avanza hacia una pluralidad creciente, otorgar a la representación política la posibilidad de recurrir a la Suprema Corte de Justicia para que determine la constitucionalidad de una norma aprobada por las mayorías de los congresos, significa, en esencia, hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores políticos. Por ello, y no siendo posible confundir a la representación mayoritaria con la constitucionalidad, las fuerzas minoritarias contarán con una vía para lograr que las normas establecidas por las mayorías se contrasten con la Constitución a fin de considerarlas válidas."³⁴²

³⁴¹ REYES. Op. cit, p.4.

³⁴² Ibidem, pp. 4 y 5.

La iniciativa de reformas constitucionales fue aprobada por el Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas de los estados, por lo que una vez cumplido con el procedimiento de reformas a la Constitución previsto en el artículo 135 constitucional, el 31 de diciembre de 1994 apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforma el artículo 105 de la Constitución, dividiéndolo en tres fracciones, siendo de especial interés para nuestro estudio la fracción II, misma que establece por primera vez un medio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de normas generales en nuestro país.³⁴³ El texto reformado del artículo 105 constitucional establecía lo siguiente:

"**Art. 105.-** 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 la 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;
- i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

³⁴³ ídem. p 2.

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.

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, *con excepción de las que se refieran a la materia electoral.*

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

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.

III - De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución."

Como puede observarse, la acción de inconstitucionalidad contenida en la fracción II del artículo 105 constitucional reformada en diciembre de 1994, tenía por objeto que dicho porcentaje de los congresos federal o de los congresos locales, así como el procurador general de la República, solicitaran a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declarara inválida una ley emanada del mismo órgano por ser contraria a la Constitución. Esta fracción se refiere a normas en general que hubieren sido aprobadas por el propio órgano, lo que se traduce en una tutela, al menos aparente, de una mayoría más que calificada en cada órgano para aprobar leyes, permitiendo a las minorías que alcancen un tercio del cuerpo colegiado la posibilidad de someter sus argumentos que no hubiesen sido escuchados en su seno, a otro órgano constituido del Estado, el judicial.³⁴⁴

No obstante, es importante mencionar que dicho precepto constitucional establecía un impedimento a la Suprema Corte de Justicia para conocer de leyes en materia electoral, exclusión recurrente de manera histórica en el juicio de amparo y repetida en un inicio al estructurarse la acción de inconstitucionalidad en el texto constitucional. Es importante señalar que este impedimento constitucional prevaleció inclusive en el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³⁴⁴ ARRIAGA BECERRA, Hugo Alberto. "La acción de inconstitucionalidad." Torreón. Coahuila. Revista Lex. 3ª Época, Año 1, Número 4. Octubre, 1995, p. 63.

En efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo dicho criterio en la tesis de jurisprudencia P. CXXVI/95, visible en la página 237 del Tomo II del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de diciembre de 1995, que al texto es como sigue:

MATERIA ELECTORAL. CONCEPTO DE, PARA LOS EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. De la interpretación jurídica, armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 35, fracciones I y II, 36, fracciones II, IV y V, 41, 51, 52, 56, 60, 84, 115, fracción I, 116, fracción I y 122, fracción III, de la Constitución Federal, se infiere que para los efectos de la acción de inconstitucionalidad, establecida en la fracción II del artículo 105 de dicha Carta Fundamental, debe entenderse que son normas de carácter general que tienen como contenido la materia electoral, prohibidas de ser examinadas por la Suprema Corte de acuerdo con el mencionado artículo constitucional, 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 personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal.

Acción de inconstitucionalidad 1/95. Fauzi Hamdam Amad y otros, como minoría de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal. 31 de octubre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Encargado del engrose: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro S. González Bernabé. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el cuatro de diciembre en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número CXXVII/1995 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Nota: Esta tesis se publicó nuevamente en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo III, Marzo de 1996, pág. 458, con su ejecutoria y votos.

No fue sino hasta el 25 de julio de 1996, que al tenor de la llamada *Reforma de Estado*, en aras de consolidar la reforma electoral orientada a regular los comicios del Distrito Federal de 1997 y con la

finalidad de garantizar resultados electorales certeros y mantener márgenes de gobernabilidad en toda la República, los partidos políticos y el gobierno firmaron de manera conjunta una iniciativa de reforma a diversos artículos de la Constitución referentes a la materia electoral dentro de los que se encontraban reformas al artículo 105 constitucional.³⁴⁵ Respecto a la acción de inconstitucionalidad, la exposición de motivos de esta última reforma establece lo siguiente:

“Para crear el marco adecuado que dé plena certeza al desarrollo de los procesos electorales tomando en cuenta las condiciones específicas que impone su propia naturaleza, las modificaciones al artículo 105 de la Constitución, que contiene esta propuesta, contemplan otros tres aspectos fundamentales: a) que los partidos políticos, adicionalmente a los sujetos señalados en el precepto vigente, estén legitimados ante la Suprema Corte de Justicia solamente para impugnar leyes electorales; b) que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes a la Constitución sea la consignada en dicho artículo anterior; y c) que las leyes electorales no sean susceptibles de modificaciones sustanciales, una vez iniciados los procesos electorales en que vayan a aplicarse o dentro de los 90 días previos a su inicio, de tal suerte que puedan ser impugnadas por inconstitucionalidad, resueltas las impugnaciones por la Corte y, en su caso, corregida la anomalía por el órgano legislativo competente, antes de que inicien formalmente los procesos respectivos.”

Y más adelante continúa:

“... con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro Texto Fundamental atentan contra el Estado de derecho. De igual manera, con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pudieran afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas. Quedará reservado al Congreso de la Unión expedir las normas sustantivas y las específicas de los procedimientos a que se sujetarán las impugnaciones señaladas en este y los párrafos precedentes.”³⁴⁶

Fue así que dicha propuesta de reforma fue aprobada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996 en los siguientes términos:

³⁴⁵ REYES, Op. cit, p.6.

³⁴⁶ *Ibidem.* p.7.

"Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- ...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y

e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales

III.- ..

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.”³⁴⁷

Obsérvese que en esta última reforma constitucional se da competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para revisar la constitucionalidad de leyes electorales federales o locales, legitimando al efecto a los partidos políticos con registro estatal o nacional para pedir a dicho órgano colegiado que declare inválida una ley de carácter electoral emanada de algún órgano legislativo (federal o local) por ser contraria a la Constitución, no existiendo ya impedimento constitucional para ejercer la acción de inconstitucionalidad respecto de la materia electoral.

Es oportuno señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a la reforma constitucional a la fracción II del artículo 105 modificó su criterio en relación a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto a leyes electorales, adecuándolo al texto constitucional y reconociéndole competencia a dicho órgano colegiado para verificar la constitucionalidad de aquéllas, atendiendo por supuesto al procedimiento establecido en la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la tesis de jurisprudencia P./J. 25/99, visible en la página 255 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Nóvena Época, correspondiente al mes de abril de 1999, cuyo rubro y texto enseguida se transcriben:

³⁴⁷ Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente).

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. MATERIA ELECTORAL PARA LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO. En la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, se instituyó este tipo de vía constitucional en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero se prohibió su procedencia en contra de leyes en materia electoral; con la reforma a dicho precepto fundamental publicada en el mismo medio de difusión el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se admitió la procedencia de la acción en contra de este tipo de leyes. Con motivo de esta última reforma, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de dicha Constitución prevé reglas genéricas para la sustanciación del procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y reglas específicas cuando se impugnan leyes electorales. De una interpretación armónica y sistemática, así como teleológica de los artículos 105, fracción II, y 116, fracción IV, en relación con el 35, fracciones I y II, 36, fracciones III, IV y V, 41, 51, 56, 60, 81, 115, fracciones I y II, y 122, tercer párrafo, e inciso c), base primera, fracciones I y V, inciso f), todos de la propia Constitución, se llega al convencimiento de que las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra, como por ejemplo, distritación o redistribución, creación de órganos administrativos para fines electorales, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos, límites de las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos y faltas administrativas y sus sanciones. Por lo tanto esas normas pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad y, por regla general, debe instruirse el procedimiento correspondiente y resolverse conforme a las disposiciones específicas que para tales asuntos prevé la ley reglamentaria de la materia, pues al no existir disposición expresa o antecedente constitucional o legal alguno que permita diferenciarlas por razón de su contenido o de la materia específica que regulan, no se justificaría la aplicación de las reglas genéricas para unas y las específicas para otras.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 25/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Con lo expuesto hasta este momento, podemos concluir que el fundamento constitucional de la acción de inconstitucionalidad se encuentra previsto en la fracción II del artículo 105 constitucional, vigente a partir del 22 de agosto de 1996, fecha en la que se produjo

la última reforma constitucional, por lo que actualmente el control de la constitucionalidad de las normas generales descritas en este precepto encuentra su origen y limitación en el texto del mismo.

En consecuencia, la idea de la ampliación del alcance protector de las garantías individuales con respecto al total de la Constitución revela un *propósito de tutela de todo el orden constitucional como tal*, al estructurarse dentro de nuestro sistema de control de la constitucionalidad a la acción de inconstitucionalidad, por lo que actualmente no sólo contamos con el juicio de amparo (medio indiscutible de protección de garantías individuales) y a las controversias constitucionales (medio de control de la constitucionalidad cuyo objeto es resolver los conflictos entre órganos constituidos, las controversias entre ellos y la constitucionalidad de sus actos), sino adicionalmente con un *medio de control abstracto de normas generales*, que no obstante su deficiente estructuración y alcance respecto de su objeto de control,³⁴⁸ significa un avance para nuestro país en materia de control de la constitucionalidad del ejercicio del poder político y protección de la Constitución del Estado.

4.2.2 La Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Una vez establecido el fundamento constitucional de la acción de inconstitucionalidad es momento de iniciar el estudio de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser el

³⁴⁸ Las únicas normas generales que actualmente pueden ser objeto de control de la constitucionalidad son las leyes y los tratados internacionales. vid infra p. 317 y ss

objeto de ésta la regulación del procedimiento y substanciación de este medio de control de la constitucionalidad de normas generales.

Antes de comenzar con el análisis del procedimiento, es pertinente realizar el estudio de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, comenzando por la exposición de motivos de la iniciativa de ley del Ejecutivo Federal de abril de 1995 y su publicación en el Diario Oficial de la Federación en mayo de 1995, incluida la exposición de motivos de la primera reforma de la misma llevada a cabo en noviembre de 1996, y cuyo texto publicado en el Diario Oficial en el mismo mes y año continúa vigente.

En la exposición de motivos de la iniciativa de Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional propuesta por el Ejecutivo Federal se considera que:

“Uno de los aspectos más relevantes de la reforma de diciembre pasado [1994] a nuestra Constitución Política fue el relativo a las modificaciones al artículo 105 constitucional, para perfeccionar el sistema de las controversias constitucionales y establecer el de las acciones de inconstitucionalidad, a fin de que los sujetos u órganos legitimados planteen ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia la posible inconstitucionalidad de los actos o de las leyes emanados de diversos órganos del Estado.

Mediante los procedimientos de controversia constitucional y de acciones de inconstitucionalidad será posible garantizar plenamente la supremacía de la Constitución de una manera general, y no como hasta ahora había acontecido en nuestro orden jurídico, sólo por la vía del juicio de amparo en el caso de la violación de garantías individuales. La diferencia fundamental entre los procedimientos de amparo y del artículo 105 constitucional es muy clara: en el juicio de amparo se tutelan intereses directos de los gobernados y sólo de manera indirecta se protege la Constitución, mientras que los procedimientos instituidos en las fracciones I y II del artículo 105 constitucional se conciben como instrumentos de protección directa de nuestra Carta Magna. Esta es la razón por la que no se les ha conferido ninguna legitimación procesal a los particulares a fin de que participen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, aun cuando no deja de reconocerse que las sentencias que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueden llegar a afectar a particulares.

Hoy en día es posible afirmar que México cuenta con un sistema completo de garantías de la Constitución. Sea por la vía del juicio de amparo, de las controversias constitucionales o de las acciones de inconstitucionalidad, resulta posible que los órganos del Poder Judicial de la Federación en general, y la Suprema Corte de Justicia en particular, lleguen a determinar la validez de casi la totalidad de las actuaciones de las autoridades públicas, sean estas federales, locales o municipales.³⁴⁹

Y más adelante continúa:

“Si el deseo y aspiración de todos los mexicanos se dirige a lograr una sociedad en la que impere el derecho y se reconozca y admita la pluralidad y diversidad de opinión de sus integrantes, los procedimientos previstos en el artículo 105 constitucional constituyen un importante elemento para lograrlo. En este sentido, cuando un órgano cuenta con los procedimientos para impugnar un acto o norma emitido por otro órgano, se da la posibilidad de que los conflictos entre ellos encuentren una vía jurídica de solución y, por ende, que se mantenga la paz social. La propia dinámica de las relaciones políticas encuentra en muchas ocasiones situaciones cuya resolución puede llegar a rebasar los marcos de la institucionalidad, de ahí que sea importante contar con procedimientos mediante los cuales resulte factible resolverlos jurídicamente.

El proyecto de Ley Reglamentaria del nuevo artículo 105 constitucional que por la presente iniciativa se somete a la consideración de esta Honorable Cámara, se encuentra dividido en dos libros. El primero relativo a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad..

En lo tocante al contenido del libro primero, el mismo se encuentra dividido, a su vez, en tres títulos: el relativo a las disposiciones generales, a las disposiciones específicas de las controversias constitucionales, y a las acciones de inconstitucionalidad, respectivamente.

Se ha buscado que los distintos supuestos de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad se encuentren previstos en ley reglamentaria cuyo proyecto se presenta, de manera tal que la misma cuente con un cierto grado de autonomía. Sin embargo, y como de antemano resulta en extremo difícil prever todos los supuestos que pueden darse en su aplicación, se propone la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Otras disposiciones que resultan comunes a las controversias y a las acciones son las relativas a los días hábiles, los plazos, las notificaciones, la presentación de los escritos o promociones de términos y la imposición de las multas, de ahí que las mismas se encuentren previstas en el título primero.³⁵⁰

³⁴⁹ Iniciativa de proyecto de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año I, Núm. 11, 18 de abril de 1995.

³⁵⁰ Ibidem

Respecto al procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad en particular, la exposición de motivos de la iniciativa en comento establece lo siguiente:

"ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el título III del Libro Primero de la presente iniciativa de ley, se regula el procedimiento de las acciones de inconstitucionalidad. Este título se compone por tres capítulos, relativos a las disposiciones de carácter general, al procedimiento y a las sentencias. Las normas que componen el título en cuestión son escasas, lo cual obedece al carácter flexible y ajeno a formalismos que se pretende caracterice a este tipo de acciones en tanto su naturaleza es la de un procedimiento de control abstracto en que un mínimo equivalente al 33% de un órgano legislativo federal o estatal o el Procurador General de la República, plantean a la Suprema Corte de Justicia que determine la constitucionalidad de una norma, independientemente de que ese porcentaje de miembros de un órgano legislativo haya sufrido o no agravio o afectación jurídica. .

...

De conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 constitucional, en la iniciativa de ley se prevé que el término para la interposición del escrito de acción de inconstitucionalidad sea de treinta días naturales contados a partir del día siguiente al en que se hubieran publicado las normas generales impugnadas en el Diario Oficial de la Federación u órgano oficial de que se trate. La única previsión adicional que sobre esta materia se hace, consiste en señalar que si el último día del plazo de presentación de la demanda fuera inhábil, aquella podrá presentarse el primer día hábil siguiente, con lo cual desde la ley se resuelve el problema.

Cuando las acciones de inconstitucionalidad se promuevan en términos de los incisos a), b), d) y e) de la fracción II del artículo 105 constitucional, es un número mínimo equivalente al 33% de los integrantes de un órgano legislativo el que actúa, por lo que ante la falta de un reconocimiento expreso para ese número de integrantes en la ley que rige al órgano al cual pertenecen, se hace necesario establecer las vías para que tales miembros acrediten su personalidad y puedan llegar a estar debidamente representados. En lo que hace al primer punto, en la iniciativa se propone que los promoventes deban quedar adecuadamente acreditados desde el escrito inicial que formulen. En lo que hace a la representación en juicio de porcentaje, en la iniciativa se propone que designen a cuando menos dos representantes común (sic.) para que actúe a su nombre durante el juicio y aún después de concluido.

Para el trámite de las acciones también se prevé que sea realizada por el ministro que el Presidente de la Suprema Corte designe al efecto por turno, lo cual se justifica por la dificultad de que un órgano colegiado pueda llevar a cabo esta labor de carácter puramente procedimental. Una vez que el ministro instructor reciba el escrito, deberá solicitar a las autoridades legislativas y ejecutivas que hubieren emitido o promulgado la norma impugnada, para que en un plazo de quince días rindan un informe en que sostengan la validez de

esas normas. Igualmente y en términos del apartado A) del artículo 102 de la Constitución, la iniciativa contempla que se dé vista al Procurador General de la República a fin de que exponga sus razones por vía de pedimento en aquellos casos en que no hubiere promovido la acción de inconstitucionalidad.

Al igual que acontece con las controversias constitucionales, en materia de acciones de inconstitucionalidad se prevén distintas posibilidades de suplencia e intervención a fin de que el asunto se resuelva de un modo integral y completo. Así, el ministro instructor se le confieren facultades para que solicite a las partes o a terceros todos aquellos elementos que estimare necesarios para la solución del asunto, mientras que a la Suprema Corte se le faculta para corregir errores en la cita de preceptos invocados, suplir los conceptos de invalidez y, lo que resulta más relevante para fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional aun cuando el mismo no se haya invocado en el juicio. En la iniciativa destaca el hecho de que esta última facultad se otorga a la Suprema Corte de Justicia respecto de acciones de inconstitucionalidad, más no así tratándose de controversias constitucionales...

A fin de no incurrir en repeticiones innecesarias, en el proyecto de ley se determina expresamente que distintos preceptos legales en materia de sentencias y ejecución de las mismas previstas en el capítulo relativo a las controversias constitucionales, deban aplicarse tratándose de las acciones de inconstitucionalidad. De este modo, en lo que hace a las sentencias, resultan aplicables los requisitos de las sentencias, la obligatoriedad para todos los tribunales del país de las consideraciones que las sustenten, los modos de publicación de las sentencias y la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia determine la fecha de inicio de los efectos de las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad."³⁵¹

Es importante mencionar que dicha iniciativa de ley fue presentada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores para su discusión y aprobación. En sesión celebrada por la Cámara de Senadores el día 6 de abril de 1995 los secretarios de la misma dieron cuenta al pleno de la iniciativa de Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional presentada por el Ejecutivo Federal con el propósito de garantizar la supremacía de la Constitución no sólo en los casos de violación a garantías individuales, sino de manera más amplia y directa al regular los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad y con el objeto de que los propios órganos del Estado pudieran plantear la posible

³⁵¹ *ibidem*.

inconstitucionalidad de actos o leyes ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido, el pleno de la Cámara de Senadores acordó el día 6 de abril de 1995 turnar la iniciativa del Ejecutivo Federal para su estudio, análisis y elaboración del dictamen correspondiente a las comisiones unidas de Gobernación primera sección, Puntos Constitucionales y estudios legislativos tercera sección. Con ello, el día 7 de abril de 1995 se llevó a cabo en la Cámara de Senadores un trabajo de conferencia en que participaron miembros de ambas cámaras del Congreso de la Unión, reunión en la que se vertieron variados comentarios y puntos de vista en relación con el contenido de las iniciativas a dictaminar por el Senado de la República, quien actuaba en ese momento como cámara de origen.³⁵²

El día 18 de abril de 1995, los secretarios de la Cámara de Diputados dieron cuenta al pleno de la recepción de la minuta³⁵³ con proyecto de ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105

³⁵² Dictamen de la primera lectura de la minuta con proyecto de ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año I, Núm. 15, 24 de abril de 1995, p. 721 (véase ANTECEDENTES).

³⁵³ Su fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 72. El artículo 141 del RGICGUEUM establece lo que debe entenderse por minuta. De su lectura puede concluirse que las minutas son los expedientes remitidos de la cámara donde fue aprobado el proyecto (cámara de origen), que contienen el mismo, las firmas del Presidente de la Mesa Directiva y los Secretarios de la misma, y el extracto de la discusión y demás antecedentes del proyecto que se someten a la consideración de la colegisladora (cámara revisora).

El contenido de la minuta es el siguiente:

- Iniciativa que motivó el proyecto aprobado por la Cámara (texto normativo, transitorios, etc.)
- La versión estenográfica, cuyo contenido será un extracto del estudio técnico, discusión y de los antecedentes del proyecto.
- El dictamen de la Comisión.
- La versión estenográfica de la sesión en la que se votó y aprobó el dictamen.
- El oficio que comunica al presidente de la otra Cámara que se envía un proyecto aprobado por esa cámara, el cual debe ir firmado por el Presidente de la Mesa Directiva y los secretarios de la misma.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aprobado por el Senado de la República el día 10 de abril del mismo año, por lo que el Presidente de la mesa directiva de la Cámara de Diputados acordó el turno respectivo a las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia para su estudio y dictamen. Así, las comisiones unidas se reunieron el día 21 de abril para discutir el dictamen y analizar los documentos fundamentales del proceso legislativo consistentes en la iniciativa del Ejecutivo Federal, el dictamen de las comisiones unidas del Senado, de Gobernación primera sección, Puntos Constitucionales y estudios legislativos tercera sección, la versión estenográfica de la sesión de la legisladora del día 10 de abril de 1995 y la minuta con proyecto de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³⁵⁴

Las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados al discutir y analizar la iniciativa de Ley Reglamentaria del artículo 105 pusieron especial atención en lo relativo a las disposiciones que resultan comunes al trámite tanto de las controversias constitucionales como de las acciones de inconstitucionalidad; entre ellas: el régimen de supletoriedad en favor del Código Federal de Procedimientos Civiles, la remisión a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en lo relativo a la consideración de los días hábiles para las actuaciones procesales, las reglas de cómputo de los plazos, prácticas y validez de notificaciones y presentación de promociones, destacando en cuanto a las notificaciones las realizadas respecto del Presidente de

³⁵⁴ Dictamen de la primera lectura de la minuta con proyecto de ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario de los Debates de la Cámara de Diputados. Año I. Núm. 15, 24 de abril de 1995. pp. 721 y 722.

los Estados Unidos Mexicanos por señalarse en el proyecto de ley con quiénes podrían entenderse, debiendo atender a las competencias establecidas en los ordenamientos que rigen la organización de la administración pública federal.³⁵⁵

En la lectura del dictamen, en materia de acciones de inconstitucionalidad fue abordado el capítulo relativo a las disposiciones generales, que en lo conducente y de manera supletoria remite a la aplicación de las normas contenidas en el título referente a las controversias constitucionales. En dicha lectura se abordaron cuestiones de procedimiento establecidas en el proyecto de ley reglamentaria, poniendo especial énfasis a las modificaciones introducidas por el pleno de la Cámara de Senadores a la iniciativa del Ejecutivo Federal en materia de acciones de inconstitucionalidad, modificaciones meramente de estilo o de aclaración a los conceptos establecidos en el articulado de dicho proyecto de ley. Asimismo, para hacer factible la aplicación de la nueva ley, en el “capítulo transitorio” se discutió el establecimiento del procedimiento previsto para resolver los litigios de la materia pendientes de sentencia al momento de entrar en vigor la ley reglamentaria, en el que se dispone la derogación de las normas que se oponen a su vigencia. Además, para permitir a la Suprema Corte de Justicia emitir los acuerdos generales necesarios, se estableció un término de treinta días contados a partir de la publicación de la ley para su entrada en vigor, lo cual dotaba de certidumbre jurídica respecto a la aplicación de la nueva ley.³⁵⁶

Las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, al emitir su

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 722.

³⁵⁶ *Idem*, pp. 726 y 727

dictamen consideraron válidos los argumentos de su colegisladora en cuanto a denominar el ordenamiento en cuestión “Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. En cuanto al contenido de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, durante la lectura de dicho proyecto de ley se describió estructuralmente este ordenamiento, estableciéndose de manera resumida que dicha ley reglamentaria:

“... está compuesta de 73 artículos y cuatro transitorios y dividida en tres títulos: el primero destinado a disposiciones generales; el segundo a las controversias constitucionales, y el tercero a las acciones de inconstitucionalidad. A su vez, el Título Segundo destina, su Capítulo I, a especificar quienes tendrán el carácter de partes; por conducto de quienes deberán comparecer; forma de acreditar delegados; así como a través de quienes será representado el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. El Capítulo II, denominado de los incidentes, reserva su Sección Primera a los incidentes en general y su Sección Segunda al específico de la suspensión. El Capítulo III está destinado a las causales de improcedencia y a determinar cuándo procede el sobreseimiento. El Capítulo IV, denominado de la demanda y su contestación, señala los plazos para la interposición de la primera, así como los requisitos que deben reunir, ella y su contestación. El Capítulo V, denominado de la instrucción, señala que, recibida la demanda, el Presidente de la Suprema Corte designará, según turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución. El capítulo VI, está destinado a las sentencias y expresamente establece que el Pleno de la Corte está facultado para corregir los errores que advierta en las citas de los preceptos invocados y a suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos o agravios, ya que no se trata de declarar vencedor a quien mejor argumente, sino a mantener incólume el texto de nuestra Carta Magna.

El Capítulo VII está reservado a la ejecución de las sentencias e implementa una serie de medidas que van desde un simple requerimiento, hasta la consignación al Ministerio Público por el delito de abuso de autoridad. El Capítulo VIII está reservado a la materia de recursos y reglamenta, el de reclamación en su Sección Primera y el de queja en su Sección Segunda.”³⁵⁷

Respecto del procedimiento específico de la acción de inconstitucionalidad, la Cámara de Diputados al llevar a cabo la primera lectura del dictamen del proyecto de ley sintetizó el mismo de la siguiente manera:

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 746.

"Como ya se dijo, el Título Tercero, se destina a las *acciones de inconstitucionalidad* y establece disposiciones generales en su Capítulo I. El Capítulo II, se refiere al procedimiento y establece claramente que la admisión de tales demandas no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada. El procedimiento es el siguiente: admitida la demanda, el ministro instructor dará vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma, así como al ejecutivo que la hubiere promulgado, para que en el plazo de 15 días rindan su informe en el que habrán de razonar y fundamentar la validez de la ley impugnada. Recibidos los informes o transcurrido el plazo de 15 días, los autos se pondrán a la vista de las partes a efecto que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos.

El Capítulo III está reservado a las sentencias y establece que sólo se podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando fuese aprobada por cuando menos ocho votos, por lo que en caso contrario, habrá de desestimarse la acción intentada."³⁵⁸

Una vez concluida la lectura del dictamen, comenzó el debate sobre el contenido y estructura de dicho proyecto de ley reglamentaria por los diputados de los distintos grupos parlamentarios, dando como resultado que se reservaran para su discusión los artículos 59 y 60 del proyecto por inconformidad de algunos diputados, en especial del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, en lo relativo a las disposiciones comunes del Título II aplicables a las acciones de inconstitucionalidad (que se refieren a disposiciones en materia de controversias constitucionales), así como respecto del plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad.³⁵⁹

Discutidos los artículos reservados por los diputados de los distintos grupos parlamentarios, con autorización de la Asamblea, el Presidente de la Mesa Directiva acordó la votación económica del dictamen, incluyéndose en la votación las proposiciones derivadas de los artículos reservados. En consecuencia, se procedió a recoger la votación nominal en lo general y en lo particular del dictamen así como de las proposiciones en un solo acto, dando como resultado la

³⁵⁸ Ídem. pp. 746 y 747

³⁵⁹ Íbidem. p. 755.

aprobación en lo general y en lo particular de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bastando sólo una lectura del dictamen y dispensando la segunda por considerarse suficientemente discutido el proyecto de ley, pasando al Poder Ejecutivo para los efectos constitucionales de su publicación³⁶⁰, por lo que el 11 de mayo de 1995 la Ley Reglamentaria fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor 30 días después de conformidad con lo establecido en su artículo primero transitorio.

El texto de este ordenamiento legal se mantuvo vigente hasta el año de 1996 en el que producto de la reforma electoral impulsada para regular los comicios de 1997 en el Distrito Federal y con el fin de garantizar resultados electorales certeros y mantener márgenes de gobernabilidad suficientes en toda la República, los partidos políticos y el gobierno firmaron de manera conjunta la iniciativa de reformas a diversos artículos de la Constitución referentes a la materia electoral, dentro de las que se encontraban reformas a la fracción II del artículo 105 constitucional. Fue así que dicha propuesta de reforma fue aceptada y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996, reforma constitucional que otorga competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para revisar la constitucionalidad de leyes electorales federales o locales emanadas de algún órgano legislativo (federal o local), legitimando al efecto únicamente a los partidos políticos con registro estatal o nacional para pedir a dicho órgano colegiado la declaración de invalidez de una ley

³⁶⁰ Ídem, pp. 768 y 769. Es importante mencionar que en dicha votación se emitieron en lo general y en lo particular, por los artículos no impugnados, 328 votos en pro, 2 votos en contra. Por los artículos 59 y 60 se emitieron 245 votos en pro, 85 votos en contra. Por las propuestas se emitieron 83 votos en pro y 247 votos en contra.

electoral por considerarla contraria a la Constitución, ello a través de la acción de inconstitucionalidad.

Como consecuencia de la citada reforma constitucional fue necesario reformar la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de adecuar los preceptos de dicho ordenamiento legal al texto vigente del artículo 105 constitucional, específicamente de su fracción II y actualizar la regulación del procedimiento y substanciación de dicho medio de control de la constitucionalidad establecido en la ley reglamentaria.

Por tal motivo, en noviembre de 1996 el Ejecutivo Federal presentó su iniciativa con proyecto de reforma a diversos artículos de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, específicamente en materia de acciones de inconstitucionalidad, a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. En la exposición de motivos de dicho proyecto, el Ejecutivo Federal justificó su iniciativa en los siguientes términos:

"La presente iniciativa tiene el propósito de realizar las modificaciones necesarias a la ley reglamentaria del artículo 105 constitucional para incluir las provisiones correspondientes a la reforma constitucional que admitió el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad para el caso de las leyes electorales.

La introducción del control de la constitucionalidad de leyes electorales resulta de relevancia singular en la consolidación de las bases mismas del sistema de justicia electoral mexicano. Sin embargo, el nuevo mecanismo requiere de una reglamentación precisa que optimice su eficiencia y oportunidad, dadas las particulares características temporales a que está sujeto el ámbito del derecho electoral.

De esta manera, se introduce la previsión, que responde a una tradición en este medio, para que en el cómputo de los plazos correspondientes a la materia electoral, todos los días se consideren hábiles. Se promueve así suprimir dilaciones procesales que no corresponderían al trámite expedito que

requieren los principios de certeza y definitividad a que está sujeto el desarrollo del proceso electoral.

En el mismo sentido, se prevén términos específicos para el desahogo de las diversas etapas procesales de la acción, todos ellos más breves que los establecidos para el procedimiento ordinario. También se establecen plazos específicos para el desahogo del recurso de reclamación.

La iniciativa contempla la capacidad de ejercitar la acción de inconstitucionalidad en materia electoral de los partidos políticos por conducto, según sea el caso, de sus dirigencias nacionales o estatales, en congruencia con la norma constitucional recientemente aprobada.

A fin de permitir que al definir el sentido de la resolución se tomen en cuenta el mayor número de elementos pertinentes posibles, se establece que el ministro instructor que conozca de la causa, pueda solicitar opinión a la sala superior del tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación.

Tomando en consideración los citados principios de certeza y definitividad a que está sujeto el proceso electoral, se plantea en esta iniciativa que en las sentencias sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial, lo que significa una excepción del principio que permite a la Suprema Corte suplir los conceptos de invalidez y los preceptos violatorios de la Constitución aun cuando no hayan sido invocados en el escrito inicial de la acción.

Finalmente, la iniciativa incluye las previsiones de naturaleza transitoria que contempla la reciente reforma constitucional referente a esta acción.”³⁶¹

Esta iniciativa de reforma fue turnada a las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados para su análisis y estudio en el mes de noviembre de 1996.³⁶² Concluido el mismo y elaborado el dictamen, dicha comisión sometió éste último a la consideración del Pleno de la Cámara de Diputados. Una vez discutido lo suficiente a consideración del Presidente de la Cámara de Diputados, se procedió a recoger la votación nominal en lo general y en lo particular en un solo acto, arrojando dicha votación como resultado la aprobación por mayoría de votos a favor del proyecto de reforma a la Ley Reglamentaria de las

³⁶¹ Diario de los Debates de la Cámara de Diputados. Año III, Número 24, 7 de noviembre de 1996. pp. 2182 y 2183.

³⁶² Diario de los Debates de la Cámara de Diputados. Año III, Número 26, 13 de noviembre de 1996. p. 2502 .

fracciones I y II del artículo 105 constitucional.³⁶³ En consecuencia, dicho proyecto pasó a la Cámara de Senadores para su discusión y aprobación de conformidad con lo establecido en el artículo 72 constitucional.

La minuta de los diputados federales fue aprobada por la Cámara de Senadores sin observaciones al respecto, por lo que dicho proyecto de reforma fue enviado al Ejecutivo Federal para efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, dándose con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72, inciso e) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y apareciendo publicada la reforma en dicho instrumento oficial el 22 de agosto de 1996.

Es importante mencionar al respecto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a la reforma constitucional de la fracción II del artículo 105 constitucional, modificó su criterio respecto a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad cuyo objeto de control fuesen leyes de carácter electoral, adecuándolo al texto constitucional y reconociéndole competencia exclusiva a dicho órgano colegiado para verificar la constitucionalidad de esas normas generales, estableciendo asimismo la necesidad de observar el procedimiento establecido en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional en materia de control abstracto de la constitucionalidad de leyes electorales, mismo que se encuentra vigente hasta el momento.³⁶⁴

³⁶³ Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año III, Número 27, 14 de noviembre de 1996, pp. 2798 a 2899.

³⁶⁴ Este nuevo criterio se confirma en la tesis de jurisprudencia "ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. MATERIA ELECTORAL PARA LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO.", vid supra pág. 301 y 302.

Una vez analizado el proceso de elaboración y aprobación de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos daremos inicio al estudio del procedimiento y substanciación de la acción de inconstitucionalidad en general, pues el procedimiento específico y substanciación de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral será objeto de estudio en otro apartado, ello con el fin de establecer las principales diferencias existentes entre ambas modalidades de este medio de control de la constitucionalidad de normas generales.

No obstante, antes de iniciar el análisis del procedimiento previsto para la acción de inconstitucionalidad en la Ley Reglamentaria consideramos oportuno establecer cuál es el objeto de la acción de inconstitucionalidad una vez que hemos abordado el análisis de su fundamento constitucional, pues de la lectura del texto de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos puede establecerse su objeto.

4.2.3 Objeto de la acción de inconstitucionalidad

Tanto la Constitución Federal como la Ley Reglamentaria y la jurisprudencia establecen cuál es el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad.

Aunque la fracción II del artículo 105 constitucional comienza diciendo que la acción de inconstitucionalidad procederá contra *normas de carácter general*, de lo cual podría deducirse inicialmente una extraordinaria amplitud en la configuración del objeto de la acción

de inconstitucionalidad, lo cierto es que el propio precepto precisa y delimita en la regulación ulterior ese objeto concretándolo conforme un *sistema restrictivo de cláusulas* en las siguientes normas generales:

a) *Las leyes, incluidas las electorales, sean éstas federales, estatales o del Distrito Federal, y*

b) *Los tratados internacionales.*

Resulta importante mencionar que sólo las *leyes en sentido formal* están sujetas al control de la constitucionalidad mediante la acción de inconstitucionalidad, pero solamente las leyes aprobadas, promulgadas y publicadas a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, por lo que las leyes anteriores a la entrada en vigor de dicho ordenamiento no estarán sujetas a este medio abstracto de control de la constitucionalidad.³⁶⁵

Lo anterior significa que quedan sujetas a control de la constitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad 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 las diferentes entidades federativas y del Distrito Federal aprobadas por sus respectivos órganos legislativos así como las leyes que el Congreso de la Unión apruebe para el Distrito Federal. Esto es, aquéllas que cumplan con el procedimiento legislativo ordinario

³⁶⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. Primera reimpresión. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2000, pp. 136 y 137.

previsto por la Constitución Federal, o bien, con el procedimiento legislativo establecido en la constitución de cada entidad federativa.

Los *tratados internacionales* son las otras normas de carácter general que pueden ser impugnadas vía juicio de acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo establecido en la segunda fracción del artículo 105 constitucional. Así, los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República y ratificados por la Cámara de Senadores complementan las normas sujetas a control de constitucionalidad a través del medio de control abstracto denominado en nuestro país "acción de inconstitucionalidad".

Como puede observarse, estas son las únicas normas que pueden ser objeto de impugnación mediante el procedimiento previsto para la acción de inconstitucionalidad en la Ley Reglamentaria, ya que ésta no amplía el objeto de control sino que se limita a reglamentar el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad con base en las normas generales previstas constitucionalmente por la fracción II del artículo 105 constitucional.

Dicho criterio ha sido aceptado y sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 22/99, visible en la página 257 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de abril de 1999, que al texto es como sigue:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES. Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter

general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general; b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.

Acción de inconstitucionalidad 4/98. Sergio Manuel Aguilera Gómez y otros, en su carácter de diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 28 de mayo de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarios: Guadalupe M. Ortiz Blanco y Miguel Ángel Ramírez González. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número 22/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Como puede apreciarse, esta tesis de jurisprudencia reitera la limitación establecida tanto en la Constitución Federal como en el procedimiento previsto por la Ley Reglamentaria respecto del término *normas generales*, restringiéndose el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad únicamente a dos supuestos: *leyes en sentido formal* y *tratados internacionales* celebrados por el Estado mexicano.

4.2.4 Procedimiento y substanciación de la acción de inconstitucionalidad en México

Las normas adjetivas que regulan el procedimiento de la controversia constitucional y de la acción de inconstitucionalidad como medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad están descritas, en primer orden, en las fracciones I y II del artículo 105 constitucional; en seguida, resulta aplicable el artículo 1 de la propia Ley Reglamentaria que establece lo siguiente:

“Artículo 1o.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.”

Como puede observarse, este precepto legal establece que para el caso de que durante el juicio de controversia constitucional o de acción de inconstitucionalidad se presentaran situaciones no previstas por las disposiciones de la Ley Reglamentaria, de manera supletoria deberán ser aplicadas las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles a fin de complementar las disposiciones procesales de la materia que se trate, y cuya falta de previsión en la Ley Reglamentaria no permita llevar a cabo con normalidad el procedimiento específico.

Ahora bien, existe para la acción de inconstitucionalidad un artículo expreso que determina la aplicación del Título III de este ordenamiento jurídico, por lo que únicamente serán aplicables las normas que se contienen en el Título II de la Ley Reglamentaria (*De*

las controversias constitucionales) en todo aquello que no esté previsto en aquél. El artículo 59 de la ley reglamentaria es quien lo dispone al establecer:

“Artículo 59.- En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el Título II.”

En este sentido, resulta aplicable la tesis de jurisprudencia P./J. 3/99 conformada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 289 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de febrero de 1999, cuyo rubro y texto se transcribe enseguida:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ÚNICAMENTE SON APLICABLES LAS NORMAS PREVISTAS EN EL TÍTULO II DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, EN AQUELLO QUE NO ESTÉ PREVISTO EN EL TÍTULO III DE DICHO ORDENAMIENTO. Si bien es cierto que el artículo 65 de dicha ley reglamentaria hace una remisión a las causales de improcedencia de las controversias constitucionales, previstas por el artículo 19, autorizando, con ciertas excepciones, su aplicación en las acciones de inconstitucionalidad, ello no debe entenderse en el sentido de que las causales de improcedencia previstas para las controversias constitucionales deban aplicarse a las acciones de inconstitucionalidad en términos textuales. Por lo que se refiere a las controversias constitucionales se debe atender a los plazos que fija el artículo 21, mientras que el plazo para promover la acción de inconstitucionalidad está previsto en el artículo 60; es decir, para que se actualizara la causal de improcedencia prevista por el artículo 19, fracción VII, de la ley reglamentaria, tratándose de una acción de inconstitucionalidad, resultaría necesario que la demanda no fuera promovida dentro del plazo de treinta días naturales contados a partir del día siguiente de la publicación de la ley impugnada; no habiendo lugar a que se apliquen los supuestos que contempla el artículo 21, que exclusivamente se refiere a los plazos para la interposición de controversias constitucionales. En efecto, debe destacarse que en las acciones de inconstitucionalidad únicamente son aplicables las normas que se contienen en el título II de la ley reglamentaria, en todo aquello que no esté previsto en el título III de dicho ordenamiento jurídico, que regula el procedimiento relativo a las acciones de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 59, pues la ley reglamentaria, en su artículo 60, expresamente prevé los plazos en que se debe presentar la demanda en la vía de acción de inconstitucionalidad, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 19 de dicho ordenamiento.

Acción de inconstitucionalidad 1/98. Diputados integrantes de la XLVII Legislatura del Congreso del Estado de Morelos. 20 de octubre de 1998.

Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de enero en curso, aprobó, con el número 3/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Una vez establecidos los aspectos procesales generales al procedimiento de acción de inconstitucionalidad, consideramos necesario analizar los elementos que integran dicho procedimiento así como la substanciación de este medio de control de la constitucionalidad, mismos que se encuentran previstos en la multicitada Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

a) Partes.- La Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional en su artículo 10, relacionado con el artículo 59 de la misma ley, especifica claramente qué sujetos son parte en las acciones de inconstitucionalidad, es decir, el *actor*, el *demandado* y el *procurador general de la República* para el caso de que este último no hubiere ejercitado la acción de inconstitucionalidad. Dicho artículo establece al respecto lo siguiente:

"Artículo 10.- Tendrán el carácter de parte en las controversias constitucionales:

I. Como actor, la entidad, poder u órgano que promueva la controversia;

II. Como demandado, la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia;

III. Como tercero o terceros interesados, las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sin tener el carácter de actores o demandados, pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse; y

IV. El procurador general de la República."

. Como puede apreciarse, este artículo establece quiénes pueden ser parte en el juicio de acción de inconstitucionalidad, lo que nos permite inferir quiénes gozan de una *legitimación activa* para ejercer la acción de inconstitucionalidad (parte actora) y quiénes pueden ser considerados *parte demandada* en el juicio de acción de inconstitucionalidad, no existiendo la posibilidad de que puedan participar en el mismo *terceros interesados*, pues este supuesto se limita al procedimiento de controversia constitucional.

Es necesario mencionar que la Ley Reglamentaria, al igual que el artículo 105 constitucional, establece una legitimación claramente restringida. En efecto, el artículo 105 limita la legitimación activa a los efectos de la interposición de la acción de inconstitucionalidad, por lo que los seis supuestos establecidos en el texto constitucional pueden reducirse a tres: a) *Fracciones de órganos legislativos*; b) *procurador general de la República*; y c) *Partidos políticos*.³⁶⁶ El único de los legitimados que puede interponer la acción de inconstitucionalidad contra toda clase de leyes o tratados internacionales es el procurador general de la República. Tanto las minorías parlamentarias como los partidos políticos (en mayor medida) ven restringida su facultad para cuestionar la constitucionalidad de las normas impugnables previstas constitucionalmente, por lo que hay una íntima conexión entre los "sujetos legitimados" y el "objeto de control" de la acción de inconstitucionalidad en cada caso.³⁶⁷

Antes de referirnos a cada una de las partes que intervienen en el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad (actora y

³⁶⁶ Véase la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁶⁷ BRAGE. Op. cit., p.110.

demandada), es preciso señalar que al tenor del artículo 11 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, 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 11 no señala su forma de participación en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad, sin embargo, el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al respecto 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*, mientras que el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República reitera que es ésa una *función personal e indelegable del procurador general de la República*.³⁶⁸

Por lo que respecta al presidente de la República, el artículo 11 de la Ley Reglamentaria establece 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. Cabe mencionar que el acreditamiento de la personalidad de estos servidores y su suplencia se hace en los

³⁶⁸ "Artículo 4 LOPGR.- Corresponde *personalmente* al Procurador General de la República: ... II.- Intervenir en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los términos previstos en dicho precepto y las leyes aplicables..."

términos previstos en las leyes o reglamentos interiores que correspondan.

PARTE ACTORA.- Como hemos comentado, en el juicio de acción de inconstitucionalidad tenemos a las *fracciones de los órganos legislativos* y al *procurador general de la República*. Los *partidos políticos* son considerados en otra parte de este estudio no obstante ser también sujetos legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad exclusivamente respecto de leyes electorales,³⁶⁹ debido a que el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral varía respecto al procedimiento genérico, objeto del presente apartado.

Órganos legislativos.- De acuerdo con la fracción II del artículo 105 constitucional incisos a), b), d) y e), se otorga legitimación activa, 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 dicha legislatura federal, debiéndose mencionar que en el caso de los Senadores además se les reconoce legitimación respecto de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. 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 Legislativa del Distrito Federal,³⁷⁰ respecto de leyes aprobadas por el órgano legislativo al que en cada caso pertenezcan.

³⁶⁹ Vid infra, p. 371 y ss.

³⁷⁰ Es necesario mencionar que la fracción II del artículo 105 constitucional habla de la *Asamblea de Representantes del Distrito Federal*, siendo que el artículo 122 encargado de estructurar y organizar al Distrito Federal habla de una *Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, en especial en su Base Primera, en la cual establece la composición de la misma así como su función y competencia. Este artículo 122 constitucional fue reformado en el año de

Lo anterior significa que los diputados federales y senadores, componentes del porcentaje ya aludido, sólo pueden impugnar las leyes federales, o sea, *las que hayan sido votadas y discutidas por los mismos*, sin que puedan impugnar la inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad de las leyes de las entidades federativas o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En cuanto a los órganos legislativos locales, la segunda fracción del artículo 105 constitucional les otorga legitimación para impugnar *únicamente las leyes emanadas de sí mismos*, es decir, las leyes federales o los tratados internacionales no pueden ser impugnados por miembros de una legislatura local aunque estos ordenamientos afecten sus esferas jurídicas de competencia.³⁷¹

Resulta importante mencionar respecto de la **acreditación de la personalidad** de los miembros del órgano legislativo legitimado para ejercer la acción de inconstitucionalidad, que tratándose de diputados federales y senadores electos por el principio de mayoría relativa, éstos acreditan la misma mediante la exhibición de la constancia de mayoría, mientras que los diputados y senadores elegidos por el principio de representación proporcional, acreditan su correspondiente cargo mediante la exhibición de las listas de circunscripciones plurinominales regionales en el caso de los diputados federales, o bien, mediante la exhibición de la lista de circunscripción plurinominal nacional en el caso de los senadores así como del acuerdo del Instituto Federal Electoral en el que conste la

1996 y publicado su nuevo texto el 22 de agosto del mismo año en el Diario Oficial de la Federación. Por tal motivo, consideramos prudente reformar el texto del inciso e) de la fracción II del artículo 105 constitucional, a fin de que exista concordancia entre el texto de este artículo y el artículo 122 constitucional.

³⁷¹ REYES REYES, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad*. ., p. 116.

asignación de lugares, publicado en el Diario Oficial de la Federación. Tratándose de diputados de las entidades federativas electos por el principio de mayoría relativa, al igual que los diputados federales, acreditarán su personalidad y correspondiente cargo mediante la exhibición de las constancias de mayoría, mientras que los diputados de las entidades federativas electos por el principio de representación proporcional harán lo propio mediante la exhibición del acuerdo del Instituto Electoral Estatal en el que conste la asignación de lugares, publicado en el Diario Oficial o Gaceta de la entidad federativa.

En cuanto a la **representación en el 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, concurren a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos previstos en la ley (artículo 62 LR 105).

Por este motivo, nos encontramos con dos figuras procesales: *representantes* y *delegados*. Sucede que los legisladores promoventes de la acción de inconstitucionalidad, atendiendo a cuestiones de economía procesal, nombran como representantes a dos de sus integrantes (cuando menos) para que actúen durante y después de concluido el juicio de acción de inconstitucionalidad; asimismo, dichos representantes tienen la facultad de acreditar delegados quienes pueden ser abogados ajenos al órgano legislativo del cual emanó la ley objeto de la acción para que hagan

promociones, concurren a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos previstos en la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional.³⁷²

No cabe pues, la designación de representante a la *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 únicamente de los representantes. Es importante mencionar que se presume que quienes comparezcan a juicio, gozan de la representación legal y cuentan con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario (artículo 11 LR 105).³⁷³

Finalmente, es importante mencionar que la ley en estudio establece en su artículo 62 que la *demanda* en que se ejercite la acción *deberá estar firmada por cuando menos treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos* (Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, legislaturas locales y Asamblea Legislativa del Distrito Federal):

"**Artículo 62.-** En los casos previstos en los incisos a), b), d) y e) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la demanda en que se ejercite la acción deberá estar firmada por cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos..."

Como puede observarse, para que proceda la acción de inconstitucionalidad intentada por la minoría parlamentaria, es necesario que los miembros del órgano legislativo que integren dicha

³⁷² Ibidem. p.172.

³⁷³ BRAGE, Op. cit., p. 117.

minoría firmen todos y cada uno la demanda de acción de inconstitucionalidad, por lo que deberán acreditar su personalidad para comparecer como partes en el procedimiento, y en su caso, poder nombrar representantes.

Procurador General de la República.- Su calidad de actor se presenta sólo en el caso de que dicho funcionario promueva la acción de inconstitucionalidad en contra de alguna norma general prevista en la segunda fracción del artículo 105 constitucional. Así lo establece el artículo 66 de la Ley Reglamentaria, pues resulta innecesario dar vista al procurador de la acción que él mismo ha iniciado:

“Artículo 66.- Salvo en los casos en que el procurador general de la República hubiere ejercitado la acción, el Ministro instructor le dará vista con el escrito y con los informes a que se refiere el artículo anterior, a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia, formule el pedimento que corresponda.”

De esta manera, 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, de las legislaturas locales o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, demuestra ser la más amplia de las contempladas por la fracción II del artículo 105 constitucional en razón del objeto de control. En consecuencia, no hay 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 impugnación por parte de los otros legitimados que sólo pueden impugnar leyes federales (Cámara de Diputados), leyes federales y tratados internacionales (Cámara de Senadores), leyes electorales federales o estatales (partidos políticos), o bien, leyes de un estado (legislaturas

locales). Todas ellas sin excepción pueden ser impugnadas ante la Suprema Corte por el procurador general de la República.

PARTE DEMANDADA.- De conformidad con lo establecido en el artículo 10, fracción II de la Ley Reglamentaria tendrán el carácter de demandado *la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general que sea objeto de la acción de inconstitucionalidad*. En consecuencia, podemos considerar como órganos y dependencias demandados los siguientes:

Órganos legislativos.- Según lo dispuesto por el artículo 61, fracción II de la Ley Reglamentaria, la demanda por la que se ejercita la acción de inconstitucionalidad debe contener los órganos legislativos que hubieren emitido las normas generales impugnadas. En este orden de ideas, consideramos que pueden tener la calidad de parte demandada los siguientes órganos legislativos:

- *El Congreso de la Unión por leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el mismo.-* El Poder Legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso General que se divide en dos cámaras, una de Diputados y otra de Senadores. Por tal motivo, al promover la acción de inconstitucionalidad en contra de alguna ley federal o del Distrito Federal expedida por el Congreso de la Unión, se tendrá como demandadas a ambas cámaras, pues con base en los artículos 71 y 72 constitucionales éstas participan conjuntamente en el proceso de formación de leyes, por lo que

ambas son responsables por la creación de la ley cuya inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad se demanda.³⁷⁴

- *La Cámara de Senadores por su participación en la celebración de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.*- La Cámara de Senadores posee facultades exclusivas, que son únicamente ejercidas en materia político-administrativa y, excepcionalmente, en materia político-jurisdiccional, por lo tanto, sólo en los casos que establece la Constitución Federal puede actuar con independencia de la Cámara de Diputados. Es facultad exclusiva del senado analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la República y los secretarios del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, *aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo Federal* conforme lo establecido en la fracción I del artículo 76 constitucional, pues la celebración de un tratado se integra en nuestro derecho público interno por la concurrencia de dos voluntades: la del presidente de la República y la del Senado, tomada la de este último por mayoría de votos de los miembros presentes. De lo anterior, podemos concluir que en cuanto a la acción de inconstitucionalidad incoada en contra de un tratado internacional, el Senado y el presidente de la República deben ser los órganos demandados, mientras que la Cámara de Diputados se mantiene al margen del juicio respectivo.³⁷⁵

³⁷⁴ REYES. Op. cit. p.124.

³⁷⁵ Ibidem. p.125.

- *Las legislaturas estatales por las leyes que expidan.-* En términos del inciso d) de la fracción II del artículo 105 constitucional cuando alguna ley expedida por el órgano legislativo local contravenga la Constitución Federal, dicho órgano legislativo podrá ser demandado por una minoría parlamentaria del órgano legislativo local, vía acción de inconstitucionalidad.
- *La Asamblea Legislativa del Distrito Federal por leyes expedidas por la propia Asamblea.-* Las facultades de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal están señaladas en el artículo 122 constitucional, Base Primera, y se refieren entre otras a: expedir las disposiciones legales para organizar la hacienda pública; expedir disposiciones que rijan las elecciones locales en el Distrito Federal; legislar en materia de administración pública local, su régimen interno y de procedimientos administrativos; legislar en materias civil y penal; participación ciudadana, defensoría de oficio, notariado y registro público de la propiedad y de comercio; normar la protección civil; justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno; legislar en materia de planeación y desarrollo; medio ambiente y protección ecológica, entre otras. Por ello, cuando alguna de las normas anteriores contravengan las disposiciones establecidas por la Constitución Federal, este órgano será considerado responsable, y por ende, podrá ser parte demandada en el juicio de acción de inconstitucionalidad.

Órganos ejecutivos.- Según lo dispuesto por el artículo 61, fracción II de la Ley Reglamentaria, la demanda por la que se ejercita la acción de inconstitucionalidad deberá contener como parte

demandada al órgano ejecutivo que hubiere promulgado las normas generales impugnadas. En este orden de ideas, los órganos ejecutivos que pueden ser demandados a través de una acción de inconstitucionalidad son los siguientes:

- *El presidente de la República* por la promulgación de una ley federal emitida por Congreso de la Unión.
- *El gobernador de una entidad federativa* por la promulgación de una ley local emitida por el Congreso local de la entidad federativa.
- *El jefe de gobierno del Distrito Federal* por la promulgación de una ley expedida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Es importante mencionar que los artículos 72 y 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen como facultad y obligación del Ejecutivo Federal publicar los decretos que le envíe el Congreso de la Unión:

Artículo 72: ...A. Aprobado un proyecto en la cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.. ”

En el proceso legislativo, el Ejecutivo Federal interviene en dos ocasiones: al formular las consideraciones respecto a lo ya aprobado por ambas cámaras en el caso del veto, y al publicar la ley aprobada y sancionada. Es por esto que participa en el proceso legislativo y

también es por esto que debe ser señalado como parte demandada en el escrito de acción de inconstitucionalidad en contra de una ley de carácter federal. En el ámbito estatal, los gobernadores deben publicar las leyes emitidas por la legislatura local, teniendo así una intervención similar a la del Ejecutivo Federal, por lo que las consideraciones formuladas para aquél se aplican a estos últimos.³⁷⁶

En este sentido, sólo podrá considerarse al órgano ejecutivo como responsable cuando participe en el proceso de creación de leyes mediante la promulgación o publicación de las mismas para que tengan vigencia, pues el mismo es un acto estrictamente administrativo que se traduce en el decreto promulgatorio a través del cual el titular del Poder Ejecutivo federal o local, por mandato expreso de la Constitución (federal o de la entidad federativa), hace del conocimiento de los habitantes de la República o de la entidad federativa la ley aprobada por el congreso respectivo.

b) Improcedencias y sobreseimiento de la acción de inconstitucionalidad.- Antes de establecer las improcedencias y sobreseimiento que pueden presentarse en el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y que se prevén en la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, es necesario establecer el significado de ambos conceptos.

Por *improcedencia* debemos entender la causa que existe (en este caso en el juicio de acción de inconstitucionalidad) ya sea de orden constitucional o de orden legal que impide que la Suprema Corte de Justicia de la Nación esté en aptitud de analizar y resolver sobre el fondo de la cuestión principal debatida, es decir, sobre la

³⁷⁶ Ídem, p.128.

constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general impugnada, derivada de la actualización de cualquiera de las hipótesis que se señalan en la Constitución o en la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional que determinan tal imposibilidad y que deberá ser estudiada de oficio por la autoridad que conozca del juicio de acción de inconstitucionalidad en el momento en el que se presente una demanda y la examine, o bien, en el momento en que se dicte la sentencia definitiva en el juicio.³⁷⁷

El *sobreseimiento* es la resolución judicial por la cual se declara que existe un obstáculo jurídico o de hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia.³⁷⁸ Esto es, es una institución de carácter procesal que concluye una instancia judicial por aparecer una causa que impide, ya sea su continuación o que se resuelva la cuestión de fondo planteada en virtud de esa causa, por lo cual, en el juicio de acción de inconstitucionalidad no existe ninguna declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad respecto de la norma impugnada por parte del órgano que conoce del mismo (órgano controlante), dejando en aptitud a la entidad u órgano demandado para actuar dentro de sus atribuciones.³⁷⁹

Una vez establecidos ambos conceptos, es oportuno iniciar el análisis de las causales de improcedencia respecto de la acción de inconstitucionalidad en México. Es necesario mencionar al respecto

³⁷⁷ CHAVEZ CASTILLO, Raúl. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 7 (Juicio de amparo). Segunda edición. México, Oxford University Press, 2000, p. 26. Es importante mencionar que el concepto establecido por el autor fue adecuado al concepto de improcedencia en el juicio de acción de inconstitucionalidad.

³⁷⁸ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo VI (Q-Z). México, Editorial Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p.467.

³⁷⁹ CHAVEZ CASTILLO, Raúl. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 7 (Juicio de amparo)... p.51. Cabe aclarar que el concepto de sobreseimiento empleado por este autor fue adecuado al concepto de sobreseimiento en el juicio de acción de inconstitucionalidad.

que actualmente sólo existen *improcedencias legales*, pues las *improcedencias constitucionales* desaparecieron con la reforma constitucional de 1996 al artículo 105.³⁸⁰

El artículo 65 de la Ley Reglamentaria establece las reglas de aplicación específicas de las causales de improcedencia en materia de acción de inconstitucionalidad. Dicho precepto establece que el ministro instructor, de acuerdo con el artículo 25, podrá aplicar las causales de improcedencia establecidas en el artículo 19 de la misma ley con excepción de su fracción II, pues la acción de inconstitucionalidad es procedente para verificar la constitucionalidad de leyes electorales; más adelante refiere que las causales previstas en las fracciones III y IV de este último artículo sólo podrán aplicarse cuando los supuestos contemplados en éstas se presenten respecto de otra acción de inconstitucionalidad:

“Artículo 65.- En las acciones de inconstitucionalidad, el Ministro instructor de acuerdo al artículo 25, podrá aplicar las causales de improcedencia establecidas en el artículo 19 de esta ley; con excepción de su fracción II respecto de leyes electorales, así como las causales de sobreseimiento a que se refieren las fracciones II y III del artículo 20.

Las causales previstas en las fracciones III y IV del artículo 19 sólo podrán aplicarse cuando los supuestos contemplados en éstas se presenten respecto de otra acción de inconstitucionalidad.”

En otras palabras, de conformidad con el artículo 25 *“el ministro instructor examinará ante todo el escrito de demanda, y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de*

³⁸⁰ Antes de la última reforma constitucional al artículo 105, llevada a cabo en agosto de 1996, la única causal de improcedencia señalada en la Constitución se refería a la materia electoral, pues establecía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocería de las acciones de inconstitucionalidad que tuvieran por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, *con excepción* de las que se refirieran a la *materia electoral*. Actualmente ya no existe ninguna improcedencia establecida por la Constitución, la ley secundaria ha sido la encargada de determinar las causas por las cuales la improcedencia se puede presentar en determinada situación.

plano". El desechamiento de una demanda supone que el juzgador con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos considera probada la correspondiente causal de improcedencia.

Al efecto, resulta aplicable el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P. LXXII/95, visible en la página 76 del Tomo II del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de octubre de 1999, que al texto es como sigue:

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. SU IMPROCEDENCIA DEBE SER MANIFIESTA E INDUDABLE. Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad que permita desechar de plano la demanda presentada, debe ser manifiesta e indudable, pues ello supone que el juzgador, con la mera lectura del escrito inicial y de sus anexos, considera probada la correspondiente causal 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.

Recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad 1/95. Fauzi Hamdán Amad y otros. 4 de septiembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sergio González Bernabé. El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el cinco de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número LXXII/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

El artículo 19 de la Ley Reglamentaria es el que establece las *causales de improcedencia*, por lo que de conformidad con lo establecido en este precepto, la acción de inconstitucionalidad será improcedente en los siguientes casos:

Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Como sabemos, el objeto de la acción de inconstitucionalidad es impugnar leyes o tratados internacionales, normas generales que no provienen de dicho órgano colegiado. Nunca, ni la Constitución ni la Ley Reglamentaria hacen referencia a sentencias, resoluciones o actos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que esta causal sale sobrando si además consideramos que dicho órgano jurisdiccional no podría revisar la constitucionalidad de sus propios actos, al ser competencia exclusiva de la Suprema Corte el conocimiento de los juicios de acción de inconstitucionalidad.

Contra normas generales o actos que sean materia de una acción de inconstitucionalidad pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales y conceptos de invalidez.- Esta fracción prevé la *litispendencia* y declara la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad que sea materia de otra acción de la misma naturaleza pendiente de resolución (mismas partes, misma norma general y mismos conceptos de invalidez).³⁸¹

El artículo 71 del Código Federal de Procedimientos Civiles -legislación supletoria de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional- conforme al artículo 1 de este último ordenamiento, establece que después de que se haya admitido por un tribunal demanda para la decisión total o parcial de un litigio y en tanto éste no haya sido resuelto por sentencia irrevocable, no puede tener lugar para la decisión del mismo litigio, otro proceso ni ante el mismo tribunal ni ante tribunal diverso, salvo cuando se presente dentro del

³⁸¹ REYES. Op. cit, pp. 141 y 142.

juicio iniciado nueva demanda que amplíe la primera a cuestiones que en ella fueron omitidas.

En el caso de la acción de inconstitucionalidad, la resolución deberá ser decretada de oficio, pues de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 19 en comento, las causales de improcedencia deben ser estudiadas de plano por el ministro instructor

Contra normas generales que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra acción de inconstitucionalidad, o contra resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales y conceptos de invalidez.- Esta causal de improcedencia tiene por objeto denunciar que el objeto del procedimiento en cuestión ya fue resuelto en un procedimiento anterior mediante sentencia definitiva que ya adquirió firmeza, por lo que no puede ser impugnado ni discutido legalmente. En cuanto a la fracción que establece la improcedencia por cuestiones de litispendencia, ambas tienen en común que se trata de un mismo litigio que ha sido sometido a dos diversos procesos, sólo que en el caso de la litispendencia, el primero aún no ha concluido con sentencia firme, y en el caso de la cosa juzgada, el primer proceso ya concluyó mediante sentencia firme. De acuerdo con lo anterior, el fundamento de las dos excepciones es en parte común: *evitar una repetición inútil de actividad pública*, en consecuencia, el fundamento de esta causal de improcedencia es que la cosa juzgada es la verdad legal, razón por la que una vez declarada ésta mediante sentencia, el juicio a que dicha sentencia ponga fin no puede volver a ser ventilado, pues de ser esto posible, la verdad legal

correría peligro de convertirse en una nueva controversia legal, lo cual atentaría contra el principio de seguridad jurídica.³⁸²

Cuando hayan cesado los efectos de la norma general materia de la acción de inconstitucionalidad.- Se puede establecer que han cesado los efectos de la norma general cuando estos se suspenden o acaban. Generalmente esto ocurre cuando se deroga o abroga la ley.³⁸³

Al respecto, resulta aplicable el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 47/99, visible en la página 657 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de junio de 1999, bajo el rubro y texto siguientes:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI DURANTE EL PROCEDIMIENTO ES ABROGADA LA NORMA GENERAL IMPUGNADA, DEBE ESTIMARSE QUE HA CESADO EN SUS EFECTOS, POR LO QUE PROCEDE SOBRESEER EN EL JUICIO. La cesación de efectos prevista como causa de improcedencia de las controversias constitucionales en el artículo 19, fracción V, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicable también a las acciones de inconstitucionalidad por disposición del diverso 59 del mismo ordenamiento legal, se actualiza si en una acción de inconstitucionalidad se plantea la invalidez de una norma general que durante el procedimiento ha sido abrogada por otra posterior, lo que determina sobreseer en el juicio, en términos de lo ordenado por el artículo 20, fracción II, de la citada ley reglamentaria.

Acción de inconstitucionalidad 1/97. Minoría de Diputados integrantes de la LXVII Legislatura del Estado de Michoacán. 25 de marzo de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta y uno de mayo del año en curso, aprobó, con el número 47/1999, la tesis jurisprudencial que

³⁸² *Ibidem*, p.143.

³⁸³ CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional*. México, Facultad de Derecho - UNAM, 1996. p. 267.

antecede. México, Distrito Federal, a primero de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Quando se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del conflicto.- Esta causal no tiene aplicación en lo que se refiere a acciones de inconstitucionalidad, pues no existe ningún mecanismo previo para impugnar la constitucionalidad de una ley, sólo la prevista en la fracción II del artículo 105 constitucional, cuyo procedimiento se encuentra establecido en su Ley Reglamentaria.

Quando la demanda se presentare después de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de publicación de la norma general.- Esta es una previsión de *extemporaneidad*. Así, si la acción se interpone fuera del plazo previsto en la Ley Reglamentaria, la misma será improcedente, pues en nuestro país el control de la constitucionalidad de normas generales está sujeta a una cuestión de temporalidad o de impugnación oportuna.

En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Ley Reglamentaria.

Para finalizar con el estudio de la improcedencia en materia de acción de inconstitucionalidad, es preciso señalar que las causales de improcedencia deberán examinarse de oficio por el ministro instructor al recibir la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 19 de la Ley Reglamentaria.

Resulta aplicable el criterio sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia

P./J. 31/96, visible en la página 392 del Tomo III del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de junio de 1999, que al texto es como sigue:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ORDEN PÚBLICO. TIENEN ESA NATURALEZA LAS DISPOSICIONES QUE PREVEN LAS CAUSAS DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO INSTITUIDO EN LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTICULO 105 CONSTITUCIONAL. Las disposiciones que establecen las causales de improcedencia, que a su vez generan la consecuencia jurídica del sobreseimiento del juicio, tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad, son de orden público en el seno de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de México, pues por revestir tal carácter es que la parte final del artículo 19 de dicha Ley previene que: "En todo caso, las causales de improcedencia deberán examinarse de oficio." Síguese de allí -que su invocación, por parte interesada, puede válidamente hacerse en cualquier etapa del procedimiento porque, se reitera, son de orden público. Por esta razón el legislador no ha establecido algún límite temporal para que sean invocadas; y no podría ser de otra manera, dado que, como ya se ha visto, se hagan valer o no, el juzgador tiene el deber de analizarlas aun oficiosamente. Por eso, si no se alegan al tiempo de contestar la demanda, no es correcto afirmar que ha operado la preclusión del derecho procesal para invocarlas. Además, el precepto que encierra el artículo 297, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Civiles, que dice: "Cuando la ley no señale término para la práctica de algún acto judicial o para el ejercicio de algún derecho, se tendrán por señalados los siguientes: ...Tres días para cualquier otro caso", no es de aplicación supletoria por ser ajena al tema que se analiza, pues la institución de la improcedencia de la acción se encuentra regulada de manera especial por la ley reglamentaria que señorea este proceso.

Controversia constitucional 11/95. Roberto Madrazo Pintado, Pedro Jiménez León y Andrés Madrigal Sánchez, en su carácter de Gobernador, Presidente del Congreso y Procurador General de Justicia del Estado de Tabasco, respectivamente, contra el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y el Procurador General de la República. 26 de marzo de 1996. Unanimidad de once votos. Ponente: Presidente José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega. En los términos de los artículos 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta tesis es obligatoria 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 éstos federales o locales. De conformidad con el artículo 44 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la ejecutoria se publicó íntegramente en el volumen correspondiente a mayo del año en curso del Semanario Judicial de la Federación. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de junio en curso, aprobó, con el número 31/1996, la tesis de jurisprudencia que antecede. México, Distrito

Federal, a once de junio de mil novecientos noventa y seis. Nota: Véase la ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, mayo de 1996, página 362.

SOBRESEIMIENTO.- El sobreseimiento pone fin al juicio sin hacer declaración alguna sobre si una ley es constitucional o no y por tanto sus efectos no pueden ser otros que dejar las cosas tal y como se encontraban antes de la interposición de la demanda, por lo que la ley cuestionada tendrá todos los efectos que le son inherentes y será considerada como constitucional.³⁸⁴

El artículo 20 de la Ley Reglamentaria establece de manera sistematizada los casos de sobreseimiento que pueden presentarse en el juicio de acción de inconstitucionalidad. Las hipótesis en que puede presentarse el sobreseimiento son las siguientes:

Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causales de improcedencia a que se refiere el artículo 19 de la Ley Reglamentaria.- Esta hipótesis es muy similar a la prevista para el juicio de amparo: la improcedencia comprobada obliga al sobreseimiento. La improcedencia aparece o sobreviene, es decir, que en un principio no existía pero por alguna circunstancia específica se presenta y obliga al ministro instructor a sobreseer el asunto.³⁸⁵ Puede no ser aparente la improcedencia y durante el desarrollo del procedimiento ser descubierta, esto es, la acción en todo momento puede ser improcedente pero no advertirse ese hecho. Por ello, cuando se le descubre habrá que sobreseer en el juicio, pues dicha situación obliga a adoptar tal determinación al órgano controlante.

³⁸⁴ REYES. Op. cit. p. 147.

³⁸⁵ CASTRO. Juventino V. *El artículo 105 constitucional...*, pp. 272 y 273.

Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma materia de la acción de inconstitucionalidad.- Está claro que si no hay norma general que invalidar no hay posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad. ¿Cómo sería posible que una minoría parlamentaria o el procurador general de la República demanden la invalidez de una ley inexistente cuando un elemento de existencia de la misma es precisamente su publicación en el Diario Oficial de la Federación o en algún medio de publicación oficial estatal? Además, al presentar el escrito de demanda de acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación los promoventes deben señalar el Diario Oficial o el medio de publicación en el que se promulgó la ley cuestionada, por lo que ese documento tiene la particularidad de ser un documento público y de ser referido en el escrito inicial de demanda como medio probatorio de la existencia de la norma general impugnada.³⁸⁶ Por tal motivo, esta hipótesis no tiene aplicación para las acciones de inconstitucionalidad, lo cual muestra ser un evidente descuido de los legisladores el haber previsto en la Ley Reglamentaria esta causa de sobreseimiento.

Finalmente, es importante mencionar que las fracciones I y IV del artículo 20 no son aplicables al procedimiento de la acción de inconstitucionalidad sino únicamente a las controversias constitucionales. Esto es, el supuesto establecido por la fracción I no puede actualizarse, ya que no puede existir desistimiento expreso de la demanda por parte de la actora, pues al tratarse de normas generales existe un impedimento legal para llevarlo a cabo, por lo que en materia de acción de inconstitucionalidad, una vez interpuesto el escrito inicial de demanda, no existe la posibilidad para la actora de

³⁸⁶ REYES, Op. cit, p. 148.

desistirse del ejercicio de del medio de control abstracto de la constitucionalidad.

En cuanto a la fracción IV de dicho precepto legal, el supuesto previsto en el mismo no puede actualizarse debido a que las partes en el juicio no pueden realizar convenio alguno respecto de normas generales. No es posible referir esta hipótesis a la acción de inconstitucionalidad, ya que en éstas no se puede pactar la abrogación o derogación de la ley y esto trascender al juicio para sobreeserlo.³⁸⁷

c) Plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad.- El artículo 60 de la Ley Reglamentaria establece que el plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sea publicado en el correspondiente medio oficial (Diario Oficial de la Federación o periódico o gaceta estatal).³⁸⁸ Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

Es importante señalar que el artículo 2 de la Ley Reglamentaria considera como hábiles todos los días que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y estos son los establecidos en el artículo 163 de este último ordenamiento.³⁸⁹

³⁸⁷ CASTRO, Juventino V. *El artículo 105 constitucional...*, p. 272.

³⁸⁸ Esto significa que las acciones de inconstitucionalidad se plantean incluso con antelación al inicio de la vigencia de una determinada ley.

³⁸⁹ "Artículo 163 LOPJF.- En los órganos del Poder Judicial de la Federación, se consideran como días inhábiles los sábados y domingos, el 1º de enero, 5 de febrero, 21 de marzo, 1º de mayo, 16 de septiembre y 20 de noviembre, durante los cuales no se practicarán actuaciones judiciales, salvo en los casos expresamente consignados en la Ley."

En cuanto a las reglas para computar los plazos, las mismas se prevén en el artículo 3 de la Ley Reglamentaria:

"Artículo 3o.- Los plazos se computarán de conformidad con las reglas siguientes:

I. Comenzarán a correr al día siguiente al en que surta sus efectos la notificación, incluyéndose en ellos el día del vencimiento;

II. Se contarán sólo los días hábiles, y

III. No correrán durante los periodos de receso, ni en los días en que se suspendan las labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

Por su parte, el artículo 7 de la ley en comento señala que las demandas o promociones de término podrán presentarse fuera del horario de labores ante el Secretario General de Acuerdos o ante la persona designada por éste. Cuando las partes radiquen fuera del lugar de residencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las promociones se tendrán por presentadas en tiempo si los escritos u oficios relativos se depositan dentro de los plazos legales en las oficinas de correos mediante pieza certificada con acuse de recibo o si se envían desde la oficina de telégrafos que corresponda. En estos casos se entenderá que las promociones se presentan en la fecha en que las mismas se depositan en la oficina de correos o se envían desde la oficina de telégrafos según sea el caso, siempre que tales oficinas se encuentren ubicadas en el lugar de residencia de las partes (artículo 8 LR 105).

Respecto al plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conformado la tesis de jurisprudencia P./J.2/99, visible en la página 287 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de febrero de 1999, cuyo rubro y texto se transcriben a continuación:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PLAZO PARA INTERPONERLA ES A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL DE LA NORMA IMPUGNADA. El hecho de que la norma general impugnada haya iniciado su vigencia o se haya llevado a cabo el primer acto de aplicación de la misma antes de su publicación, resulta irrelevante para efectos del cómputo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, ya que conforme a los artículos 105, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 60 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del precepto constitucional citado, el plazo para promoverla es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente al en que la ley cuya invalidez se reclama fue publicada en el medio oficial correspondiente.

Acción de inconstitucionalidad 1/98. Diputados integrantes de la XLVII Legislatura del Congreso del Estado de Morelos. 20 de octubre de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de enero en curso, aprobó, con el número 2/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

d) **Demanda.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 61 de la Ley Reglamentaria, el escrito de demanda habrá de contener los siguientes datos o elementos:

- **Los nombres y firmas de los promoventes.-** En este apartado debe establecerse el nombre de los legisladores de la fracción del órgano legislativo (federal, local o del Distrito Federal) que la hacen valer,³⁹⁰ del Procurador General de la República que lo promueve o el de cada uno de los miembros de la dirigencia del partido político promovente cuando la acción de inconstitucionalidad se interponga en contra de leyes electorales.

³⁹⁰ De ello se deduce que, en el caso de las minorías parlamentarias, se requerirán los nombres y firmas de al menos el treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos (artículo 62 Ley Reglamentaria). Parece aconsejable que el oficial o secretario correspondiente de cada órgano legislativo acredite la pertenencia al mismo de los promoventes: BRAGE. Op. cit., p. 203.

- **Los órganos legislativo y ejecutivo que hubieren emitido y promulgado las normas generales impugnadas.**- En este apartado de la demanda se aludirá al Congreso de la Unión (si es ley federal o una local del Distrito Federal emitida por este órgano legislativo) o al Congreso de la entidad federativa (si la ley es local) a quien se atribuye la emisión del cuerpo normativo que se impugna. Tratándose de la impugnación de un tratado internacional, este requisito se cumple señalando a la Cámara de Senadores como órgano que aprobó la celebración del tratado. En cuanto a los *órganos ejecutivos* que hayan promulgado dichas normas generales, obvio es que si se trata de una ley federal deberá señalarse al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, y si se trata de una ley local, al gobernador de la entidad federativa respectiva. Ahora bien, en el caso de enderezarse la acción en contra de un tratado internacional, deberá señalarse como órgano promulgador del mismo al presidente de la República de conformidad con los artículos 76, fracción I; 89, fracción X y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- **La norma general cuya invalidez se reclama y el medio oficial en que se hubiere publicado.**- En este apartado de la demanda debe determinarse cuál es la norma general cuya constitucionalidad se cuestiona y que será objeto de estudio por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación --ley federal o local, o en su caso, el tratado internacional--, debiéndose precisar cuáles son los preceptos del cuerpo legal impugnado que se consideran inconstitucionales a menos de que se impugne toda la ley o tratado internacional por considerar que en su integridad contraviene el texto

constitucional. En cuanto al medio oficial en que se publicó la norma general impugnada, debe entenderse el instrumento de difusión federal o local según sea el caso, en que se hace del conocimiento público dicha norma general, esto es, Diario Oficial de la Federación o Gaceta de la entidad federativa, medios de difusión que sirven a la Suprema Corte de Justicia para consultar en su forma originaria de publicación la norma general impugnada así como para determinar el aspecto de temporalidad en la presentación de la demanda de acción de inconstitucionalidad.

- **Los preceptos constitucionales que se estimen violados.-** En este punto, es menester que quien considera que una ley o tratado internacional viola el texto constitucional sostenga en qué parte de la misma se presenta la violación, es decir, cuál es el artículo constitucional que está siendo infringido o conculcado con motivo de la expedición de la ley impugnada o la celebración de un tratado internacional.
- **Los conceptos de invalidez.-** Son los razonamientos lógico-jurídicos que pretenden generar la convicción en el órgano controlante de que de manera parcial o total el contenido de una norma general se contrapone a lo dispuesto por la Constitución Federal, pudiendo incluso ser cuestionadas vía acción de inconstitucionalidad las constituciones de las entidades federativas por su inconformidad con dicha Constitución.

Finalmente, es importante mencionar que el escrito de demanda por el que se ejerce la acción de inconstitucionalidad frente

a las leyes o tratados internacionales, debe presentarse dentro del plazo que establece la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional.

e) **Acumulación y conexidad.**- El artículo 69 de la Ley Reglamentaria establece que el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio o a petición de parte, podrá decretar la **acumulación** de dos o más acciones de inconstitucionalidad, siempre que en ellas se impugne la misma norma. Debe entenderse que se trata de supuestos en que se impugna el mismo precepto legal o, en su caso, inciso del mismo.³⁹¹

Cabe mencionar que el mismo 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 utilizan 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, por esta razón, cuando alguna de las hipótesis anteriores se actualice, deberá estarse a lo siguiente:

³⁹¹ Puede darse el caso de que sea interpuesta una acción de inconstitucionalidad por las minorías parlamentarias y el procurador general de la República respecto de la misma norma, en este caso estaríamos ante la posibilidad de acumular las mismas en razón del objeto de control. Así, la acumulación permitida por la Ley Reglamentaria, sólo puede darse cuando la interponga el procurador, o un grupo o fracción de un cuerpo legislativo.

- El artículo 37 de la Ley Reglamentaria señala que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a solicitud de alguno de sus integrantes, podrá mediante *acuerdos generales* acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella hasta en tanto se resuelva la acción de inconstitucionalidad, siempre que las normas impugnadas en uno y otras fueren las mismas, supuesto en el cual no correrá el término de caducidad previsto en la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo.
- El artículo 38 de la Ley Reglamentaria en comento establece que cuando exista conexidad entre dos o más acciones de inconstitucionalidad y su estado procesal lo permita, podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión.

Como puede observarse, la realización de dichos supuestos permiten a la Suprema Corte de Justicia acordar el aplazamiento del juicio de amparo y de la controversia constitucional cuando a través de dichas vías se impugne la misma norma que en la acción de inconstitucionalidad, plazo que no se computará a efectos de caducidad del litigio.

f) Incidentes.- El artículo 12 de la Ley Reglamentaria establece cuáles son los incidentes que pueden presentarse durante la substanciación del juicio de acción de inconstitucionalidad. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 12.- Son incidentes de especial pronunciamiento el de nulidad de notificaciones, el de reposición de autos y el de falsedad de documentos. Cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción del relativo a la suspensión, se fallará en la sentencia definitiva.”

De la lectura del artículo 12 de la ley reglamentaria del artículo 105 constitucional, pueden distinguirse claramente 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 y que son el de *nulidad de notificaciones*, el de *reposición de autos* y el de *falsedad de documentos*, deben substanciar 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 LR 105). En el caso del *incidente de reposición de autos*, el artículo 13 determina que el ministro instructor ordenará certificar la existencia del anterior y la falta posterior del expediente, quedando facultado para llevar a cabo aquellas investigaciones que no sean contrarias a derecho.³⁹²

b) Todos los restantes que se fallarán en la sentencia definitiva, precisamente porque no requieren especial pronunciamiento.

Es importante mencionar que no es procedente el *incidente de suspensión* en el proceso de acción de inconstitucionalidad, pues de acuerdo con lo establecido por el artículo 64 de la Ley Reglamentaria "la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada".

³⁹² BRAGE. Op. cit, p. 212. Cabe mencionar que por incidentes de previo y especial pronunciamiento debemos entender todos aquellos que impiden que siga su curso el juicio mientras no se resuelvan, por referirse a presupuestos procesales (cuestiones accesorias) sin los que el proceso no puede ser válido, y que han de resolverse mediante una sentencia que únicamente a ellos concierna (sentencia interlocutoria) y no por la definitiva en la que se deciden las cuestiones litigiosas de fondo.

Debido a lo anterior, la admisión de la acción de inconstitucionalidad en nuestro sistema de control de la constitucionalidad *no tiene nunca efectos suspensivos sobre la vigencia de la ley*, que sólo podrá quedar afectada por la eventual sentencia sobre el fondo, pero no por la mera admisión de la procedencia de la acción. Esta solución parece enteramente razonable, en cuanto que debemos partir de la presunción de constitucionalidad de la ley, de ahí que el gravísimo efecto de suspender la vigencia de una ley democráticamente aprobada sólo tenga lugar, en principio, cuando el órgano que ejerce el control 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, ni siquiera provisional.³⁹³

g) Notificaciones.- Los artículos 4, 5 y 6 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional establecen las reglas que deben seguirse para notificar resoluciones del procedimiento, tanto del ministro instructor como del Pleno y del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Las resoluciones deberán notificarse al día siguiente al en que se hubieren pronunciado mediante publicación en lista y por oficio entregado en el domicilio de las partes por el actuario o a través del correo en pieza certificada con acuse de recibo. En casos urgentes, podrá ordenarse que la notificación se haga por vía telegráfica.

³⁹³ *Ibidem.* pp. 213 y 214.

Obsérvese que no se precisa cuándo se utiliza una forma de notificar y cuándo otra a excepción de la última *en casos urgentes*, que obviamente queda a discreción del presidente de la Suprema Corte o del ministro instructor determinar esa urgencia, puesto que nada se manifiesta en la Ley Reglamentaria.³⁹⁴

La *notificación por oficio entregado en el domicilio de las partes* se aplica cuando la parte a quien debe notificarse proporcionó su domicilio o por alguna circunstancia consta en el expediente. La opinión de Juventino V. Castro es en el sentido de que si ese domicilio no se hace conocer o no consta en el expediente, se empleará el tipo de *notificación bajo una publicación en lista*. Las notificaciones a personas cuyos domicilios se ignoran deben hacerse por *rotulón* que se fijará en la puerta del juzgado (en este caso en el lugar adecuado de la Suprema Corte de Justicia) y deberá contener, en síntesis, la determinación judicial que ha de notificarse. La diferenciación entre notificaciones personales y aquellas que no tienen ese carácter personal pretende asegurar que una persona tome debido conocimiento del acto o resolución para que pueda cumplir con lo notificado, o interponga la defensa a que tenga derecho.³⁹⁵

No compartimos las anteriores consideraciones de Juventino V. Castro, pues consideramos innecesario notificar a las partes mediante publicación en lista o por rotulón, ya que al ser órganos constitucionales cuya residencia resulta ser del conocimiento público, su domicilio resulta de fácil ubicación. Por ello, de no señalarse el domicilio en la demanda, no estaríamos ante un supuesto desconocimiento del domicilio de las partes, y por tanto no existiría

³⁹⁴ CASTRO. Juventino V. *El artículo 105 constitucional...*, p. 233.

³⁹⁵ *Ibidem.* pp. 234 y 235.

una imposibilidad real para llevar a cabo las diversas notificaciones de las actuaciones del proceso constitucional, por lo que las hipótesis hechas valer por el autor en comento difícilmente podrían actualizarse durante la substanciación del juicio de acción de inconstitucionalidad.

Respecto a las notificaciones al presidente de los Estados Unidos Mexicanos, éstas se entenderán con el Secretario de Estado o jefe de departamento administrativo a quienes corresponda el asunto, o con el Consejero Jurídico del Gobierno de conformidad con las competencias establecidas en la ley.

La forma de notificar mediante *correo en pieza certificada con acuse de recibo* debe intentarse por las partes que residan fuera de la localidad asiento de la Suprema Corte de Justicia; pero nada excluye que, a discreción del propio órgano jurisdiccional colegiado pudiere utilizarse cuando lo considere pertinente.³⁹⁶

Las partes pueden designar a una o varias personas para oír notificaciones, imponerse a los autos y recibir copias de traslado. Las partes o sus representantes están obligadas a recibir los oficios de notificación que se les dirijan a sus oficinas, domicilio o lugar en que se encuentren. En caso de que las notificaciones se hagan mediante actuario, se hará constar el nombre de la persona con quien se entienda la diligencia, y si se niega a firmar el acta o a recibir el oficio, la notificación se tendrá por legalmente hecha.

Finalmente, es importante señalar que las notificaciones surten sus efectos a partir del día siguiente a aquél en que hubieren quedado legalmente hechas. En este orden de ideas, las notificaciones que no

³⁹⁶ REYES. Op. cit. p.175

fueren hechas en la forma establecida por la Ley Reglamentaria en comento serán nulas, y una vez declarada la nulidad se impondrá multa de uno a diez días de salario al responsable, quien en caso de reincidencia será destituido de su cargo.

h) Substanciación.- Los artículos 64 a 68 regulan la substanciación del procedimiento establecido en la Ley Reglamentaria para la acción de inconstitucionalidad.

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 LR 105). El ministro instructor examinará ante todo el escrito de demanda y si encontrara motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano (artículo 25 LR 105). En este sentido, podrá aplicar las causales de improcedencia o de sobreseimiento establecidas en la ley.

Si el ministro instructor no aprecia ninguna causa de improcedencia pero encuentra que el escrito de demanda es *oscuro* 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** (artículo 64 LR 105). Es importante mencionar que nada agrega la Ley Reglamentaria respecto a la contestación, reconvención o ampliación de la demanda que resultaren obscuras o irregulares, y no se hubieren aclarado por quienes las produzcan dentro del plazo señalado.³⁹⁷

³⁹⁷ CASTRO. Juventino V. *El artículo 105 constitucional...*, p. 312.

Transcurrido este plazo -sólo en caso de demanda obscura e 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, con la finalidad de que dentro del plazo de **quince días** rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Es importante mencionar que cuando la norma impugnada sea una ley aprobada por el Congreso de la Unión, dicho informe deberá rendirse por separado por ambas cámaras (artículo 64 LR 105).

Asimismo, el ministro instructor le dará vista al procurador general de la República con el escrito y los informes citados a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia, formule el pedimento que corresponda, siempre y cuando, por supuesto, el procurador no hubiere sido el promovente de la acción de inconstitucionalidad (artículo 66 LR 105).

Después de presentados los informes del órgano legislativo emisor y del ejecutivo que publicó la norma general impugnada o habiendo transcurrido el plazo para ello, el ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que dentro del plazo de **cinco días** formulen *alegatos* (artículo 67 LR 105). Es preciso mencionar que hasta antes de dictarse sentencia el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos los elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Agotado el procedimiento, el ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de

sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado (artículo 68 LR 105).

Es importante mencionar que una vez dictada la sentencia, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará notificarla a las partes, y mandará publicarla de manera íntegra en el Semanario Judicial de la Federación, conjuntamente con los votos particulares que se formulen.³⁹⁸

i) **Sentencia.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley Reglamentaria, la sentencia que resuelve una acción de inconstitucionalidad deberá contener los siguientes requisitos:

La fijación breve y precisa de las normas generales objeto de la acción de inconstitucionalidad y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados.- La fijación breve y precisa será de las normas generales objeto de la acción de inconstitucionalidad, es decir, el señalamiento de la ley o tratado internacional impugnado. Las pruebas tendientes a tenerlos o no por demostrados se reducen a uno o dos documentos públicos: el Diario Oficial de la Federación y, en su caso, la gaceta o diario de la entidad federativa donde se promulgó la ley impugnada.³⁹⁹

Los preceptos que la fundamentan.- En este punto debe hacerse referencia a los preceptos que fundamentan la sentencia, es decir, los preceptos constitucionales y legales que facultan a la

³⁹⁸ REYES. Op. cit. p. 186.

³⁹⁹ *Ibidem.* p.179.

Suprema Corte de Justicia de la Nación dictar sentencia respecto de una acción de inconstitucionalidad.⁴⁰⁰

Respecto de los preceptos constitucionales, es obvio que el fundamento es el artículo 105, fracción II. En cuanto a los preceptos legales, debe hacerse referencia a los artículos 1, 4, 7 y 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; asimismo, se debe hacer referencia a los artículos 71, 72 y 73 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional.

Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados.- Es aquí donde el ministro instructor propone los razonamientos lógico-jurídicos que respaldan el sentido de la sentencia. En este caso aplica la figura de la *suplicia*, en el sentido de que si bien se estimaron violados algunos preceptos, la parte demandante no invocó los mismos, por lo que el ministro instructor deberá hacerlos valer de oficio.⁴⁰¹

Los alcances y los efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales respecto a los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada.- Al respecto, juzgamos conveniente reproducir las consideraciones que sobre este punto ha elaborado Pablo Enrique Reyes Reyes. Dicho

⁴⁰⁰ Ibidem.

⁴⁰¹ REYES. Op. cit. p.179. Respecto a la figura procesal de la *suplicia*, véase *infra*. p. 362 y ss

autor menciona que en este punto existen diversos conceptos que vale la pena desarrollar, y que son:

"1. *Los alcances y efectos de la sentencia*; aquí se señalará en qué términos se resuelve el juicio de inconstitucionalidad, es decir, se plasmarán los "considerandos" de la sentencia, así como los razonamientos y los elementos que tomó en cuenta el ministro instructor al confrontar los preceptos de la ley, o tratado internacional con el Código Supremo.

2. *Fijando con precisión los órganos obligados a cumplirla*; el ministro instructor señalará al Ejecutivo Federal cuando se trata de leyes de carácter federal y tratados internacionales, así como leyes del Distrito Federal que para su mejor conocimiento se hubieren promulgado en el *Diario Oficial de la Federación*; y señalará al Ejecutivo estatal cuando se trate de normas generales en el ámbito local, asimismo señalará el órgano legislativo que hubiere expedido la norma o que hubiere ratificado el tratado internacional.

3. *Las normas generales respecto de las cuales opere*; en el caso de la acción de inconstitucionalidad sólo opera respecto de la norma general (ley) o tratado internacional impugnado.

4. *Todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda*: la eficacia de una sentencia se sitúa de acuerdo con el sentido de la misma, es decir, si se declara a) improcedente; b) procedente pero infundada (en estos dos supuestos el ministro instructor puede mandar publicar la sentencia en el *Semanario Judicial de la Federación* – órgano de publicación del Poder Judicial de la Federación- y debe notificar a las partes para conocer el sentido de la sentencia); c) procedente y fundada pero con votación de inconstitucionalidad de siete ministros o menos, aquí la ley no establece nada al respecto; d) procedente, fundada y con votación de inconstitucionalidad de ocho ministros o más.

5. *Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya invalidez dependa de la propia norma invalidada*; este es el caso de que la ley reglamentaria de algún artículo constitucional o referente a alguna disposición constitucional..., o bien, alguna otra disposición legal dependa de la misma, por ejemplo, el reenvío de una ley a otra⁴⁰²

Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen y, en su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

⁴⁰² *Ibidem.* p. 180.

j) Suplencia de la queja y del error.- El artículo 71 de la Ley Reglamentaria 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 suplir 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 de demanda.

Esto significa que se autoriza al juzgador, al dictaminar sentencia, el empleo de dos tipos de suplencia: *suplencia del error* y *suplencia de la queja deficiente*, por lo que el juzgador no se limita a corregir dicha equivocada citación o invocación de los preceptos, sino también a modificar los conceptos de invalidez expuestos por el actor.

De este modo, *suplir la deficiencia de la queja* implica no sólo ceñirse a los conceptos de invalidez expuestos en la demanda de acción de inconstitucionalidad, sino que para garantizar el principio de supremacía constitucional y proteger a la Constitución del Estado el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto anticonstitucional o inconstitucional no invocado como concepto de invalidez, a fin de mantener incólume lo establecido en el texto constitucional así como el respeto de dicho principio de supremacía constitucional.

Por su parte, la *suplencia del error* es la recomposición que hace en este caso el ministro instructor primero, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación en segundo término para corregir de oficio los defectos en que el actor incurre al plantear su demanda respecto a las

disposiciones constitucionales violadas y que se complementan por el sentenciador en forma tal que debe entenderse que se mejoran legítimamente por la Suprema Corte, dándose como hecho que la precisión se hizo por el demandante mismo para los efectos de que la sentencia se ocupe de los fundamentos y los planteamientos no establecidos en un inicio en el escrito de demanda.⁴⁰³

k) Efectos de la sentencia.- Una de las innovaciones de la reforma constitucional al artículo 105 es la referente a la posibilidad de que las sentencias dictadas en los juicios de acción de inconstitucionalidad tengan *efectos generales*, invalidando de esta manera una ley federal o estatal, o bien, un tratado internacional.

Es importante mencionar que la posibilidad de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una ley o tratado internacional está rodeada de diversas condiciones, especialmente la de cumplir con el requisito del número de votos de los miembros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Al respecto, el artículo 72 de la Ley Reglamentaria establece lo siguiente:

“Artículo 72.- Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.”

Como puede observarse, el anterior precepto 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

⁴⁰³ CASTRO, Juventivo V. *El artículo 105 constitucional...*, p. 330.

sentencia no es aprobada por la mayoría indicada, "el Tribunal Pleno desestimará 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.

Efectos en cuanto a los destinatarios.- 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, lo cual resulta ser una necesidad imperiosa y una exigencia lógica de este medio de control abstracto de la constitucionalidad, pues en este caso la relación procesal no se establece entre un demandante y un demandado, sino más bien, fundamentalmente, entre un recurrente y una norma general cuya constitucionalidad es cuestionada. En consecuencia, el objeto del control de la constitucionalidad de la norma general (ley o tratado internacional) es su anulación y los efectos de la decisión son necesariamente *erga omnes* (generales), nunca *inter partes* (particulares)⁴⁰⁴, debido a que el objetivo es preservar el estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico existente en el Estado.

Efectos en el tiempo.- Por lo que se refiere a la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, hay que decir que la nulidad que dicha declaración encierra es *una nulidad que no produce*

⁴⁰⁴ BRAGE. Op. cit. pp.225 y 226.

efectos retroactivos (ex nunc), sino que sólo es efectiva a partir del momento de su declaración. La sentencia no es meramente declarativa (desestimatoria), sino constitutiva. Esta es la nulidad, anulabilidad más bien, propia del sistema austriaco, que equipara la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad a una derogación o abrogación de la norma general y que ha sido adoptada por nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad, en particular, por el procedimiento establecido para el medio abstracto de control de la constitucionalidad denominado en nuestro país acción de inconstitucionalidad⁴⁰⁵, que corresponde a las estructuración y funcionamiento propios de los medios de control *a posteriori* de la constitucionalidad.

Respecto de los efectos en el tiempo de la sentencia estimatoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el juicio de acción de inconstitucionalidad, merecen ser destacados los siguientes puntos de la regulación constitucional positiva en nuestro país:⁴⁰⁶

1. El principio general del cual 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. Es importante señalar que la Suprema Corte de Justicia no está facultada para establecer, en ciertos casos, que la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad se extienda a hechos consumados con anterioridad a la misma.

⁴⁰⁵ *Ibidem.* p. 226.

⁴⁰⁶ *idem.* p. 230 y ss.

2. Si bien la Constitución sólo dice que la nulidad no tendrá efectos retroactivos, en el texto constitucional no se afirma expresamente que haya de producir necesariamente sus efectos inmediatamente después del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que en la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional se establece que producirá sus efectos a partir de la fecha que dicho órgano colegiado determine, por lo que se establece una *eficacia diferida* de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad (artículo 45 LR105).

3. 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, es la referida a la *materia penal*, en la que rigen los principios generales y disposiciones legales aplicables a esta materia (artículo 45 LR 105).

El valor de cosa juzgada.- Las *sentencias estimatorias* se benefician del valor de cosa juzgada, es decir, no son susceptibles de recurso alguno y se imponen a todos los órganos públicos y autoridades. Así lo establece el artículo 43 de la Ley Reglamentaria:

"**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 éstos federales o locales."

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) por ser esta 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 (jurisprudencia) por ella sostenida. 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 ser tampoco un texto muerto, dicho órgano colegiado puede rectificar criterios anteriores.⁴⁰⁷

l) Ejecución de la sentencia.- El capítulo III del título III de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene por objeto la regulación de las sentencias dictadas en los juicios de acción de inconstitucionalidad, y aunque su artículo 73 efectúa una remisión a diversos preceptos referidos a las sentencias 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 juicios tanto de controversias constitucionales como de acción de inconstitucionalidad carecen de regulación específica, lo que 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

⁴⁰⁷ BRAGE. Op. cit. p. 232.

en todo lo no previsto en el título III respecto de las acciones de inconstitucionalidad.⁴⁰⁸

Por lo tanto, es 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, fracción XVI y que en su globalidad tienden a convertir la ejecución de dichas sentencias en facultad exclusiva de la Suprema Corte (artículo 105 constitucional, último párrafo).

Debido a lo anterior, puede decirse que, en primer lugar, en relación a las controversias constitucionales, se establece en el artículo 46 de la Ley Reglamentaria 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 misma, debiendo aquél resolver si la sentencia ha sido efectiva y debidamente cumplida, disposición que no tiene sentido aplicar al juicio de acción de inconstitucionalidad en el que los efectos no son *inter partes* sino *erga omnes*, ni hay tampoco partes en sentido estricto que defiendan sus propios intereses.⁴⁰⁹

En caso de incumplimiento total o parcial, las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 46 podrán solicitar al presidente de la Suprema Corte para que requiera a la parte obligada de inmediato informe sobre 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

⁴⁰⁸ *Ibidem*. p.239.

⁴⁰⁹ *Idem*. p.240.

si se advierte el intento de eludir su cumplimiento, el presidente de la Suprema Corte de Justicia 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 que remite a su vez al texto de los dos primeros párrafos del artículo 107, fracción XVI. En dicho artículo 107 constitucional se establece:

"Artículo 107.- ... XVI. 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 fuere excusable, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a 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."

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. Si se trata de normas generales, que será siempre la hipótesis en la acción de inconstitucionalidad, la sola declaración de invalidez consume los efectos anulatorios, por lo que ya no es necesario identificar los posibles supuestos de incumplimiento o de cumplimiento sustituto, pero en la hipótesis de repetición de la norma general impugnada por parte de la autoridad encargada de su expedición, el artículo 47 de la Ley Reglamentaria dispone que la Suprema Corte, una vez probada la repetición o la aplicación indebida

de las normas generales anuladas, ordenará la separación de la autoridad y su consignación penal, por lo que no puede optarse por el cumplimiento sustituto.⁴¹⁰

m) Recursos.- En el juicio de acción de inconstitucionalidad no cabe recurso contra las sentencias dictadas en el mismo (cosa juzgada en sentido formal), lo cual es perfectamente coherente con la competencia exclusiva que en esta materia tiene el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁴¹¹

El único recurso existente en el juicio de acción de inconstitucionalidad es el de **reclamación** de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley Reglamentaria que establece que dicho recurso 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.

De conformidad con lo establecido en el artículo 51, este recurso de reclamación deberá promoverse en un plazo de *cinco días posteriores al auto o resolución impugnados* y en él deberán expresarse agravios y acompañarse pruebas. Se promueve ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de *cinco días* aleguen lo que a su derecho convenga. Transcurrido este último plazo, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará los autos a un ministro distinto del instructor con la finalidad de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al Tribunal Pleno (artículo 53 LR 105). Es este último el que resolverá en

⁴¹⁰ BRAGE. Op. cit. p.241.

⁴¹¹ Ibidem. p.213.

definitiva y proveerá lo necesario para el debido cumplimiento de la ejecución.

Es importante mencionar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 54, cuando el recurso de reclamación se promueva sin motivo, se impondrá al recurrente o a su representante, a su abogado o a ambos, una multa de 10 a 120 días de salario.

4.3 Las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral

Una vez estudiado el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y su substanciación, corresponde ahora analizar el procedimiento específico de la *acción de inconstitucionalidad en materia electoral*. No obstante, es preciso aclarar que sólo estableceremos las principales diferencias existentes entre ambas modalidades de este medio de control de la constitucionalidad de normas generales, con el fin de evitar redundancias innecesarias, ya que del análisis de los diversos aspectos y elementos procesales estudiados en el anterior aparatado puede concluirse que los mismos son aplicables en su integridad respecto de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral.

En este orden de ideas, los elementos o aspectos procedimentales que se diferencian en materia electoral son los siguientes:

a) Partes.- De conformidad con lo establecido por el inciso f) de la fracción II del artículo 105 constitucional en relación con el artículo 10 de la Ley Reglamentaria, los **partidos políticos** están

legitimados activamente para promover la acción de inconstitucionalidad.

En términos de lo previsto en los anteriores preceptos, los partidos políticos son considerados parte demandante (actora) en los procedimientos abstractos de control de la constitucionalidad de leyes electorales además de los señalados en la fracción II del artículo 105 constitucional (fracciones de los órganos legislativos y el Procurador General de la República).

En el artículo 105 constitucional se establece que los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, están legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales federales o locales, mientras que los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, únicamente podrán ejercerla en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

Es importante mencionar al respecto que a diferencia de los demás sujetos legitimados activamente para ejercer la acción de inconstitucionalidad --Procurador General de la República y fracciones de los órganos legislativos, tanto federales como de las entidades federativas, quienes pueden demandar la inconstitucionalidad de leyes incluidas las electorales--, los partidos políticos sólo pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales. Basta con que el partido político demandante esté registrado, bien a nivel nacional⁴¹² (si es que la ley electoral

⁴¹² Sobre el registro de los partidos políticos nacionales, véanse los artículos 24 a 29 del COFIPE (requisitos y procedimientos de constitución) y 30-31 (otorgamiento de registro).

considerada como inconstitucional es federal), o bien a nivel local (si la ley electoral cuya constitucionalidad pretende sea verificada es local).

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conformado la tesis de jurisprudencia P./J.27/99, visible en la página 253 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de abril de 1999, que al texto es como sigue:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SON LOS ÚNICOS QUE PUEDEN COMBATIR EN ESTA VÍA LEYES ELECTORALES. Con motivo de la reforma al artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se suprimió la prohibición expresa que se contenía en el primer párrafo de la citada fracción, que impedía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, con lo que se estableció un régimen genérico en virtud del cual las partes legitimadas a que se refiere la fracción II en todos sus incisos, pueden acudir a dicha vía para impugnar leyes electorales, sin más limitantes que las que los propios incisos establecen. Con esta reforma se adicionó el inciso f) y los dos párrafos siguientes a este inciso, del citado precepto constitucional, que autorizan a los partidos políticos a impugnar leyes electorales en esta vía y se establece que la única vía para plantear la contradicción entre este tipo de leyes y la Constitución, es la acción de inconstitucionalidad. La introducción de este inciso no significa que únicamente los partidos sean los que pueden impugnar leyes electorales, pues de ser así, el Poder Reformador expresamente lo hubiera señalado; y, el que enseguida del inciso se haya adicionado un párrafo en el que se establece que la única vía para impugnar leyes electorales por inconstitucionales lo sea la acción, tampoco implica que se refiera únicamente a los partidos políticos, pues tal disposición debe entenderse como parte del sistema general y no vinculado estrictamente al citado inciso, ya que, de otra manera, en el referido párrafo se habría señalado expresamente que la única vía para impugnar leyes electorales que sean contrarias a la Constitución sería la prevista en el referido inciso f). Así, armónicamente interpretada la disposición constitucional y acorde con el espíritu de su reforma, se concluye que se amplía la legitimación de la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales; respecto de las cuales el círculo de legitimación 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 este tipo de leyes, pero ello no justificaria la exclusión de los legitimados por el régimen común para impugnar las leyes y, por lo mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden participar de manera relevante en esta tarea de control constitucional.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 27/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

Para concluir con este punto, es importante mencionar que para tener acreditada la **legitimación** de los partidos políticos en el juicio de acción de inconstitucionalidad, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. El partido político debe contar con registro definitivo ante la autoridad electoral correspondiente (federal o local), acreditándolo con la constancia de registro otorgada por la misma a dicho partido político.

Resulta aplicable a lo anterior la tesis de jurisprudencia P./J.27/99 conformada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 357 del Tomo V del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de febrero de 1997, cuyo rubro y texto se transcriben a continuación:

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. CARECE DE LEGITIMACION PROCESAL PARA PROMOVERLA EL PARTIDO POLITICO QUE SOLICITO REGISTRO CONDICIONADO Y ESTE LE FUE NEGADO POR LA AUTORIDAD ELECTORAL. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, inciso f), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 62 de su ley reglamentaria, reformados, respectivamente, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación los días veintidós de agosto y veintidós de noviembre de mil novecientos noventa y seis, los partidos políticos pueden promover acción de inconstitucionalidad en contra de normas de carácter electoral; sin embargo, para ello deberán contar con el registro ante el Instituto Federal Electoral en caso de impugnarse leyes

electorales federales o locales, o con el registro estatal, de impugnarse leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa que les otorgó el registro. Por tanto, si el partido promovente demuestra haber solicitado el registro condicionado 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 contar con el certificado respectivo, expedido en términos de lo dispuesto por los artículos 22 y 33 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Acción de inconstitucionalidad 7/96. Partido Foro Democrático. 7 de enero de 1997. Unanimidad de once votos. Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el diez de febrero en curso, aprobó, con el número 16/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.

2. Los partidos políticos que hagan uso de su legitimación habrán de hacerlo a través de sus dirigencias por así determinarlo expresamente la Constitución. Cuando sean partidos con registro a nivel nacional ante el Instituto Federal Electoral, la decisión de interposición de la acción habrá de adoptarse por las *dirigencias nacionales* por así determinarlo el texto del artículo 105, fracción II, inciso f; ello incluso para el caso de que la ley que se impugne sea estatal y no nacional, pues al ser un partido de ámbito federal se exige que sea su dirección nacional la que adopte la decisión de impugnar una ley de ámbito estatal. Cabe aclarar que la solución será distinta cuando el partido político tenga registro estatal, pues en tal supuesto se establece en el precepto constitucional que los partidos políticos ejercen esta legitimación "a través de sus dirigencias", dirigencias que son las del ámbito estatal.⁴¹³ En otras palabras, las leyes electorales de las entidades federativas (locales) pueden ser impugnadas mediante la acción de inconstitucionalidad por los partidos políticos con

⁴¹³ BRAGE. Op. cit., p. 135.

registro nacional, no existiendo limitación constitucional o legal que les impida hacerlo, a diferencia de los partidos políticos con registro estatal quienes únicamente podrán impugnar leyes expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa en la que hayan obtenido su registro.

Es importante señalar que en todos los supuestos de legitimidad de los partidos políticos, no se dispone limitación alguna que obligue a los partidos políticos a tener o no representación en los órganos legislativos correspondientes, es decir, pueden impugnar leyes electorales partidos políticos que todavía no han participado en una elección, o habiendo participado en la última elección no cuentan con representación en el órgano legislativo correspondiente pero conserven su registro al obtener el porcentaje de votación requerido legalmente.

3. Respecto a la **representación** de los partidos políticos en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad, debe atenderse a lo dispuesto por los dos primeros párrafos del artículo 11 de la Ley Reglamentaria:

"Artículo 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado 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.

En las controversias constitucionales no se admitirá ninguna forma diversa de representación a la prevista en el párrafo anterior; sin embargo, por medio de oficio podrán acreditarse delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias y en ellas rindan pruebas, formulen alegatos y promuevan los incidentes y recursos previstos en esta ley."

En atención a lo establecido en dicho precepto legal y debido la remisión al mismo hecha valer en atención al citado régimen de supletoriedad establecido por el artículo 59 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, resulta evidente que de conformidad con los estatutos de los partidos políticos, los representantes de éstos podrán acreditar su personalidad para comparecer en el juicio de acción de inconstitucionalidad, en tanto que para realizar diversas promociones --incluyendo la de presentación de los incidentes y recursos, concurrir a audiencias, rendir pruebas y formular alegatos, mediante oficio firmado por el o los acreditados--, podrán delegarse dichas funciones.⁴¹⁴ Como puede observarse, las figuras procesales de *representantes* y *delegados* están presentes en esta modalidad del procedimiento de acción de inconstitucionalidad.

Cabe aclarar que el representante del partido político deberá tener facultades para interponer la acción de inconstitucionalidad así como para actuar durante el juicio, de conformidad con las disposiciones contenidas en los estatutos del partido, debiendo acreditarlo con la exhibición de los mismos.

b) Plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad en materia electoral.- El artículo 60 de la Ley Reglamentaria establece que *"el plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sea publicado en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente"*.

⁴¹⁴ MERCADER DÍAZ DE LEÓN, Antonio Eduardo. *El juicio electoral ciudadano y otros medios de control constitucional*. México, Editorial Delma, 2001. pp. 307 y 308.

No obstante cuando el objeto de control sean *leyes electorales*, de acuerdo con el citado artículo, para el cómputo de los plazos *deberán considerarse todos los días como hábiles*, por lo que en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad en materia electoral no serán aplicables las reglas para el cómputo de los plazos establecidas en el artículo 3 de la Ley Reglamentaria⁴¹⁵, ni lo dispuesto por el artículo 2 de la misma que considera como hábiles todos los días que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 163. Sin embargo, lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley Reglamentaria en comento sí tendrán aplicación por no presentar contradicción alguna con los artículos anteriormente citados.⁴¹⁶

c) Substanciación.- Al igual que para la acción de inconstitucionalidad, los artículos 64 a 68 regulan la substanciación del procedimiento establecido en la Ley Reglamentaria para la acción de inconstitucionalidad en materia electoral. No obstante, de la lectura de dichos artículos pueden observarse algunas diferencias respecto a

⁴¹⁵ “**Artículo 3.-** Los plazos se computarán de conformidad con las reglas siguientes:

- I. Comenzarán a correr al día siguiente al en que surta sus efectos la notificación, incluyéndose en ellos el día del vencimiento;
- II. Se contarán sólo los días hábiles, y
- III. No correrán durante los periodos de receso, ni en los días en que se suspendan las labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”

⁴¹⁶ “**Artículo 7.-** Las demandas o promociones de término podrán presentarse fuera del horario de labores, ante el Secretario General de Acuerdos o ante la persona designada por éste.

Artículo 8.- Cuando las partes radiquen fuera del lugar de residencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las promociones se tendrán por presentadas en tiempo si los escritos u oficios relativos se depositan dentro de los plazos legales, en las oficinas de correos, mediante pieza certificada con acuse de recibo, o se envían desde la oficina de telégrafos que corresponda. En estos casos se entenderá que las promociones se presentan en la fecha en que las mismas se depositan en la oficina de correos o se envían desde la oficina de telégrafos, según sea el caso, siempre que tales oficinas se encuentren ubicadas en el lugar de residencia de las partes.”

la substanciación en ambas modalidades. Siendo ello evidente, iniciaremos el análisis respecto a la substanciación específica de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral.⁴¹⁷

El procedimiento 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 LR 105). El ministro instructor examinará ante todo el escrito de demanda y si encontrara motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano (artículo 25 LR 105). En este sentido, podrá aplicar las causales de improcedencia o de sobreseimiento establecidas en la ley, misma que han sido analizadas en otra parte del presente capítulo.⁴¹⁸

Si el ministro instructor no aprecia ninguna causa de improcedencia pero encuentra que el escrito de demanda es *oscuro* o *irregular*, deberá entonces prevenir al demandante o a sus representantes comunes para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de **tres días** (artículo 64 LR 105). Transcurrido este plazo (sólo en caso de demanda oscura e 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 **seis días** rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Es importante

⁴¹⁷ Consideramos oportuno confrontar la substanciación de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral con la establecida legalmente para la acción genérica, vid supra. p. 321 y ss.

⁴¹⁸ Vid supra. pp. 335 y ss.

mencionar que cuando la norma impugnada sea una ley aprobada por el Congreso de la Unión, el informe deberá rendirse por separado por ambas cámaras (artículo 64 LR 105). Asimismo, el ministro instructor le dará vista al procurador general de la República con el escrito y los informes citados a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia formule el pedimento que corresponda, siempre y cuando, por supuesto, el procurador no hubiere sido el promovente de la acción de inconstitucionalidad (artículo 66 LR 105).

Después de presentados los informes del órgano legislativo emisor y del ejecutivo que publicó la norma general impugnada o habiendo transcurrido el plazo para ello, el ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que dentro del plazo de **dos días** formulen alegatos (artículo 67 LR 105). Es preciso mencionar que hasta antes de dictarse sentencia el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente todos los elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Una vez que el procedimiento de instrucción ha sido agotado, el ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado. En materia electoral, el proyecto de sentencia deberá ser sometido al conocimiento y discusión del Pleno dentro de los **cinco días** siguientes a aquél en que se haya agotado el procedimiento, debiéndose dictar sentencia por el pleno en un plazo de **cinco días** contados a partir de que el ministro encargado de la substanciación haya presentado su proyecto (artículo 68 LR 105).

Es importante mencionar que una vez dictada la sentencia, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará

notificarla a las partes y mandará publicarla de manera íntegra en el Semanario Judicial de la Federación, conjuntamente con los votos particulares que se formulen.

d) Suplencia de la queja y del error.- Si bien el artículo 71 de la Ley Reglamentaria 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 de demanda”*, en las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la no conformidad de leyes electorales con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo podrá referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial de demanda de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 71 de la Ley Reglamentaria.

Lo anterior significa que se autoriza al juzgador al dictaminar sentencia el empleo de la *suplencia de la queja deficiente* en cuanto a los conceptos de invalidez con toda libertad, por lo que no está obligado a ceñirse únicamente respecto de los conceptos de invalidez expuestos en el escrito inicial de demanda, sino que puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto anticonstitucional o inconstitucional no invocado como concepto de invalidez.

No obstante, dicha libertad no se presenta respecto de la *suplencia del error* en la citación de los preceptos de la Constitución invocados en las acciones de inconstitucionalidad en materia

electoral, ya que en este caso *el juzgador se encuentra obligado únicamente a suplir la deficiencia de los preceptos constitucionales citados en el escrito inicial de demanda*, pues para fundar en su oportunidad la declaratoria de invalidez de la ley electoral cuya constitucionalidad es cuestionada, sólo podrá hacerlo con los preceptos manifestados por la parte actora en dicho escrito inicial, estando impedido para suplir la omisión o error en la cita de los preceptos constitucionales invocados, lo que ocasiona que aun cuando la ley electoral impugnada sea evidentemente anticonstitucional o inconstitucional, la Suprema Corte de Justicia se vea imposibilitada para declarar la invalidez de la misma.

e) Participación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad.- El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a través de su Sala Superior, participa en el procedimiento de acción de inconstitucionalidad a través de una "opinión" que le es solicitada por el Ministro Instructor.⁴¹⁹

Es importante mencionar que dicha opinión no en todos los casos se requiere, esto es, no es obligatoria, por lo que el ministro instructor puede o no solicitarla a la Sala Superior del Tribunal Electoral de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 68 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional⁴²⁰, pudiéndose omitir dicha participación, y por tanto, debiendo resolver la

⁴¹⁹ DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Derecho procesal electoral mexicano*. México, Centro Universitario Allende, 2002, pp. 73 y 74.

⁴²⁰ "Artículo 68.-... Cuando la acción de inconstitucionalidad se interponga en contra de una ley electoral, el ministro instructor podrá solicitar opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación."

Suprema Corte de Justicia en Pleno respecto la inconstitucionalidad de la ley electoral impugnada.

Es importante mencionar que la participación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en caso de darse, puede presentarse hasta antes de dictarse sentencia, por lo que el Ministro Instructor, debido a la facultad otorgada en la Ley Reglamentaria para allegarse de todos los elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor resolución del asunto, por tratarse el objeto de control de una ley electoral, puede solicitar la opinión de la Sala Superior del Tribunal Electoral, a fin de elaborar su proyecto de resolución.

Debido a lo anterior, es común que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación recurran a la Sala Superior del Tribunal Electoral para pedirles su opinión, pues ello proporciona a sus fallos una mayor riqueza en las argumentaciones lógico-jurídicas como consecuencia del permanente contacto que tiene dicho órgano especializado del Poder Judicial de la Federación con la materia electoral. No obstante, resulta evidente que las opiniones o dictámenes que elabore la Sala Superior *no tienen efectos vinculatorios* (obligatorios) para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser competencia exclusiva del Pleno el conocimiento y resolución de los procedimientos de acción de inconstitucionalidad, por lo que en todo caso podrá desoírlos.⁴²¹

f) Recursos.- Durante el análisis del procedimiento y substanciación del juicio de acción de inconstitucionalidad establecimos que en el mismo no cabe recurso contra las sentencias dictadas en el mismo (cosa juzgada en sentido formal), lo cual es

⁴²¹ MERCADER, Op. cit, p.320.

perfectamente coherente con la "competencia exclusiva" que en esta materia tiene el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pues bien, en el caso de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral se sigue la misma regla.

Por tal motivo, el único recurso existente en el juicio de acción de inconstitucionalidad en materia electoral es el de **reclamación**, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 de la Ley Reglamentaria que establece que dicho recurso 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.

De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 70, este recurso de reclamación deberá promoverse en un plazo de *tres días* posteriores al auto o resolución impugnados y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo resolverá de plano dentro de los *tres días* siguientes a los de su interposición, siendo este último el que resolverá en definitiva y proveerá lo necesario para el debido cumplimiento de la ejecución.

Para finalizar con el análisis de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en la fracción II del artículo 105, *la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución* es la prevista en dicho artículo, lo que significa que el único medio de control de la constitucionalidad previsto en nuestro país para impugnar la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución Federal es la acción de inconstitucionalidad. Además, es importante tener en cuenta que para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad

en contra de leyes electorales federales o locales, éstas deberán publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, aclarándose que durante el mismo no podrán realizarse modificaciones legales fundamentales a dichos ordenamientos normativos.

CAPÍTULO QUINTO
LA NECESARIA RESTRUCTURACIÓN DE LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE CONTROL DE
LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y DISPOSICIONES
GENERALES EN MÉXICO

5.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El objetivo de este capítulo, una vez analizado en el anterior la estructura constitucional y legal actual y el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, es llevar a cabo un estudio sobre las evidentes fallas estructurales en el diseño de este medio abstracto de control de la constitucionalidad así como de los errores funcionales del mismo mediante el análisis del procedimiento establecido legalmente para su aplicación, ya que este medio de control no es del todo eficaz ni corresponde al diseño de la mayoría de los medios de control de la constitucionalidad establecidos en abstracto para verificar la conformidad de las normas y disposiciones de carácter general con la Constitución, cuyo principal objetivo es la anulación de las mismas cuando contravienen lo dispuesto en el texto fundamental del Estado.

Indudablemente toda norma o disposición general posee un elemento genérico e intrínseco a su naturaleza: la abstracción, que aunado al de generalidad y permanencia permiten incluirlas por sus características dentro del género *normas jurídicas*, comprendiéndose en éste a la ley, acto de gobierno primario o elemental derivado del texto constitucional que fija la competencia de los órganos de gobierno y sus instituciones así como de las autoridades que los

integran, con el objetivo de que éstas cumplan con los fines del Estado propuestos por su Constitución.

Teniendo en cuenta que las normas generales son necesariamente normas de carácter jurídico, éstas deben mostrar una conformidad con las normas primarias que establece el texto constitucional en atención al principio de supremacía constitucional, con el fin de establecer un estado de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico existente, controlándose para tal efecto la constitucionalidad de la normatividad derivada (normas secundarias) que resulten ser anticonstitucionales o inconstitucionales y que puedan vulnerar la supremacía del ordenamiento constitucional con el objeto de garantizarlo y hacer prevalecer un estado de conformidad de todo el ordenamiento jurídico estatal con la Constitución.

Partiendo de estas consideraciones, el control abstracto de la constitucionalidad de normas generales en nuestro país resulta ineficaz, pues actualmente la posibilidad de controlar toda clase de normas o disposiciones de carácter general o de actos que contengan la misma naturaleza de la ley no pueden verificarse ni corregirse los efectos generados aun cuando sean contrarios a la Constitución, por lo que partiendo de la idea de un objeto de control restringido constitucional y legalmente, de la errónea estructuración de los sujetos facultados para interponer el medio abstracto de control de la constitucionalidad de normas y de los demás defectos estructurales y funcionales de este medio de control deben corregirse éstos mediante una reforma al texto constitucional y legal reglamentario, a fin de transformar a la acción de inconstitucionalidad en un medio eficaz de protección de la Constitución.

Establecido el propósito del presente capítulo, daremos inicio al estudio de las deficiencias estructurales y funcionales tanto a nivel constitucional como legal reglamentario del diseño de la acción de inconstitucionalidad en México.

5.2 Normas y disposiciones de carácter general no sujetas a control abstracto de la constitucionalidad, vía acción de inconstitucionalidad en México.

Recordemos que la fracción II del artículo 105 constitucional prevé la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia controle la constitucionalidad de una "norma de carácter general". Sin embargo, de la lectura de los diversos incisos que establece dicha fracción se advierte que las únicas normas cuya constitucionalidad puede verificarse son las leyes y tratados internacionales.

El hecho de que la segunda fracción del artículo 105 constitucional establezca un enunciado genérico de procedencia de la acción de inconstitucionalidad respecto de "*normas generales*" no implica que en realidad dicho medio de control de la constitucionalidad proceda contra toda clase de normas de carácter general. En efecto, por una parte el encabezado se refiere a *normas de carácter general*, y por la otra, en sus incisos se restringe el enunciado genérico al establecerse de manera limitativa que la acción de inconstitucionalidad, como medio de control abstracto de la constitucionalidad, será procedente únicamente para verificar la constitucionalidad de leyes (federales o locales) y tratados internacionales.

Por ello, consideramos un desacierto legislativo que en el propio texto constitucional sean consideradas como normas

generales tan sólo a las leyes y tratados internacionales, pues si bien lo son, no son las únicas normas de carácter general previstas constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual muestra la deficiente estructuración de la acción de inconstitucionalidad al restringirse su aplicación a dos especies de normas generales si partimos de la idea de que el género *norma general*⁴²² abarca a más especies, como es el caso de reglamentos autónomos y subordinados (artículos 21 y 81, fracción I constitucionales) así como disposiciones generales que poseen la cualidad de tener fuerza de ley, que por delegación extraordinaria y excepcional del Congreso de la Unión puede aprobar el Ejecutivo en las dos hipótesis contempladas en los artículos 29 (situaciones de emergencia: casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, 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 texto constitucional.

Además, resultan igualmente excluidas las normas con fuerza de ley o disposiciones de carácter general que los gobernadores de las entidades federativas puedan emitir en ejercicio de las facultades extraordinarias que les hayan podido ser otorgadas a estos efectos por las legislaturas estatales,⁴²³ aclarándose que éstas no son las únicas normas y disposiciones de carácter general que existen en nuestro país que no pueden someterse a control de su constitucionalidad.

⁴²² Debe entenderse ésta como norma jurídica, ya sea norma constitucional o primaria, o bien, norma legal o secundaria, pues las normas sujetas a control de la constitucionalidad vía acción de inconstitucionalidad, no pueden ser otras que aquellas que posean la cualidad de ser *generales y abstractas*, como es el caso de las normas jurídicas, especie que no sólo incluye las normas legales ordinarias, sino también las constitucionales por ser éstas el origen y fundamento de aquéllas.

⁴²³ Véase COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, p. 302 y BRAGE C'AMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad...* p.137

Queda claro que para los autores de la reforma del artículo 105 constitucional las únicas normas generales que existen son las leyes y los tratados internacionales. Esta idea influyó en el diseño de la acción de inconstitucionalidad dejando fuera del control abstracto de la constitucionalidad una amplia cantidad de normas generales e impidiendo el control de su constitucionalidad por vía de acción, manifestándose en este sentido deficiencias estructurales y funcionales graves que han dificultado la protección objetiva del texto constitucional y del principio de supremacía constitucional, razón de ser de todo medio de control abstracto de la constitucionalidad.

Si tomamos en cuenta las consideraciones establecidas en otra parte de nuestra investigación respecto al principio de supremacía constitucional, y si partimos de la idea que el mismo establece la subordinación de todo el ordenamiento jurídico al texto constitucional por ser éste el origen y fundamento del mismo, todas y cada una de las normas jurídicas derivadas de éste aunadas a otras disposiciones de carácter general, deben mostrar una correspondencia con el ordenamiento constitucional. Por ello, en caso de mostrar inconformidad con lo establecido en el texto constitucional y contravenir lo dispuesto por el ordenamiento primario, deben someterse a un control abstracto de constitucionalidad para que sean corregidos los efectos anticonstitucionales o inconstitucionales producidos por la vigencia de la norma general, con la finalidad de garantizar la permanencia de un estado de conformidad de todo el ordenamiento jurídico estatal con la Constitución.⁴²⁴

⁴²⁴ Al respecto, cabe mencionar que Hans Kelsen basa su teoría de la regularidad con la Constitución en la estructura lógico formal de las normas, esto es, en los diversos grados de

En este sentido, el hecho de que sólo se prevea la posibilidad en nuestro país de controlar la constitucionalidad de las leyes en sentido formal y de los tratados internacionales mediante la acción de inconstitucionalidad, impide la anulación de cualesquier otra norma de carácter general y de sus efectos jurídicos aun cuando éstas cumplan con las características de toda norma jurídica, objeto de control de los medios de control de la constitucionalidad diseñados de manera abstracta para la tutela objetiva del texto constitucional, así como del principio de supremacía constitucional.

Recordemos que las normas jurídicas se caracterizan por ser:

- **Generales e impersonales.**- Esta característica se refiere a que en el supuesto jurídico de la norma legal no se determina individualmente al sujeto a quien se le imputarán las consecuencias jurídicas que la norma establece, sino que dichas consecuencias jurídicas deberán aplicarse a cualquier persona que actualice los supuestos previstos.⁴²⁵
- **Abstractas y permanentes.**- Si la generalidad se caracteriza por la indeterminación subjetiva, la abstracción se refiere a la indeterminación objetiva, es decir, la ley regula por igual a

normas jurídicas que existen desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, siendo estas normas personalizadas dictadas por juez competente. Para este autor austriaco, el sistema jurídico no es precisamente un conjunto de normas las cuales se encuentran horizontalmente, es decir, halladas en el mismo plano, sino por el contrario, significa una verdadera *pirámide* en la que cada una tiene una importancia diferente en relación con otras, y que de acuerdo a la supremacía de la que cada una está investida se derivara la validez de la norma inmediata inferior. GALEANA PELÁEZ, Alejandro. "El judicial review, el Tribunal Constitucional y la Ley Reglamentaria de la fracción I y II del artículo 105 de la Constitución" Oaxaca, México. Revista Jurídica de Posgrado. Año 4. Números 13-14. Enero-Junio, 1998. p. 71

⁴²⁵ *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo IV (F-L) México. Editorial Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002. p. 923.

todos los casos que impliquen la realización de su supuesto normativo sin excluir individualmente a ninguno, y la disposición que contiene no pierde su vigencia por haberse aplicado a uno o más casos previstos y determinados, sino que sobrevive hasta que es derogada mediante un procedimiento igual al de su creación o por una norma jerárquica superior.⁴²⁶ Es importante mencionar que la abstracción es enemiga de las normas jurídicas retroactivas, necesariamente concretas o individualizadas, como también es enemiga de las normas o leyes "a término", es decir, destinadas a agotarse en un tiempo breve, así como de la modificación demasiado frecuente de las normas jurídicas, incluidas por supuesto las leyes.⁴²⁷

- **Heterónomas.-** Por *heteronomía* debemos entender la sujeción a un querer ajeno y la renuncia a la facultad de autodeterminación normativa. En este orden de ideas, el legislador y el destinatario de la norma son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos que deben obedecerla.⁴²⁸ En consecuencia, corresponde al Estado crearlas con el fin de regular la convivencia pacífica de los miembros que integran la sociedad, por lo que su creación no queda sujeta a la voluntad de cada miembro de la sociedad sino de los órganos que conforman el ente estatal.
- **Obligatorias,** ya que su cumplimiento resulta necesario para todos los individuos que se encuentran dentro de la situación o hipótesis que la misma prevé o establece.

⁴²⁶ Ídem.

⁴²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)* pp. 29 y 30.

⁴²⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho* Decimosexta edición. Pr. Virgilio Domínguez. México, Editorial Porrúa, 1969, p. 22.

- **Coercibles**, debido a que el cumplimiento de éstas no queda a la voluntad de los individuos a los que va dirigida, por lo que de no cumplirse con lo dispuesto en el supuesto normativo, existe una fuerza pública del Estado que permite hacer efectivo su cumplimiento aun en contra de la voluntad de sus destinatarios. Para entender cabalmente el alcance de este elemento característico de toda norma jurídica es necesario distinguir los términos coercibilidad, sanción y coacción. Por *coercibilidad* debemos entender aquella nota lógica o característica de la norma jurídica, consistente en que el precepto enlaza una sanción a la realización de un determinado supuesto jurídico; por *sanción*, la consecuencia de derecho o efecto jurídico que puede ser interpretado como una reacción de la comunidad política en relación con el autor del supuesto; y por *coacción*, la ejecución forzada de la sanción con respecto del realizador del acto antijurídico, del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente.⁴²⁹

En este orden de ideas, no sólo las leyes formalmente tales y los tratados internacionales deben ser considerados como normas generales, pues no son las únicas normas y disposiciones de carácter general que contienen las cualidades anteriormente descritas. Por tal motivo, resulta conveniente establecer a continuación cuáles son las normas y disposiciones generales que no pueden someterse a control de la constitucionalidad en nuestro actual sistema de control, no obstante poseer las características enunciadas.

⁴²⁹ OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del derecho*. México, Editorial Duro, 1990, p. 97

Las normas y disposiciones generales cuya constitucionalidad no puede ser controlada,⁴³⁰ son las siguientes:

1. Reglamentos subordinados a las leyes federales con relación a la Constitución Federal⁴³¹;
2. Reglamentos subordinados emitidos por los gobernadores de las entidades federativas;
3. Reglamentos autónomos emitidos por autoridades administrativas locales;
4. Reglamentos autónomos de las autoridades municipales;
5. Decretos, acuerdos y actos con fuerza de ley, federales o locales, como es el caso entre otros de:

⁴³⁰ Véase al respecto ARTEAGA NAVA, Elsur. *Tratado de Derecho Constitucional* Volumen 4. México. Oxford University Press, 2000. pp. 1410 a 1412; COVIAN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, pp. 302, 303 y 332; y BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad...* p.137 a 139 y 157 a 166.

⁴³¹ Es importante mencionar que de conformidad con el principio de supremacía constitucional debe guardarse una relación jerárquica, vertical y directa entre el reglamento y la ley, así como de éstas con el texto constitucional. Por ende, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes pueden concebirse como verdaderas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales y, en consecuencia, las garantías establecidas por las normas constitucionales se constituyen como bases sólidas para cuidar la perfecta armonía entre las leyes secundarias y el texto fundamental. 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 o parlamento preexistente y que únicamente detallan, desarrollan y 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 o parlamento para que puedan ser dictados. GALEANA PELÁEZ. Op. cit. pp. 71 y 72. Actualmente, la constitucionalidad de los reglamentos no puede ser controlada en nuestro país mediante la acción de inconstitucionalidad sino únicamente a través del amparo, mismo que no permite anularlos en definitiva no obstante su evidente anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad sino únicamente con alcances particulares, lo cual demuestra evidentemente el desconocimiento en el diseño de medios de control de la constitucionalidad por parte de nuestros legisladores pues, como lo hemos establecido en otra parte de este trabajo de investigación, si la naturaleza del acto que pretende ser sometido a control de constitucionalidad es general -como es el caso de cualquier reglamento- consecuentemente los efectos de la sentencia emitida por el órgano controlante deberán ser generales, debiendo anularse dicha norma general, incluidos los efectos jurídicos producidos.

- Decretos-ley expedidos por el presidente de la República, ya que no es factible que mediante la acción de inconstitucionalidad se impugnen las leyes que emite el titular del ejecutivo federal en ejercicio de facultades extraordinarias o con base en el artículo 131 constitucional, tal y como anteriormente lo hemos mencionado, pues es posible que ese funcionario en uso de éstas contrarie la Constitución, emitiendo, por ejemplo, una ley en relación con materias cuya regulación no le haya conferido el Congreso de la Unión, y para cuestionar esa clase de leyes irregulares sólo quede la vía limitada del amparo, subsistiendo los efectos de dichas leyes extraordinarias al anularse con alcances particulares y no de manera general y definitiva.
- Decretos de reforma y adiciones a la Constitución Federal por anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad *formal* por no llevarse a cabo conforme al procedimiento previsto por el artículo 135 constitucional, o bien, *material* cuando el contenido de la reforma contravenga sustancialmente una o más disposiciones vigentes del texto constitucional. Cabe mencionar que la anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad material puede darse también por contravención a los *límites implícitos* que son aquéllos que la Constitución no establece expresamente pero que se deducen claramente como imposiciones del poder constituyente en el texto constitucional, y que son conocidos en la teoría constitucional como *decisiones políticas fundamentales*; éstas se encuentran "implícitas" en cada norma constitucional (Carl Schmitt).
- Las normas con fuerza de ley o disposiciones de carácter general que los gobernadores de las entidades federativas puedan emitir en ejercicio de las facultades extraordinarias

que les hayan podido ser otorgadas a estos efectos por las legislaturas estatales.

- El presupuesto federal de egresos aprobado por la cámara de diputados.
- Las disposiciones de naturaleza general y de carácter obligatorio que emita el consejo de salubridad general en ejercicio de la atribución que para él deriva de la fracción XVI del artículo 73 constitucional.

Evidentemente todas y cada una de las normas y disposiciones anteriormente enunciadas poseen las características inherentes a toda norma jurídica. Por ello, resulta incomprensible que no hayan sido consideradas en el clausulado propuesto por la segunda fracción del artículo 105 constitucional.

Consideramos que la solución a la titánica labor de enumerar todas y cada una de las normas y disposiciones de carácter general existentes para especificar el objeto de control abstracto de constitucionalidad en nuestro país, hubiese sido que nuestros legisladores dejaran abierta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de todas esas normas y disposiciones generales empleando solamente un enunciado general como el establecido en el primer párrafo de la segunda fracción del artículo 105 constitucional, que establece que el objeto de la acción de inconstitucionalidad será "plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución", lo cual hubiera evitado restringir el ámbito de control de la constitucionalidad únicamente a las normas señaladas en los diversos incisos del artículo y fracción en comento, previéndose de manera general los supuestos normativos de verificación y ampliándose con ello cuantitativamente

el objeto de control abstracto de constitucionalidad en nuestro país, mejorando cualitativamente el diseño estructural y funcional de la acción de inconstitucionalidad al contemplarse la posibilidad de controlar toda clase de normas y disposiciones cuya generalidad, impersonalidad, abstracción, permanencia, heteronomía, obligatoriedad y coercibilidad mostraran inconformidad con el texto constitucional.

Lo grave es que esta deficiencia estructural no sólo no ha sido percibida por nuestros legisladores, sino que incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano competente para realizar la interpretación de la normatividad vigente en nuestro ordenamiento jurídico incluida por supuesto la normatividad constitucional con el fin de subsanar las posibles omisiones en que incurra el legislador y dar certeza y seguridad jurídica, no ha corregido este evidente error. Consideramos que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano especializado del Poder Judicial de la Federación en materia constitucional, interpretar aquellas normas constitucionales de las cuales pudiera haber duda respecto de su alcance y determinarlo, debiendo en este sentido aclarar la contradicción existente entre el enunciado "normas de carácter general" y las normas específicas establecidas por la segunda fracción del artículo 105 constitucional, determinado cuáles normas deben entenderse comprendidas por el enunciado, o bien, establecer las características generales que deben cumplir las normas para poder ser consideradas como objeto de control de la acción de inconstitucionalidad.

En este sentido, consideramos que como órgano especializado y con competencia exclusiva en cuestiones de

constitucionalidad, en su calidad de máximo intérprete del texto constitucional, corresponde al mismo determinar el alcance del concepto "norma de carácter general" previsto en el multicitado artículo 105 constitucional a fin de subsanar la errónea restricción respecto de las normas sujetas a control establecida en los diversos incisos que conforman la segunda fracción de precepto en comento, mejorándose con ello el diseño estructural respecto al ámbito de validez de las normas sometidas al control de constitucionalidad y, por ende, la eficacia del control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha cumplido con su función de máximo intérprete del texto constitucional, ya que a pesar de ser competente para interpretar la normatividad constitucional, ha interpretado de manera contradictoria el término "norma de carácter general" establecido en la segunda fracción del artículo 105 constitucional. El Pleno de este órgano colegiado ha sostenido la tesis de jurisprudencia P./J.22/99, visible en la página 257 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de abril de 1999, que al texto es como sigue:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES. Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general: b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de

inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.

Acción de inconstitucionalidad 4/98. Sergio Manuel Aguilera Gómez y otros, en su carácter de diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 28 de mayo de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarios: Guadalupe M. Ortiz Blanco y Miguel Angel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinticinco de marzo en curso, aprobó, con el número 22/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve.

Asimismo ha sostenido la tesis de jurisprudencia P./J.16/2001, visible en la página 447 del Tomo XIII del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de marzo de 2001, cuyo rubro y texto enseguida se transcriben:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano judicial competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad con el objeto de resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales, y la Constitución Federal. Ahora bien, de lo anterior no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se desprende que exista razón alguna para hacerlo así: antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad

procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos. Además, estimar que las Constituciones de los Estados de la República no pueden ser analizadas por esta vía, implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución Federal, lo cual es inadmisibles, pues conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones "en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal" Por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución estableció la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto, con el objeto de analizar la regularidad de las normas generales subordinadas al Pacto Federal, y entre éstas se encuentran expresamente las Constituciones Locales, es claro que sí procede la vía de referencia.

Acción de inconstitucionalidad 9/2001. Diputados integrantes de la LVII Legislatura del Estado de Tabasco. 8 de marzo de 2001. Once votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón y Martín Adolfo Santos Pérez.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy ocho de marzo en curso, aprobó, con el número 16/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a ocho de marzo de dos mil uno.

Obsérvese que existe una evidente contradicción de criterios, ya que en la primera jurisprudencia se confirma la restricción respecto del alcance del término normas de carácter general a las leyes en sentido formal (federales o locales) y a los tratados internacionales establecida en la segunda fracción del artículo 105 constitucional, mientras que en el segundo criterio jurisprudencial se considera como normas de carácter general a las constituciones locales, lo cual en nuestra opinión resulta incoherente, ya que si la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el concepto "normas de carácter general" establecido en dicho precepto constitucional debió haberlo hecho de manera integral, haciendo extensivo el criterio más reciente a todas las normas que cumplieran con las características de abstracción y generalidad y que actualmente no pueden someterse a la verificación de su conformidad con la Constitución mexicana, o bien, establecer de manera genérica lo que debe entenderse por norma de carácter

general con el fin de controlar la constitucionalidad todas aquellas normas o disposiciones que puedan contravenir el ordenamiento constitucional, anulándolas y destruyendo sus efectos anticonstitucionales para garantizar un estado de conformidad constitucional de todo el ordenamiento jurídico derivado y, por ende, la protección eficaz de la Constitución.

Por tal motivo, consideramos que debe hacerse extensivo el concepto de "normas de carácter general" a todas las normas, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley que hemos mencionado con anterioridad pues las mismas cumplen con las características inherentes a toda norma jurídica.⁴³² Además, es la propia Suprema Corte la que confirma la posibilidad de controlar las normas y disposiciones que poseen la cualidad de ser abstractas y generales, al considerar en su segundo criterio jurisprudencial que *"...no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se desprende que exista razón alguna para hacerlo así; antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos."*

No obstante el establecimiento de un concepto de norma general en esta tesis jurisprudencial, éste resulta incompleto por no comprender la generalidad de normas y disposiciones que pueden ser consideradas como objeto de control abstracto de la

⁴³² Vid supra. p.

constitucionalidad, pues deben entenderse como normas y disposiciones de carácter general y abstracto no sólo las que provengan de los órganos legislativos sino también las emitidas por los órganos ejecutivos, federales y locales, así como a todas aquellas que cumplan con las características de "generalidad" y "abstracción", ya que si bien muchas de esas normas y disposiciones de carácter general pueden ser controladas vía juicio de amparo, éste no tiene cabida para toda clase de infracciones constitucionales al proceder únicamente en los casos que prevé el artículo 103 constitucional, y por tanto, la idea de la ampliación del alcance protector respecto al total de la Constitución revela la necesidad de una tutela objetiva e integral del orden constitucional establecido, por lo que una adecuada reforma al objeto de control previsto tanto a nivel constitucional como legal reglamentario contribuiría con el fin de proteger el texto constitucional y el principio de supremacía constitucional, objetivo inherente a todo medio que pretenda en abstracto controlar la constitucionalidad de las leyes, normas, disposiciones y actos con fuerza de ley.

Por esta razón, podemos concluir que las normas y disposiciones generales no sujetas a control abstracto de la constitucionalidad -al igual que otras normas generales como son las leyes, tratados internacionales y constituciones locales- deben incluirse en el objeto de control de la acción de inconstitucionalidad en México por ser evidentemente especies del género "norma general", siendo necesaria una reforma a nivel constitucional y legal reglamentario con la finalidad de que pueda controlarse la constitucionalidad de las mismas a partir de su vigencia en el ordenamiento jurídico estatal.

5.3 Elementos a considerar para una posible reestructuración de la acción de inconstitucionalidad en México

5.3.1 Legitimación restringida a ciertos órganos constituidos y dependencias para promover la acción de inconstitucionalidad.

a) Legitimación a fracciones de órganos legislativos federales, estatales y del Distrito Federal para promover la acción de inconstitucionalidad.

La segunda fracción del artículo 105 constitucional otorga legitimación a un porcentaje de los miembros de los órganos legislativos para promover la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, legitimando 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 dicho congreso federal, salvo el caso de la Cámara de Senadores quienes además están facultados para promover la inconstitucionalidad de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; y por otro lado, reconoce legitimación al equivalente al *treinta y tres por ciento* de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, incluida por supuesto la Asamblea Legislativa del Distrito Federal respecto de las leyes aprobadas por el órgano legislativo al que en cada caso pertenezcan.

El establecimiento a nivel constitucional de un porcentaje reducido para promover en abstracto el control de la constitucionalidad de las normas constituye una protección de las minorías parlamentarias, pues como 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.*⁴³³

Es importante mencionar que la protección de las minorías es el principio al que trata de responder la legitimación prevista por la fracción segunda del multicitado artículo 105 constitucional. Sin embargo, resulta discutible que tal objetivo pueda lograrse de manera eficaz si se requiere que la acción de inconstitucionalidad sea promovida por un tercio de los miembros de la cámara legislativa que expidió la norma impugnada, porcentaje demasiado elevado si se toma en cuenta que de atenderse al treinta y tres por ciento requerido para promover la acción de inconstitucionalidad, puede darse el caso de que ese porcentaje represente un porcentaje mayor que aquél con el que se aprobó o en su caso podría haberse aprobado la ley cuya constitucionalidad está siendo impugnada, ya que el quórum exigido para quedar válidamente constituidas las cámaras del Congreso de la Unión es de las dos terceras partes en la de Senadores y de mitad más uno en la de Diputados, y la mayoría parlamentaria requerida para aprobar las leyes se fija con relación a los miembros presentes.

Debido al excesivo porcentaje requerido, el supuesto de procedencia de la acción de inconstitucionalidad conlleva a un resultado absurdo, pues para impugnar una ley se requiere una mayoría superior a la establecida para aprobarla y, por consiguiente, también a la necesaria para derogarla. En este sentido, a los grupos parlamentarios que conforman el Congreso General les resulta más

⁴³³ BRAGE. Op. cit, p.113.

difícil impugnar una ley presuntamente inconstitucional mediante este medio abstracto de control de la constitucionalidad que derogarla lisa y llanamente, ya que para ello se requiere un mayor número de miembros del órgano legislativo legitimado para promover la acción de inconstitucionalidad que para cumplir con su función legislativa. Por ello, resulta poco viable el que pueda promoverse una acción de inconstitucionalidad para cuestionar una norma de carácter general, pues evidentemente existen serios problemas para siquiera reunir el quórum requerido constitucionalmente y dar inicio al juicio de constitucionalidad, lo cual hace pensar, inclusive, que para poder promover una acción de inconstitucionalidad en contra de una norma general --ley, tratado internacional o constitución local de acuerdo con el actual criterio de procedencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación--, tendrían que construirse coaliciones entre dos o más grupos parlamentarios para poder impugnarla.

Como puede observarse, todos los elementos anteriormente analizados demuestran la dificultad que existe actualmente para interponer una acción de inconstitucionalidad, ya que generalmente una ley se aprueba por consensos de dos o tres partidos políticos mayoritarios (PRI y PAN, o bien, PAN y PRD como generalmente sucede) por lo que evidentemente resulta necesario reducir el porcentaje de los integrantes de los órganos legislativos legitimados para no dejar indefensa a la minoría parlamentaria que considere que una ley contraviene uno o más preceptos del texto constitucional, pues la necesidad de conformar coaliciones constituyen composiciones que llevan implícitos acuerdos e intereses meramente políticos, lo que subordina el proceso de control de la constitucionalidad a una componenda partidaria que

desafortunadamente es necesaria para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad.

Partiendo de las observaciones anteriores, consideramos necesario reducir el porcentaje de los miembros de los órganos legislativos legitimados actualmente en el texto constitucional con la finalidad de que cada grupo parlamentario por sí mismo, o bien, un número realmente reducido de legisladores, cualquiera que sea su afiliación partidista, puedan promover una acción de inconstitucionalidad en contra de las normas y disposiciones de carácter general que contravengan la Constitución y el principio de supremacía derivado de ésta.

En este orden de ideas, lo conveniente sería que la minoría de los legisladores que pudiera plantear la acción de inconstitucionalidad fuera de un 20% de los miembros de cada órgano legislativo, pues éste es el promedio que normalmente está establecido en los sistemas de control más avanzados de Europa (como es el caso de España y Alemania que han sido analizados en otra parte de nuestra investigación) y que permite que el control abstracto de normas y disposiciones generales funcione con regularidad y eficacia no obstante la composición partidista fragmentada en los distintos parlamentos europeos, atribuyéndose a la minoría legislativa el derecho de cuestionar la norma de carácter general aprobada por la mayoría.

Este último criterio resulta perfectamente aplicable a nuestro país, pues actualmente se presenta una evidente dispersión legislativa al interior no sólo de nuestro Congreso federal sino inclusive al interior de las distintas legislaturas estatales, ya que al

integrarse por grupos parlamentarios de distintos partidos políticos los cuales por sí mismos no constituyen la mayoría de los miembros que integran los órganos legislativos, evidencia la necesidad de reducir dicho porcentaje, evitándose con ello coaliciones partidarias y, por ende, componendas de carácter político para obtener el porcentaje constitucionalmente requerido para interponer el control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país.

Por ello, para mejorar cualitativamente la estructura de la acción de inconstitucionalidad creemos conveniente disminuir el porcentaje establecido constitucionalmente, ya que debe partirse de la idea de que una minoría de los legisladores legitimados para ejercer este medio abstracto de control de la constitucionalidad pueda poner en movimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la finalidad de que verifique la conformidad entre una norma general y la Constitución. Si no se determina un número o porcentaje razonablemente alcanzable para que la minoría disidente impugne la norma o disposición general adoptada por la mayoría, simplemente se hace inoperante la acción de inconstitucionalidad, incumplándose la finalidad de todo proceso constitucional: la tutela o protección de la Constitución.

Cabe agregar que otro grave error estructural en el diseño de la acción de inconstitucionalidad en cuanto a la legitimación de los órganos legislativos federales y locales para promoverla, es que solamente una minoría de los integrantes del mismo órgano del que emana la ley o que ratifica el tratado internacional puede ejercitar la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia para que sea verificada su constitucionalidad.

Esto significa que las leyes que emite el Congreso de la Unión sólo pueden ser controvertidas por los diputados federales y por los senadores; las que provienen de los congresos locales, incluida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, únicamente por los miembros de dichos órganos legislativos de los cuales emanan; y en el caso de los tratados internacionales que aprueba la cámara de senadores, solamente por los miembros que la integran. Luego entonces, si los diputados federales percibieran que un tratado internacional vulnera la Constitución mexicana, no podrían pedirle a la Suprema Corte que verificara su constitucionalidad porque la cámara de la que forman parte no es competente para ratificar los tratados. Asimismo, si una legislatura estatal percibiera que una ley de carácter federal vulnera el texto constitucional, no podrían denunciar la posible anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha ley, ya que sólo están autorizados constitucional y legalmente para promover una acción de inconstitucionalidad respecto a las leyes emitidas por ellas, incluyéndose en este supuesto a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Como puede apreciarse, la segunda fracción del artículo 105 constitucional no prevé la posibilidad de que un órgano legislativo cuestione la constitucionalidad de una norma general emanada de otro, lo cual resulta ilógico en el caso de medios de control de la constitucionalidad diseñados en abstracto para la protección de la Constitución de todas aquellas normas y disposiciones generales que puedan vulnerarla como consecuencia de su anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad.

Las evidentes fallas estructurales en el diseño de la acción de inconstitucionalidad nos hacen pensar que los responsables del

mismo desconocían la estructura y finalidad de los medios abstractos de control de la constitucionalidad, pues parece que no sólo no entendieron que el objeto de control debía abarcar cualquier norma o disposición de carácter general, sino que respecto de los sujetos autorizados para promover el medio de control de la constitucionalidad también se cometieron errores graves al considerar que los legitimados para promoverlo tienen un *interés jurídico* que justifica su intervención ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior resulta lógico si se observa que la mayoría de las disposiciones que regulan el procedimiento de este medio de control de la constitucionalidad de normas generales fueron diseñadas partiendo del amparo en el cual debe acreditarse un daño o lesión al promovente por un acto de autoridad de sus derechos, esto es, su interés jurídico para interponerlo. Esta afirmación queda confirmada de la lectura de la segunda fracción del artículo 105 constitucional en la que se puede apreciar que los órganos legislativos deben acreditar que la ley que se impugna emana de ellos, pues de lo contrario la acción de inconstitucionalidad resultará improcedente. Al parecer se parte del supuesto que si un órgano legislativo de una entidad federativa cuestiona la constitucionalidad de una norma general sin recibir ningún menoscabo en su autonomía, es decir, sin ninguna justificación para hacerlo (interés jurídico subjetivo), "*invade y compromete la autonomía del órgano que emitió la ley.*"

En consecuencia, solamente puede cuestionar la constitucionalidad de una norma de carácter general el órgano que tiene el *interés jurídico* en hacerlo, del cual carecen las demás cámaras locales o federales y todos los órganos o dependencias

ajenos a la realización de este acto. Por ello, ante la falta de una lesión o de un agravio concreto y directo producto de una norma general y, consecuentemente, ante la ausencia de un interés jurídico que fundamente el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad (todos ellos principios, elementos y conceptos relativos al juicio de amparo) por un órgano legislativo diferente al que aprobó la norma, solamente podrá ejercerla una minoría de integrantes del órgano legislativo del cual haya emanado la norma cuestionada que pueda verse afectada con la emisión de la norma general.

Estas consideraciones resultan absurdas pues la finalidad de todo medio abstracto de control de la constitucionalidad es proteger de manera "objetiva" el texto constitucional, por lo que atender a un criterio de protección subjetiva, esto es, en relación al interés jurídico de los promoventes, tuerce la naturaleza y finalidad de la acción de inconstitucionalidad. En este orden de ideas, cualquier órgano legislativo autorizado para promover este medio de control de constitucionalidad debe estarlo respecto de cualquier norma o disposición que cumpla con las características de generalidad, impersonalidad, abstracción, permanencia, heteronomía, obligatoriedad y coercibilidad, emanen o no de dicho órgano, pues su fin es controlar la constitucionalidad de aquellas normas de carácter general que puedan vulnerar la Constitución del Estado mexicano, debiéndose corregir estas fallas estructurales tanto a nivel constitucional como a nivel legal reglamentario con el fin de mejorar el diseño estructural y funcional (aplicación y procedimiento de control) de este medio abstracto de control de la constitucionalidad en México.

b) Legitimación del Procurador General de la República para promover la acción de inconstitucionalidad en México.

La legitimación que se concede al procurador general es la más amplia de las contempladas en la segunda fracción del artículo 105 constitucional en razón del objeto de control debido a que se le reconoce la facultad para impugnar la constitucionalidad tanto las leyes federales como también las estatales y las del Distrito Federal (incluidas las electorales), incluso de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. En consecuencia, no hay ley ni tratado internacional que no pueda ser impugnado por el procurador general de la República, lo que contrasta fuertemente con el objeto de impugnación por parte de los otros legitimados quienes sólo pueden impugnar leyes federales (Cámara de Diputados); leyes federales y tratados internacionales (Cámara de Senadores); leyes electorales federales o estatales (partidos políticos), o bien, leyes de una entidad federativa (Legislaturas locales). Todas ellas sin excepción, pueden en cambio ser impugnadas por el procurador general de la República.

Antes de explicar el fundamento y justificación de esta amplísima facultad en materia de control abstracto de la constitucionalidad del procurador general de la República, consideramos necesario analizar la situación actual de este funcionario con el fin de establecer si verdaderamente debe o no ser parte en todos los juicios de acción de inconstitucionalidad.

Aunque formalmente en México la Procuraduría General de la República ya no está inserta en el ámbito de la Administración

Pública Federal,⁴³⁴ el procurador es nombrado por el presidente de la República con aprobación de la cámara de senadores, *pudiendo ser removido libremente por el titular del órgano ejecutivo federal*, lo que demuestra la dependencia e incluso subordinación del procurador general hacia el presidente de la República.⁴³⁵

De conformidad con el texto constitucional, el procurador general de la República es la persona que está al frente del Ministerio Público de la Federación y que es designada por el Titular del Ejecutivo, esto es, por el presidente de la República, y si bien es cierto que para ese nombramiento se precisa la *ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente*, no lo es menos que *podrá ser removido libremente por el ejecutivo*, tal y como expresamente lo señala el apartado A del artículo 102 constitucional, determinación esta última de gran importancia para confirmar la dependencia del procurador. De esta regulación se desprende que la Procuraduría General es un cargo de confianza en cuanto que su nombramiento corresponde hacerlo al presidente de la

⁴³⁴ De conformidad con el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República ya no forma parte de la Administración Pública Centralizada Federal, pues ésta no se encuentra señalada en la lista de dependencias del órgano ejecutivo federal prevista por este artículo y establecidas para el auxiliarlo en el despacho de asuntos del orden administrativo federal.

⁴³⁵ "Art. 76.- Son facultades exclusivas del Senado:

I.-

II.- Ratificar los nombramientos que el mismo funcionario haga del Procurador General de la República. . . en los términos que la ley disponga. . . "

"Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

...

IX.- Designar, con ratificación del Senado, al Procurador General. . . "

"Art. 102.- A.- La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. . . El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo. El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución. . . "

República, así como también por la facultad atribuida a este último para destituirlo de manera discrecional en cualquier momento, sin que para ello requiera de la aprobación del Senado.⁴³⁶

Esta situación evidentemente influye en la legitimación otorgada al procurador general para promover la acción de inconstitucionalidad, por lo que su promoción dependerá, en este sentido, de la aprobación del titular del ejecutivo, pues el ejercicio independiente de esta atribución constitucionalmente conferida al procurador general de la República puede conllevar la destitución o remoción de su cargo. En consecuencia, la dependencia del procurador general respecto del ejecutivo conduce a un resultado que cabría calificar como "disfuncional", ya que no puede calificarse de otra manera el hecho de que se otorgue legitimación para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales o tratados internacionales a quien en último término depende pura y simplemente de quien es responsable último de unas y otras: el presidente de la República.

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 las funciones inherentes a su cargo --incluida como atribución básica la promoción de la acción de inconstitucionalidad contra las normas generales señaladas en el artículo 105 constitucional--, misma que de realizarse en estas

⁴³⁶ BRAGE. Op. cit. p. 122 y ss

condiciones y sin consultar al presidente de la República, sería motivo suficiente para justificar su remoción.

Esta atribución del titular del órgano ejecutivo federal no es más que una de las consecuencias de nuestro sistema presidencialista. Efectivamente, el sistema presidencialista fortalece la figura del presidente de la República, situación que conlleva a que éste influya directamente en la actividad de las instituciones y dependencias que integran el órgano que encabeza y que se encuentran a su cargo, circunstancia que repercute en la Procuraduría General de la República y su titular cuya continuidad en su cargo depende del titular del ejecutivo federal por disposición constitucional. En este sentido, la idea de "independencia" de este funcionario respecto del presidente de la República resulta inaplicable para el caso de su intervención en los juicios de acción de inconstitucionalidad, debido a la facultad discrecional de remoción que posee este último sobre aquél.

En este orden de ideas, resulta absurdo que el procurador cuestione ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la constitucionalidad de un tratado internacional concertado por el presidente y ratificado por el senado, pues es obvio que al hacerlo será removido de su puesto por el titular del ejecutivo federal y no podría continuar siendo parte en el juicio de constitucionalidad, ya que frecuentemente (si no es que en todos los casos) existe la voluntad presidencial de que los tratados internacionales sean aprobados.⁴³⁷

⁴³⁷ Ibidem, p. 120.

Esta situación permite concluir que en materia de tratados internacionales, el inciso c) de la segunda fracción del artículo 105 constitucional que legitima al procurador general de la República como parte en las acciones de inconstitucionalidad, no será aplicado para controlar la constitucionalidad de aquéllos tratados en los cuales tenga especial interés el presidente de la República.

Respecto de las leyes federales su situación no es más afortunada que en el caso de los tratados internacionales puesto que la impugnación de una ley federal por el procurador general de la República implica un ataque directo a una voluntad política clara del presidente de la República, por lo que resulta difícil que un procurador general esté dispuesto a jugar esa carta al no estar garantizada su independencia respecto del ejecutivo, confirmándose con ello que la legitimación del procurador general de la República, al ser un funcionario dependiente del titular del órgano ejecutivo federal, queda reducida poco menos que a nada si se toma en cuenta que casi todas las leyes, y desde luego las más importantes, tienen su origen en la iniciativa presidencial, con lo cual se comprenderá que las leyes federales se hacen definitivamente en función del interés del presidente de la República. En este sentido, la dependencia respecto del órgano ejecutivo por parte del procurador supone que éste une, en principio, su suerte al buen servicio al presidente, y parece que este buen servicio incluye 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.

Si bien el procurador general de la República está impedido para interponer discrecionalmente la acción de inconstitucionalidad respecto de las leyes federales derivadas del órgano ejecutivo, no lo

está respecto de las leyes de carácter federal provenientes de las cámaras del órgano legislativo federal, pues en este caso la finalidad de la legitimación del procurador general de la República para interponer la acción de inconstitucionalidad es utilizada como instrumento para obstaculizar buena parte de las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión en las que no haya coincidencia interinstitucional.⁴³⁸

En cuanto a las leyes de las entidades federativas, consideramos que al no tener independencia del órgano ejecutivo, el ejercicio de la legitimación por parte del procurador general de la República para impugnar la constitucionalidad de las mismas será más probable en la medida que el partido a nivel federal no coincida con el partido mayoritario a nivel local, situación que se dará cada vez con más frecuencia en el futuro si no se legitima al titular del órgano ejecutivo para ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes federales y locales emanadas de los órganos legislativos correspondientes y mientras no se amplíe la legitimación de los órganos legislativos federales para impugnar las leyes derivadas de los órganos legislativos locales, y a las legislaturas locales para impugnar las normas de carácter general emanadas de las cámaras federales, con la finalidad de lograr un equilibrio estructural y funcional en la promoción de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país.

Como puede apreciarse, fue un grave error legitimar al procurador general de la República para promover la acción de inconstitucionalidad contra todas y cada una de las normas de carácter general previstas en el artículo 105 constitucional (leyes

⁴³⁸ Ídem, p.121

federales y locales, tratados internacionales y constituciones locales), pues resulta incomprensible que los órganos legislativos autorizados para promover la acción de inconstitucionalidad sólo puedan hacerlo respecto de las leyes que estos mismos expidan y que no puedan impugnar la inconstitucionalidad de todas y cada una de las normas de carácter general previstas en el artículo 105, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consideramos ilógico que el titular de una institución dependiente del órgano ejecutivo federal esté facultado para promover la acción de inconstitucionalidad en todos los casos y que el titular del órgano ejecutivo federal (presidente de la República) no hay sido legitimado para promoverla, siendo que lo correcto sería que fuera éste quien debiera promover la acción de inconstitucionalidad en nuestro país y no aquél, pues en países europeos con medios de control de la constitucionalidad diseñados en abstracto como España y Alemania, se faculta al presidente del gobierno y al gobierno federal respectivamente para ejercerlos mas nunca a dependencias gubernamentales. Luego entonces resulta ocioso legitimar al procurador general de la República cuando en todo caso quien decide contra qué normas de carácter general debe promoverse la acción de inconstitucionalidad es el propio presidente de la República, lo cual confirma la necesidad de legitimar a éste y no a aquél.

La única explicación que puede darse a la legitimación constitucional y legal del procurador para promover la acción de inconstitucionalidad es la siguiente: los responsables del diseño del medio abstracto de control de la constitucionalidad creyeron conveniente atribuir una legitimación amplia en función del objeto de

control al procurador debido a su carácter de *representante social*, calidad que no reunían los órganos constituidos ni las entidades federativas. Además decidieron otorgarle esta atribución por su supuesto interés jurídico para intervenir en las acciones de inconstitucionalidad y velar por el estado de constitucionalidad, lo que justificaba su intervención en el juicio de constitucionalidad. Ésta parece ser la razón principal de la intervención del procurador general de la República en los juicios de inconstitucionalidad; de no ser así no se entendería su inclusión en la segunda fracción del artículo 105 constitucional, ni mucho menos se justificaría su intervención en todos los casos.

Atendiendo a la necesidad del *interés jurídico* para la promoción de la acción de inconstitucionalidad puede advertirse la influencia en el diseño en este medio abstracto de control de la constitucionalidad del amparo, lo cual resulta evidentemente incorrecto ya que éste responde a un diseño estructural basado en la protección de derechos fundamentales, lo que justifica que los efectos del mismo sean particulares y concretos en atención al interés jurídico del promovente y del agravio personal y directo que éste sufre en su esfera jurídica, buscándose la reparación del daño personal, esto es, la protección individuo frente al Estado.

En este orden de ideas, la acción de inconstitucionalidad al ser un medio de control de la constitucionalidad diseñado en abstracto necesariamente sus efectos deben ser generales, pues su finalidad es la protección objetiva tanto de la Constitución como del principio de supremacía constitucional derivado de ella mas no de los derechos fundamentales de los gobernados, por lo que resulta incoherente basar el diseño estructural de este medio de control de la

constitucionalidad en un medio de control diseñado en concreto para la protección de los derechos fundamentales del individuo, cuyo objetivo primordial es reparar el daño ocasionado por los actos emanados de las autoridades administrativas, situación que confirma el grave error que se cometió al establecerse una legitimación activa en razón al interés jurídico de los promoventes, hipótesis perfectamente atribuible al procurador general de la República y demás sujetos autorizados para promover la acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, si el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad como medio de control de la constitucionalidad permite una amplia previsión de los sujetos legitimados para ejercerla, en países con sistemas de control de la constitucionalidad más avanzados y eficaces no se encuentra legitimado ningún funcionario, institución o dependencia equiparable al procurador general de la República, debido a que a través de los medios abstractos de control de la constitucionalidad no se protege un interés subjetivo (derechos fundamentales y su protección social por parte de algún funcionario que sea garante social de los mismos) sino un interés objetivo: la tutela o protección de la Constitución del Estado y su texto fundamental, por lo que resulta incorrecto partir del interés jurídico que en su caso pudieran tener los sujetos constitucionalmente legitimados para ejercer el control abstracto de la constitucionalidad.

En consecuencia, la idea de *interés jurídico* y *representación social* atribuidos al procurador general de la República no justifica su intervención en los juicios de acción de inconstitucionalidad en nuestro país por no ser el objetivo de la acción de

inconstitucionalidad la protección de derechos subjetivos públicos (derechos fundamentales), sino la protección objetiva de la Constitución y del principio de supremacía constitucional derivado de ésta (interés público objetivo).

Con lo expuesto hasta este momento podemos concluir que la Procuraduría General de la República es una institución o un organismo subordinado que forma parte del órgano ejecutivo federal, de tal suerte que no es un órgano constituido sino que está inserto en uno de ellos.⁴³⁹ Pese a lo que se diga en el caso de México, con base en una interpretación formal en el sentido de que la procuraduría ya no es parte de la administración pública federal y que por ende no aparece más como una de sus estructuras en la ley orgánica respectiva, el hecho es que sí sigue siendo parte del gobierno federal por dos razones fundamentales:

- El procurador es propuesto por el presidente de la República para su aprobación por el senado, y lo que es más importante, es removido libremente por él. Este funcionario recibe órdenes y cumple instrucciones del jefe del gobierno federal a quien está política y jurídicamente subordinado.

⁴³⁹ Las disposiciones conforme a las cuales el procurador es parte en todos los juicios de acción de inconstitucionalidad han confundido la naturaleza jurídica de la Procuraduría General de la República, pues esta institución pertenece a un órgano constituido, el órgano ejecutivo federal y no constituye por sí mismo un órgano constituido del estado (órganos cuya autonomía no tienen más límites que los que señalan la Constitución y las leyes). Por tanto, los órganos constituidos se caracterizan por no ser órganos subordinados a ningún otro (ejercen su competencia como instancia última), de tal suerte que la única instancia que tiene sobre sí y a la que están sujetos es precisamente el marco constitucional del que deriva su competencia, caso en el que evidentemente no se encuentra la Procuraduría General de la República en nuestro país, por ser una dependencia del órgano ejecutivo federal, que puede ser considerado como un órgano constituido del Estado mexicano. COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad...*, pp. 361 y 362.

- La función de procuración de justicia es una responsabilidad de gobierno en México y en cualquier país del mundo, de tal suerte que hace suponer que existe una vinculación en condiciones de supra-subordinación entre el jefe de gobierno (presidente de la República) y el funcionario encargado de cumplir con las responsabilidades inherentes a esa función (procurador general de la República).

En suma, la procuraduría general de la República es el órgano ejecutivo federal ejerciendo funciones de procuración de justicia, por lo que no se le debe concebir como un órgano constituido autónomo, pues sobre él no sólo están las normas constitucionales sino la autoridad del presidente de la República, razón más que suficiente para otorgarle legitimación activa al titular del órgano ejecutivo federal y no al titular de una de sus dependencias: Procuraduría General de la República, situación que confirma una vez más la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional y legal reglamentaria al diseño estructural de la acción de inconstitucionalidad respecto de los sujetos autorizados para promover dicho medio abstracto de control de la constitucionalidad en nuestro país.

c) Restricción a la legitimación de los partidos políticos para promover la acción de inconstitucionalidad: sólo leyes electorales

Recordemos que la reforma de 1996 al artículo 105 constitucional abrió la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la legislación electoral. Sin embargo, dicha reforma no fue del todo exitosa pues lejos de mejorar la estructura de la acción de inconstitucionalidad la desvirtuó al introducir nuevos sujetos

legitimados para promoverla: los partidos políticos nacionales y estatales.

El inciso f) inserto en la segunda fracción del artículo 105 constitucional prevé la posibilidad de que los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, puedan promover la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales federales o locales. Asimismo, legitima a los partidos políticos estatales con el fin de que por conducto de sus dirigencias estatales impugnen las leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa que les otorgó el registro.

Como puede apreciarse, nuevamente se incurre en el error señalado líneas atrás durante el análisis de la legitimación de los órganos legislativos estatales o federales y del procurador general de la República para promover la acción de inconstitucionalidad, ya que se legitima constitucionalmente a los partidos políticos nacionales y estatales para impugnar una ley en función de su *interés jurídico*: los partidos que cuenten con registro nacional podrán controvertir tanto leyes electorales de carácter federal como local, mientras que los que solamente tengan registro local podrán hacerlo exclusivamente con relación a las leyes de la entidad federativa en la que obtuvieron su registro.

En este sentido, se legitima a los partidos políticos en razón de un interés jurídico de permanencia de un estado de constitucionalidad de la legislación electoral, pues son ellos quienes participan en las elecciones y a quienes importa que el ordenamiento que rige los procesos dentro de las cuales ellos son protagonistas se

ajuste a lo establecido en el texto constitucional, salvaguardándose con ello sus derechos e intereses políticos y electorales.

Como puede apreciarse, nuevamente influye la institución del amparo en el diseño estructural y funcional de la acción de inconstitucionalidad pues se encuentra implícito en el diseño de este medio de control de la constitucionalidad de normas generales la "teoría del interés jurídico" en el texto de la segunda fracción del artículo 105 constitucional: solamente los partidos políticos con registro nacional pueden impugnar tanto las leyes electorales federales y locales (por regir ambos ordenamientos jurídicos los procesos en los cuales ellos participan al tener representación en todo el territorio nacional o en la mayoría de las entidades federativas) en tanto que los partidos políticos que cuentan únicamente con un registro local sólo podrán hacerlo respecto de las leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad en la cual hayan obtenido y conserven su registro.

Si bien no comprendemos el por qué de la legitimación de los partidos políticos para promover la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, partimos de la hipótesis de que el control abstracto de la constitucionalidad se caracteriza por ser el medio de control de la constitucionalidad en el que se presenta la legitimación más amplia para promoverlo (lo que no justifica la exclusión de otros sujetos y órganos constituidos como más adelante se verá). Consecuentemente, es absurdo que un partido político local esté impedido para promover una acción de inconstitucionalidad contra leyes electorales de carácter federal o bien, contra cualquier otra ley federal o local e incluso contra cualquier otra norma de características generales, pues, como hemos dicho con anterioridad,

el procedimiento de control abstracto de la constitucionalidad no atiende a la protección subjetiva de los sujetos legitimados sino a la protección objetiva del texto constitucional y del principio de supremacía constitucional.

En este orden de ideas, al estar legitimados los partidos políticos tanto nacionales como estatales para promover la acción de inconstitucionalidad resulta conveniente que el objeto de control se amplie y no se restrinja sólo a una especie de normas generales: las electorales, pues se incurriría en el mismo error cometido al diseñar este medio de control por los responsables del proyecto en el que se consideró que los sujetos facultados sólo pueden cuestionar la constitucionalidad de las normas generales en la cuáles tengan especial interés. El ámbito de impugnación de las normas generales debe ser amplia, amplia como los sujetos autorizados para promover el medio de control de la constitucionalidad diseñado en abstracto, por lo que el objeto de control debe abarcar cualquier norma o disposición de carácter general que contravenga el texto constitucional y, en este sentido, ser amplio el número de sujetos autorizados para ejercer el medio de control.

Sin embargo, el hecho de estar legitimados los partidos políticos nacionales y estatales en nuestro país no implica que sea lo correcto, pues consideramos indebido que exista un apartado especial en el que se regule la acción de inconstitucionalidad de leyes electorales y que asimismo legitime a los partidos políticos para ejercer las acciones de inconstitucionalidad respectivas, pues éstos se encuentran representados en los órganos legislativos facultados para emplear este medio de control de la constitucionalidad, por lo que su previsión y autorización constitucional para ser parte en los

juicios de acción de inconstitucionalidad, en nuestra opinión, resulta ociosa.

Confirma lo anterior el criterio jurisprudencial P./ J 27/99 sostenido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 253 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de abril de 1999, que al texto es como sigue:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SON LOS ÚNICOS QUE PUEDEN COMBATIR EN ESTA VÍA LEYES ELECTORALES.- Con motivo de la reforma al artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y seis, se suprimió la prohibición expresa que se contenía en el primer párrafo de la citada fracción, que impedía ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, con lo que se estableció un régimen genérico en virtud del cual las partes legitimadas a que se refiere la fracción II en todos sus incisos, pueden acudir a dicha vía para impugnar leyes electorales, sin más limitantes que las que los propios incisos establecen. Con esta reforma se adicionó el inciso f) y los dos párrafos siguientes a este inciso, del citado precepto constitucional, que autorizan a los partidos políticos a impugnar leyes electorales en esta vía y se establece que la única vía para plantear la contradicción entre este tipo de leyes y la Constitución, es la acción de inconstitucionalidad. La introducción de este inciso no significa que únicamente los partidos sean los que pueden impugnar leyes electorales, pues de ser así, el Poder Reformador expresamente lo hubiera señalado; y, el que enseguida del inciso se haya adicionado un párrafo en el que se establece que la única vía para impugnar leyes electorales por inconstitucionales lo sea la acción, tampoco implica que se refiera únicamente a los partidos políticos, pues tal disposición debe entenderse como parte del sistema general y no vinculado estrictamente al citado inciso, ya que, de otra manera, en el referido párrafo se habría señalado expresamente que la única vía para impugnar leyes electorales que sean contrarias a la Constitución sería la prevista en el referido inciso f). Así, armónicamente interpretada la disposición constitucional y acorde con el espíritu de su reforma, se concluye que se amplía la legitimación de la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales; respecto de las cuales el círculo de legitimación 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 este tipo de leyes, pero ello no justificaría la exclusión de los legitimados por el régimen común para impugnar las leyes y, por lo mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden participar de manera relevante en esta tarea de control constitucional.

Acción de inconstitucionalidad 10/98. Minoría parlamentaria de la LXVIII Legislatura del Congreso del Estado de Nuevo León. 25 de febrero de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Osmar Armando Cruz Quiroz.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de abril en curso, aprobó, con el número 27/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a seis de abril de mil novecientos noventa y nueve.

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, si bien se establece en la segunda fracción del artículo 105 constitucional que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución es la prevista en dicho precepto, no debe entenderse que los únicos sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad contra esas normas generales sean los partidos políticos federales o locales, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que éstos no son los únicos que pueden combatir en esta vía las leyes electorales sino que debe incluirse a los demás sujetos legitimados en la promoción de este medio abstracto de control de la constitucionalidad para verificar la conformidad constitucional de la legislación electoral.

En este sentido, deben entenderse incluidas las leyes electorales en la generalidad de las leyes objeto de control de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, y a los demás sujetos legitimados (órganos legislativos, federales y locales, así como al procurador general de la República) para intervenir en los juicios de acción de inconstitucionalidad.

No obstante, no entendemos por qué se faculta a los partidos políticos nacionales y estatales para promover la acción de inconstitucionalidad y por qué no se legitima a otros sujetos para

intervenir activamente en el juicio constitucional, pues válidamente pueden incluirse a otros sujetos además de los que actualmente prevé el artículo 105 constitucional para la promoción del medio de control abstracto de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en nuestro país en atención a la naturaleza abstracta del proceso directo de constitucionalidad, en el cual debe intervenir una cantidad relativamente amplia de sujetos.

Por lo anterior, juzgamos conviene llevar a cabo las reformas constitucionales y legales necesarias a fin de legitimar a un mayor número de sujetos para que el control abstracto de las normas generales en nuestro país vía acción de inconstitucionalidad, sea eficaz y realmente cumpla con su finalidad: la protección objetiva de la Constitución y del principio de supremacía derivado de ésta.

d) Sujetos no legitimados actualmente para promover la acción de inconstitucionalidad en México.

Como se ha demostrado, no existe ninguna justificación teórica o funcional para limitar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a una minoría de los miembros del órgano que emite la norma general, como no la hay tampoco para legitimar al procurador ampliamente respecto de las normas de carácter general, objeto de control de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país, ni mucho menos para darle intervención en todos los juicios de acción de inconstitucionalidad.

La falta de interés jurídico que sirve como principal argumento para limitar el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad con el propósito de evitar conflictos competenciales entre los órganos del Estado no tiene nada que ver con el control abstracto de las normas

que es el que precisamente se realiza mediante la acción de inconstitucionalidad. Es obvio que todos los órganos constituidos tienen un legítimo interés (empleando el término amparista que influyó en los autores del diseño estructural y funcional de la acción de inconstitucionalidad) en que toda norma de carácter general se ajuste a los preceptos constitucionales en vigor independientemente de que les cause o no una lesión directa en su esfera competencial, debido al interés objetivo en tutela de la constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico, finalidad que persigue el procedimiento abstracto de control de la constitucionalidad derivado de la acción de inconstitucionalidad.

Los órganos constituidos --ejecutivo, legislativo y judicial--, derivan de la Constitución y, consecuentemente, pueden vigilar su observancia. En este sentido, la posibilidad de que los órganos constituidos cuestionen la constitucionalidad de sus actos entre sí no implica en lo mínimo una invasión de competencias o conflicto entre ellos, pues no están facultados para anular los efectos de los actos cuestionados mediante una decisión unilateral y en calidad de instancias resolutorias, sino que corresponde al órgano controlante resolver al respecto debido a la competencia constitucional y legal que le ha sido atribuida en calidad de órgano de última instancia en materia constitucional, siendo su objetivo hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional y que en el caso de nuestro país es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano del Poder Judicial de la Federación que ha sido facultado constitucionalmente y legalmente para resolver sobre la conformidad constitucional de las normas de carácter general.

Cabe aclarar que si bien nuestro órgano de control pertenece al órgano judicial federal, no invade la competencia de los otros órganos constituidos debido a que éste ejerce una atribución en materia de control de la constitucionalidad establecida constitucional y legalmente. Mediante una facultad exclusiva este órgano jurisdiccional cumple con una función especial (control de la constitucionalidad) teniendo como objetivo primordial la protección del texto constitucional y del principio de supremacía constitucional, siendo el único interés tutelado el de la conservación del estado de constitucionalidad, mismo que debe permanecer en todo Estado que pretenda limitar efectivamente al poder político y controlar la constitucionalidad de la normatividad derivada del texto fundamental.

En consecuencia, cuando el Congreso Federal impugna la emisión de una ley local ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no interfiere en absoluto en la esfera competencial del órgano que la expidió toda vez que no realiza el acto ni lo anula, sino solamente en calidad de parte legitimada acude ante el órgano controlante para que sea éste quien resuelva jurisdiccionalmente sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas. El conflicto entre órganos constituidos sólo se produciría si uno de ellos tratara de impedir que el otro ejerciera sus atribuciones o si una vez ejercidas hiciera lo necesario para anular sus efectos.

En la especie, únicamente se da el caso de que el órgano recurre ante una instancia legitimada para resolver de manera excluyente en materia de control abstracto con la finalidad de que ésta verifique la constitucionalidad de la actuación de otro órgano constituido, por lo que cabe concluir que los tres órganos, esto es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y las partes que intervienen

en el juicio se mantienen dentro de sus esferas competenciales, y únicamente en el supuesto de que se encuentre una contradicción entre el acto recurrido y la Constitución -situada por encima de los tres-, se anula aquél para evitar que se vulnere esta última.

Estas consideraciones permiten concluir que la legitimación para el ejercicio del control abstracto de la constitucionalidad si bien puede ser de carácter institucional por otorgarse a los órganos constituidos la facultad de promover el medio de control de la constitucionalidad diseñado al efecto, no significa que una dependencia o institución del órgano constituido sea quien lo ejerza y no el titular del órgano, aun si partimos de la idea de que el carácter abstracto del medio de control y del proceso constitucional admite una amplia legitimación -tal es el caso de países como Alemania y España-, pues el permitir a una dependencia (procurador general de la República) promover la acción de inconstitucionalidad y ser parte en todos los juicios de constitucionalidad de normas generales resulta absurdo, ya que al ser subordinado del titular del órgano ejecutivo (presidente de la República), éste último sería quien decidiría contra qué leyes o tratados internacionales debe promover la acción de inconstitucionalidad el procurador general de la República, por lo que su consideración en la segunda fracción del artículo 105 constitucional deviene inoperante, siendo lo correcto el atribuir dicha facultad al titular del órgano ejecutivo.

Aunado a lo anterior, resulta inexplicable que los órganos legislativos federales no puedan cuestionar la constitucionalidad de las leyes emanadas de las legislaturas locales ni éstas las emanadas de aquéllas, pudiendo únicamente promover una acción de inconstitucionalidad contra de leyes emanadas de sí mismas, lo cual

resulta un absurdo si se parte de la idea de que el único interés que debe prevalecer es el interés público objetivo de protección a la Constitución del Estado y del principio de supremacía constitucional.

Basta recordar que en países como Alemania o España la legitimación en materia de control abstracto de la constitucionalidad es mucho más extensa, ya que abarca una cantidad bastante amplia de sujetos autorizados para cuestionar de manera directa la constitucionalidad de las normas y disposiciones de carácter general que se consideran contrarias al texto constitucional. En el caso de Alemania por ejemplo, se faculta al gobierno federal, a los gobiernos locales (gobiernos de los Land o gobiernos provinciales), a un tercio de los miembros del Bundestag (parlamento alemán) para promover el control abstracto de normas generales e inclusive, a los ciudadanos para promover una queja constitucional en contra de normas de carácter general que violen sus derechos fundamentales.⁴⁴⁰

En el caso de España, están legitimados para ejercer el recurso de inconstitucionalidad el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores (que representan entre el 13 y el 16 % de los miembros del parlamento) así como los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las comunidades autónomas.⁴⁴¹

Como puede apreciarse, en ambos países se cumple con la finalidad del control abstracto de la constitucionalidad al facultar a un número importante de sujetos para promoverlo, distinguiéndose por

⁴⁴⁰ Vid supra. pp. 203 a 205 (legitimación activa de carácter institucional en el control abstracto de normas) y 222 y ss (queja constitucional).

⁴⁴¹ Vid supra. pp. 143 y ss.

ser una legitimación activa de carácter institucional. En este sentido, convendría atender al diseño estructural de aquéllos medios de control abstracto con la finalidad de mejorar estructural y funcionalmente la legitimación activa de nuestro medio abstracto de control de la constitucionalidad, debiéndose facultar a sujetos distintos a los previstos en la segunda fracción del artículo 105 constitucional y eliminándose a otros que por su naturaleza no deben estar incluidos, como es el caso de los partidos políticos y el procurador general de la República.

En este orden de ideas, consideramos que los sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad en contra de cualquier norma o disposición de carácter general contraria al texto constitucional, deberían ser los siguientes:

- El presidente de la República;
- El 20% de los miembros de la Cámara de Diputados;
- El 20% de los miembros de la Cámara de Senadores;
- El presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, o bien, el presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos correspondiente. En este caso la interposición de la acción de inconstitucionalidad deberá hacerse de oficio, o bien, a petición de los ciudadanos con la finalidad de defender los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional que pudieran ser vulnerados por una norma o disposición de carácter general (federal o local) anticonstitucional o inconstitucional.
- Los gobernadores de las entidades federativas, incluido por supuesto al Jefe de Gobierno del Distrito Federal; y

- Las legislaturas locales, incluida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por mayoría simple de votos;

De incluirse a estos sujetos en la legitimación activa de la acción de inconstitucionalidad mejoraría significativamente la protección de la Constitución y el control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país. Para lograrlo sería necesario llevar a cabo una reforma al texto del artículo 105 constitucional, a su ley reglamentaria y a todos aquéllos ordenamientos que regulen la competencia de los sujetos mencionados con anterioridad, con la finalidad de que se establezca la competencia de éstos para ser parte en el proceso directo de constitucionalidad de normas y disposiciones generales.

5.3.2 Quórum para sesionar y mayoría de votos exigidos para la adopción de resoluciones en el juicio de acción de inconstitucionalidad

Adicionalmente a los errores estructurales respecto al diseño del objeto de control y de los sujetos legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad en México debe agregarse el relativo a la votación requerida para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adopte sus resoluciones.

El último párrafo de la segunda fracción del artículo 105 constitucional establece que "las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría calificada de cuando menos ocho votos."

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reitera la necesidad de una votación adoptada por mayoría calificada de miembros para la declaración de invalidez de normas generales en nuestro país en su tesis de jurisprudencia P./J. 15/2002, visible en la página 419 del Tomo XV del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de febrero de 2002, que al texto es como sigue:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EN EL CASO DE UNA RESOLUCIÓN MAYORITARIA EN EL SENTIDO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA, QUE NO SEA APROBADA POR LA MAYORÍA CALIFICADA DE CUANDO MENOS OCHO VOTOS EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 105, FRACCIÓN II, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA DECLARATORIA DE QUE SE DESESTIMA LA ACCIÓN Y SE ORDENA EL ARCHIVO DEL ASUNTO DEBE HACERSE EN UN PUNTO RESOLUTIVO.- Del análisis sistemático de los artículos 59 y 73 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, en relación con los numerales 41, 43, 44, 45 y 72 de la propia ley, se desprende que al presentarse en una acción de inconstitucionalidad la hipótesis de una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada y que no haya sido aprobada por cuando menos ocho votos de los Ministros (mayoría exigida para invalidar la norma), debe hacerse la declaración plenaria de la desestimación de la acción y ordenar el archivo del asunto, en un punto resolutive de la sentencia, y además en este supuesto, de acuerdo al sistema judicial, si bien no existirá pronunciamiento sobre el tema de inconstitucionalidad, sí podrán redactarse votos por los Ministros de la mayoría no calificada y por los de la minoría, en los que den los argumentos que respaldaron su opinión.

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 15/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

De la lectura de este criterio jurisprudencial y del último párrafo de la segunda fracción del artículo 105 constitucional se desprende que la votación válida requerida para declarar la inconstitucionalidad de normas generales en nuestro país es una *votación calificada*

excesiva que obliga a que el 72% de los miembros de la Suprema Corte de Justicia se pronuncien en el mismo sentido para declarar inválida una norma general, lo cual significa que las tres cuartas partes de los miembros del órgano colegiado deberán votar en el mismo sentido para anularla.

El establecimiento de esta votación *ultracalificada* por parte de los responsables del diseño de la acción de inconstitucionalidad, hace pensar que ésta se diseñó con base en el temor de que pudieran producirse constantemente conflictos entre los órganos constituidos del Estado, por lo que con la finalidad de evitar un “desequilibrio entre los poderes del Estado” (lo cual resulta ilógico por las consideraciones anteriormente establecidas de protección objetiva del texto constitucional y del principio de supremacía constitucional mediante una atribución constitucionalmente establecida al órgano controlante) consideraron prudente fijar una votación demasiado elevada para declarar la invalidez de las normas generales previstas en la segunda fracción del artículo 105 constitucional, estando a punto de proponer la unanimidad de votos de los ministros para resolver las acciones de inconstitucionalidad.

Al respecto, cabe mencionar que para el funcionamiento de todo cuerpo colegiado se establece siempre un quórum de asistencia de los miembros para llevar a cabo la votación antes de fijar los distintos tipos de votación que se requieren para aprobar los diversos asuntos de su competencia. Pues bien, en este punto los autores del diseño de la acción de inconstitucionalidad incurren en una grave omisión al no establecer cuál debe ser el quórum para que la Suprema Corte pueda resolver las acciones de inconstitucionalidad, en cambio sí determinan cuál será la votación requerida para emitir

una resolución en la materia (8 ministros de los 11 que integran el Pleno).

Los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establecen que el pleno de la Suprema Corte podrá tomar resoluciones siempre y cuando estén presentes siete ministros y que las salas compuestas de cinco miembros podrán funcionar con la asistencia de cuatro. Obviamente el primero de estos preceptos prevé una excepción forzosa a esta regla que es precisamente la relativa a la competencia que atribuye el artículo 105 constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, en cuyo caso para emitir la correspondiente resolución deben estar presentes al menos ocho ministros.⁴⁴²

Existe por lo tanto una clara incongruencia entre ambos cuerpos normativos, Constitución y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, pues mientras la ley señala un quórum de siete miembros para que pueda sesionar el tribunal pleno, la Constitución Federal exige ocho votos para la resolución de las acciones de inconstitucionalidad. Consideramos un desacierto que el texto constitucional exija una votación calificada mayor al quórum fijado en la ley orgánica para que los miembros del pleno adopten sus resoluciones, ya que se requiere, además de una votación calificada para adoptar sus resoluciones, de un *quórum especial* para sesionar en materia de acciones de inconstitucionalidad, lo cual resulta

⁴⁴² "ARTÍCULO 4 LOPJF.- El Pleno se compondrá de once ministros, pero bastará la presencia de siete miembros para que pueda funcionar, *con excepción de los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fracción I penúltimo párrafo y fracción II, en los que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros*."

absurdo, pues el criterio debería ser general para éste y los demás asuntos de su competencia.

Relacionando el “quórum especial de asistencia” que fija la ley orgánica en este artículo con la “votación calificada” que exige la segunda fracción del artículo 105 constitucional así como el artículo 7 de la ley orgánica,⁴⁴³ puede concluirse que para emitir una resolución que anule la norma general impugnada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe votar por *unanimidad*.⁴⁴⁴

En nuestra opinión, resulta absurdo que las resoluciones en materia de control abstracto de la constitucionalidad sean tomadas por unanimidad, pues en países europeos como España y Alemania, el control de la constitucionalidad nunca se hace sobre la base de votaciones unánimes. En España las decisiones del Tribunal Constitucional se toman por *mayoría simple de votos*, así lo establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 90, párrafo primero:

“Artículo 90.-

⁴⁴³ **ARTICULO 7 LOPJF.-** Las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia se tomarán por unanimidad o mayoría de votos, salvo los casos previstos en el artículo 105 de la Constitución, ...fracción II, en los que se requerirá una mayoría de ocho votos de los Ministros presentes...”.

⁴⁴⁴ Esto es, 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 pueden estar a favor de 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 fijada 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). BRAGE, Op. cit. pp. 217 y 218.

1. Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente...”.

En Alemania, la votación en cada senado (salas que integran el Tribunal Federal Alemán) se toma por mayoría simple con un mínimo de seis magistrados asistentes de los ocho que integran cada senado⁴⁴⁵ por disposición de la Ley del Tribunal Federal, que en su artículo 15 establece al respecto lo siguiente:

“Artículo 15:

1. ...
2. Cada sala quedará constituida para adoptar acuerdos cuando estén presentes, al menos, seis magistrados...
3. Una vez iniciadas las deliberaciones sobre un asunto no podrán incorporarse nuevos magistrados. En caso de que la sala no reúna el quórum exigido, las deliberaciones deberán repetirse previa incorporación de los magistrados necesarios.
4. ... decidirá la mayoría de los miembros de la sala que intervengan en la resolución, siempre que la ley no disponga otra cosa. En caso de igualdad de votos, no podrá constatarse una violación de la Ley Fundamental ni de otras normas de derecho federal.”

Como puede observarse, en ambos casos la votación requerida para adoptar las resoluciones por parte del órgano controlante se da por mayoría simple de los miembros requeridos para sesionar mas nunca con base en un quórum de asistencia ultracalificado y mediante la votación unánime del mínimo de miembros requeridos para sesionar.

⁴⁴⁵ **Artículo 2:**

1. El Tribunal Constitucional Federal consta de dos salas.
2. Cada sala está compuesta por ocho magistrados elegidos al efecto.
3. Tres magistrados de cada sala son elegidos de entre los magistrados de los tribunales superiores de la Federación. Sólo pueden ser elegidos aquellos magistrados que tengan al menos tres años de ejercicio en un tribunal superior de la Federación.”

Lo anterior permite concluir que la eventual necesidad de una unanimidad de votos para anular las normas de carácter general que vulneran la Constitución dificulta la función de control de la constitucionalidad, que en nuestro país ha sido asignada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, asegurando la supervivencia de las normas anticonstitucionales e incluso inconstitucionales en detrimento del estado de constitucionalidad que debe prevalecer en atención al principio de supremacía constitucional.

Pero, ¿por qué decimos que puede darse el caso de una votación unánime de los miembros requeridos para resolver la acción de inconstitucionalidad? Por el hecho de que bastaría con que cuatro ministros no asistieran a la sesión para que la norma general cuestionada no pudiera someterse a control y, por ende, siguiera vulnerando el texto constitucional y el multicitado principio de supremacía constitucional; o bien, sería suficiente con que los mismos cuatro ministros aun asistiendo a la sesión no votaran a favor de la anulación para que no fuera posible la declaración de inconstitucionalidad de la norma general impugnada.

Esta situación irracional provocada por la necesidad de un *quórum excesivo* y una *votación calificada* superior al quórum que debe formarse para que el pleno pueda sesionar respecto de otros asuntos de su competencia distintos al control de la constitucionalidad, hace pensar en reformar el artículo 105 constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en sus artículos respectivos e incluso la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional⁴⁴⁶ a fin de establecer

⁴⁴⁶ Consideramos necesaria una reforma a esta ley reglamentaria, pues en su artículo 72 reitera la necesidad de una votación calificada para declarar nula una norma general al

un quórum de asistencia para sesionar por mayoría simple de miembros, así como una votación en igual porcentaje para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación adopte sus resoluciones en los juicios de acción de inconstitucionalidad.

En este sentido, urge llevar a cabo las reformas propuestas, ya que de continuar vigentes las disposiciones mencionadas y de no alcanzarse el número de votos requeridos a pesar de que la mayoría de los ministros estimen que la norma general es contraria a la Constitución, ésta seguirá en vigor. Pero esto no es lo más grave, pues al ser un criterio obligatorio para los demás tribunales inferiores, estarán obligados a cumplir la resolución no obstante su evidente inconformidad con el ordenamiento constitucional.

Por ello, consideramos que un sistema de control de la constitucionalidad como el actualmente establecido en México requiere un replanteamiento serio de las funciones del órgano controlante para evitar que sean neutralizadas al llevarse a cabo la verificación de la conformidad de la normatividad con la Constitución, consecuencia de la votación calificada y quórum excesivo exigidos, pues debe comprenderse que la eficacia del órgano de control dependerá del adecuado diseño del procedimiento para la adopción de sus resoluciones, eficacia que se verificará siempre y cuando el quórum de asistencia y la votación requerida aparezcan respaldadas por una mayoría simple de los miembros presentes.

establecer que: "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. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto."

5.3.3 Plazo perentorio para promover la acción de inconstitucionalidad

Toda ley tiene a su favor la presunción de estar de acuerdo con la Constitución; esa presunción es válida, salvo que exista una declaración de inconstitucionalidad. Para obtener la declaración correspondiente por la vía de acción de inconstitucionalidad es necesario que se haya entablado dentro del plazo de treinta días naturales siguientes, de conformidad con lo establecido en la segunda fracción del artículo 105 constitucional. En el caso de que la impugnación no se haga con la debida oportunidad, el derecho a cuestionarlo precluye y la norma de carácter general a pesar de ser contraria a la Constitución conserva su vigencia.

En este contexto, toda norma general contraria a la Constitución es anulable vía acción de inconstitucionalidad, sin embargo, de no promoverse la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma presuntamente inconstitucional, ésta se convalida por el transcurso del tiempo y por la inactividad de aquellos a quienes se ha concedido legitimación para cuestionar su constitucionalidad. La única condición para verificar la constitucionalidad de una norma general en nuestro país es que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona esté publicada en el medio oficial correspondiente --Diario Oficial de la Federación, Semanario Judicial de la Federación, o bien, gaceta oficial de la entidad federativa--, esto es, que esté vigente, pues de lo contrario la acción de inconstitucionalidad será improcedente.

Esta situación irregular ha operado sin mayores contratiempos no obstante lo grave del caso, ya que al establecerse un lapso de tiempo tan breve para la promoción de la acción de

inconstitucionalidad, esto impide que agotado el término fijado constitucionalmente pueda cuestionarse la constitucionalidad de una norma general, convalidándose y prevaleciendo aun cuando indiscutiblemente contravenga las normas constitucionales.

Increíblemente esta circunstancia ha sido avalada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su criterio jurisprudencial P./ J 2/99, visible en la página 287 del Tomo IX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, correspondiente al mes de febrero de 1999, el cual establece respecto del plazo perentorio de interposición de la acción de inconstitucionalidad lo siguiente:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PLAZO PARA INTERPONERLA ES A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE DE LA PUBLICACIÓN OFICIAL DE LA NORMA IMPUGNADA.- El hecho de que la norma general impugnada haya iniciado su vigencia o se haya llevado a cabo el primer acto de aplicación de la misma antes de su publicación, resulta irrelevante para efectos del cómputo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad, ya que conforme a los artículos 105, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 60 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del precepto constitucional citado, el plazo para promoverla es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente al en que la ley cuya invalidez se reclama fue publicada en el medio oficial correspondiente.

Acción de inconstitucionalidad 1/98. Diputados integrantes de la XLVII Legislatura del Congreso del Estado de Morelos. 20 de octubre de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de enero en curso, aprobó, con el número 2/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Si bien coincidimos en la necesidad de la publicación de las normas generales para que sea procedente el control abstracto de la constitucionalidad en México, consideramos que el plazo establecido constitucionalmente es demasiado breve debido a que los órganos y

sujetos legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad serán, la mayoría de las veces, incapaces de detectar dentro del improrrogable plazo de treinta días naturales todas las inconstitucionalidades que pudieran surgir en las leyes federales y en los treinta y dos cuerpos legislativos de las entidades federativas, quedando únicamente como recurso posterior al término del plazo previsto la abrogación de las leyes o derogación de las disposiciones legales contrarias a la Constitución federal respecto de las cuales no haya sido invocada su nulidad con la debida oportunidad.

El sentido común indica que cuando se trata de normas contrarias a la Constitución y por tanto nulas, de conformidad con el principio de supremacía constitucional no debe existir plazo para invocar su nulidad, o bien, este debe ser tan amplio que permita tener la oportunidad de detectar el vicio y someterlo a la consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano constitucionalmente facultado en nuestro país para verificar la conformidad del ordenamiento jurídico nacional vigente con la constitución.⁴⁴⁷

En este sentido, consideramos que lo más conveniente para nuestro sistema de control de la constitucionalidad sería que el término quedara abierto para que los sujetos y órganos estatales legitimados instaran en cualquier momento a la Suprema Corte de Justicia a verificar la constitucionalidad de cualquier norma general

⁴⁴⁷ Esto resulta perfectamente posible si consideramos que al ser un control de carácter abstracto el realizado en los juicios de acción de inconstitucionalidad y al ser las normas sometidas a control igualmente abstractas, el hecho de no establecerse un plazo para cuestionar la constitucionalidad de las normas generales garantizaría permanentemente el derecho a la verificación judicial de la constitucionalidad de las normas generales de los sujetos y órganos legitimados, lo cual contribuiría a mantener incólume el estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico en el Estado mexicano.

desde el momento que la consideraran nula en razón de su incompatibilidad formal o material con la Constitución mexicana.

Es verdad que por seguridad jurídica una ley, base de la actuación de autoridades y particulares, no puede estar expuesta en forma permanente al cuestionamiento de su constitucionalidad, pero también es cierto que en virtud del principio de supremacía constitucional nada que contradiga a la Constitución puede prevalecer o ser susceptible de convalidación. Al ser abstracto el control realizado mediante la acción de inconstitucionalidad y debido a la generalidad y permanencia de las normas objeto de control, esta situación sugiere que no exista plazo para promover el medio de control de la constitucionalidad, generándose con ello la posibilidad de verificar permanente la conformidad de cualquier norma de carácter general con la Constitución.

Actualmente existen países en los que no se establece plazo alguno para la interposición del control abstracto de normas generales como es el caso paradigmático de Alemania, pues se considera una circunstancia ligada de manera casi inescindible al control abstracto de la constitucionalidad.⁴⁴⁸

Es importante mencionar que el establecimiento de un plazo preteritorio para la interposición de la acción de inconstitucionalidad no es del todo aceptado en nuestro país. Elisur Arteaga Nava ha establecido las razones por las cuales debe considerarse una brevedad excesiva la establecida constitucionalmente como plazo para promover la acción de inconstitucionalidad, al considerar que:

⁴⁴⁸ *Id supra*, p. 206 (plazo para ejercer el control abstracto de normas en Alemania).

"...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" y, en tales supuestos, la acción de inconstitucionalidad no podrá ya ser ejercitada una vez transcurridos los treinta días establecidos para su ejercicio.

. 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 legislativa; 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."⁴⁴⁹

Consideramos acertadas las consideraciones de este autor respecto del plazo para la promoción de la acción de inconstitucionalidad en México, pues resulta ser excesivamente breve para realizar un estudio constitucional serio y profundo de la norma cuya constitucionalidad se pretende sea verificada por el órgano de control. En este sentido, lo conveniente es suprimir el plazo establecido constitucional y legalmente debido a la trascendencia del control realizado y de su resultado: la protección objetiva de la Constitución del Estado y la consecuente anulación y expulsión de la norma cuya inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad sea comprobada.

En este orden de ideas, permanente debe ser la posibilidad de promover el control abstracto de normas generales en nuestro país, pues al ser una de las características de la ley su permanencia el

⁴⁴⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur. *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la corte; el caso Tabasco y otros*. Pr. Leonel Pereznieto Castro. Tercera edición. México, Grupo Editorial Monte Aho, 1997. pp. 59 y 61

control de su constitucionalidad debe ser también permanente como consecuencia de la naturaleza del objeto de control. Por lo tanto, no es necesario tomar en cuenta el momento en que se manifiesta o se hace indubitable la inconstitucionalidad de la norma general ya que esta norma será permanentemente constitucional o permanentemente inconstitucional mientras no pierda vigencia, y en este último supuesto, vulnerará las disposiciones constitucionales en tanto no sea sometida a la verificación de su conformidad constitucional.

Por ello, podemos concluir diciendo que para evitar la convalidación de una norma evidentemente anticonstitucional por el simple transcurso del plazo previsto constitucional y legalmente así como la permanencia de normas generales inconstitucionales o anticonstitucionales lo conveniente es no establecer plazo alguno para ejercer la acción de inconstitucionalidad, pues consideramos que la previsión de un plazo tan breve dificulta u obstaculiza de manera considerable el empleo de este medio de control de la constitucionalidad, siendo lo adecuado realizar una reforma al respecto tanto a nivel constitucional como legal reglamentario.

5.4 Conveniencia del diseño y estructuración de un medio concreto de control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en el sistema mexicano de control de la constitucionalidad

Una vez analizados en los anteriores apartados los errores estructurales en el diseño de la acción de inconstitucionalidad analizaremos en este apartado la posibilidad de introducir a nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad un medio de control concreto de normas generales, con la finalidad de complementar los

medios de protección necesarios para la tutela integral de la Constitución mexicana y la preservación del estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico estatal.

Hemos dicho anteriormente que la acción de inconstitucionalidad ofrece un control abstracto de la constitucionalidad, siendo este medio de control el adecuado para verificar la conformidad de las normas generales en abstracto, esto es, a partir de su publicación independientemente de su aplicación concreta, bastando solamente que estén en vigor para llevar a cabo el control de su constitucionalidad. Es verdad que el control abstracto de la normatividad permite la protección objetiva de la Constitución del Estado al controlar la normatividad vigente; no obstante, consideramos insuficiente este medio de control de la constitucionalidad para tutelar eficazmente el texto fundamental, pues al aplicarse una norma general (ley, reglamento, etcétera) su contenido puede ser contrario a la Constitución, por lo que al emplearse concretamente en un juicio ordinario se vulneraría de igual manera el principio de supremacía constitucional y, por ende, el ordenamiento constitucional. Por lo tanto, sería conveniente la introducción en México de un medio concreto de control que permitiera verificar la constitucionalidad de las normas generales a partir de su aplicación en procedimientos de jurisdicción ordinaria, pues contribuiría a lograr una protección integral de la Constitución al permitir controlar la conformidad constitucional de la normatividad existente durante su aplicación concreta, evitando así la permanencia de normas generales anticonstitucionales.

En este orden de ideas, consideramos necesario explicar la estructura y funcionamiento de este medio de control de la

constitucionalidad así como los beneficios que traería su establecimiento a nivel constitucional y legal reglamentario en nuestro sistema de control de la constitucionalidad, siendo conveniente primeramente para ello repasar, aunque sea brevemente, las características del medio de control concreto de normas, ya que ello permitirá realizar un estudio posterior sobre la viabilidad del diseño e incorporación de este mecanismo de control al sistema mexicano de control de la constitucionalidad.

Recordemos que el control concreto de normas generales es el medio de control que se ejerce por vía de excepción o incidental. A diferencia del control abstracto de la constitucionalidad de normas generales, medio de control de la constitucionalidad en el que la protección objetiva del texto constitucional es el fin que persiguen cualquiera de los sujetos legitimados para impugnar una ley o acto con fuerza de ley que de manera abstracta vulnera la Constitución, en el control concreto de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales nos hallamos ante la necesidad que tienen las partes en un juicio de preservar sus intereses particulares lesionados por una ley aplicable al caso concreto, misma que se considera violatoria de la Constitución.

En este proceso constitucional el planteamiento de la duda respecto de la conformidad de la norma con la Constitución que hace un juez *a quo* ante el órgano controlante, obedece al cumplimiento de su obligación de respetar la Constitución en el desempeño de su ejercicio profesional. Consecuentemente, para que proceda esta *vía indirecta de control de normas generales* debe existir un proceso en el cual surja la duda sobre la constitucionalidad de una norma jurídica que habrá de aplicarse durante él. En este caso, el juez que conoce

de la causa se halla ante un imperativo claramente jurisdiccional de consultar al órgano de control en torno a la conformidad de la norma general que servirá de fundamento para dictar sentencia con la Constitución de la cual deriva.

En realidad, ni el objetivo del juez de jurisdicción ordinaria ni el de las partes del juicio consiste en la salvaguarda "abstracta" de la Constitución ante una norma general que la contraviene, sino en cumplir con un deber (en el caso del juez) o preservación de intereses particulares (en el caso de las partes) puestos entredicho por la norma de carácter general que los vulnera.

Si tomamos en cuenta que existen cientos de leyes y reglamentos que son aplicados cotidianamente para la resolución de controversias particulares y que las mismas sólo pueden controlarse de manera abstracta siempre y cuando los sujetos autorizados interpongan la acción de inconstitucionalidad dentro de los treinta días siguientes a su publicación, y que de no hacerlo estas normas generales continuarán teniendo vigencia aun cuando sean contrarias a la Constitución (pues debe tomarse en cuenta que su inconformidad puede no ser evidente y por tanto no descubrirse la anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma durante el plazo permitido para impugnarla, siendo imposible su posterior anulación y expulsión del ordenamiento jurídico vigente) nos encontraríamos ante la imposibilidad de denunciar su inconformidad con el texto constitucional, y lo más grave, existiría una imposibilidad jurídica para anularlas definitivamente. De ahí que pueda apreciarse la conveniencia de introducir este medio concreto de control de la constitucionalidad, pues aún transcurrido este plazo sería posible ejercer un control concreto de la constitucionalidad de las normas

generales inconformes con el texto constitucional, originado por la aplicación de éstas a la resolución de una controversia entre particulares.

Con la aplicación de este control concreto en ningún momento se invadiría la competencia atribuida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para controlar la constitucionalidad de las normas generales en nuestro país, sino únicamente se reforzaría la protección de la Constitución al permitir la verificación de la conformidad constitucional de las normas generales mientras son aplicadas concretamente en un juicio de jurisdicción ordinaria, pues las partes de este juicio -juez y partes actora y demandada- sólo intervendrían en el proceso constitucional manifestando una “duda” sobre la constitucionalidad de la norma jurídica aplicable al juicio del cual forman parte y que es trascendental para su resolución, sin que el juez de instancia pueda en algún momento llevar a cabo la verificación de la conformidad constitucional de las normas aplicables en el proceso ante él incoado y declarar su nulidad, por ser esta facultad exclusiva de la jurisdicción constitucional y no de la jurisdicción ordinaria.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ El hecho de que la duda sobre la conformidad de una norma general surja con motivo de su aplicación a un juicio no significa que el control concreto sea realizado por el órgano de jurisdicción ordinaria, sino que corresponde a él hacer del conocimiento del órgano de control la posible inconstitucionalidad de la norma jurídica aplicable al caso concreto, expresando únicamente los razonamientos que lo llevan a concluir que la norma contraviene a la Constitución, correspondiendo sólo a dicho órgano realizar un juicio sobre la constitucionalidad de dicha norma y, en su caso, declararla nula. En este sentido, el juicio seguido en la instancia ordinaria únicamente sirve para fundamentar el procedimiento de control concreto que al juez ordinario le está prohibido conocer, por ser competencia del órgano controlante el resolver dicho procedimiento constitucional, pues el mismo tiene el efecto de excluir del ordenamiento una norma legal declarada inconstitucional y afectada por tanto de nulidad, efecto que en ningún caso corresponde al control ejercido por los órganos jurisdiccionales ordinarios, esto es, de control de legalidad, sino a los órganos de jurisdicción constitucional, es decir, a los Tribunales Constitucionales.

Por esta razón, consideramos perfectamente posible diseñar en México un medio de control concreto de la constitucionalidad, el cual podría ser denominado *cuestión de constitucionalidad de normas generales*, debido a que lo que se hace valer ante el órgano de control es un "cuestionamiento" sobre la "constitucionalidad" de una norma general. Su procedimiento sería el siguiente: cualquier juez de jurisdicción ordinaria, bien sea de primera instancia, de apelación e incluso de paz, podría plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación --órgano competente para ejercer el control de la constitucionalidad en nuestro país--, para que éste resolviera sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la norma aplicable a la resolución de un juicio de instancia ordinaria.

El planteamiento podría hacerse de oficio por el órgano judicial o bien a petición de las partes que intervengan en el proceso de jurisdicción de legalidad. Para el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá suspenderse el juicio mientras este órgano de control resuelve sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la norma general, sin que sea posible emitir sentencia principal o resolutoria en el juicio sino hasta que el órgano controlante emita su resolución en el proceso constitucional con la finalidad de evitar que se continúen lesionado intereses particulares de las partes. Además, será necesario que la cuestión de constitucionalidad únicamente pueda presentarse hasta antes de dictar sentencia en el juicio, pues pensamos que con ello se daría un plazo prudente para detectar la posible contradicción de la norma aplicable al proceso y para presentar el cuestionamiento ante el órgano de control, ya que al tratarse de la aplicación de una norma al caso particular, el tiempo

para la realización del control no debe extenderse en demasía debido a que el juicio principal depende de una resolución que dirima la controversia que lo originó, misma que se tomará con base en la norma general cuestionada, por lo que la declaración de constitucionalidad o anticonstitucionalidad no puede demorarse, pues esta situación podría lesionar gravemente los intereses particulares de las partes en litigio.

Para que el juez de jurisdicción ordinaria de oficio o a petición de parte pueda elevar la cuestión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe expresar las razones que lo motivan a hacerlo, destacando la relevancia de la norma para la resolución del litigio. Esto es, el juez deberá realizar un *juicio de relevancia* respecto de la norma aplicable cuya constitucionalidad se cuestiona, pues resulta imprescindible que el órgano judicial señale cuál o cuáles preceptos constitucionales están siendo infringidos por la norma general impugnada, demostrando además la importancia de la norma general cuestionada para la resolución del juicio incoado ante él, dándose con ello cumplimiento a la obligación de respeto al principio de supremacía constitucional durante el ejercicio de su cargo, razonamientos que servirán para el planteamiento de la consulta al órgano controlante, ya que debido a las peculiaridades de esta vía de control de constitucionalidad y por el hecho de tratarse de un *control concreto y en vía de excepción*, derivan una serie de requisitos de procedibilidad que deben de tenerse en cuenta a la hora de determinar el objeto de control y que pueden resumirse de la siguiente manera:

- Con carácter previo, la existencia de un proceso del que esté conociendo un juez o tribunal;

- Fuerza de ley de la norma o normas que se cuestionan;
- Contradicción según el criterio del órgano judicial de dicha norma con determinados preceptos constitucionales; y
- Dependencia en la resolución del proceso principal de la validez de la norma legal aplicable.

Así, de la existencia de los requisitos anteriores dependerá la admisión del medio concreto de control, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes de dar inicio al juicio constitucional deberá verificar el cumplimiento de los mismos para dar trámite a la cuestión de constitucionalidad de la norma o normas cuya constitucionalidad sea sometida a su consideración.

En este sentido la participación del órgano judicial en el juicio de constitucionalidad se reduce al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad sin ser propiamente parte del proceso constitucional, por lo que una vez admitida la cuestión a trámite por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proceso constitucional será substanciado por el órgano controlante, quien al término del juicio constitucional dictará la sentencia en que se confirme la constitucionalidad de la norma general, o bien que la declare nula en razón de su evidente anticonstitucionalidad. De ser negativo el resultado del control realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la sentencia que declarara la anticonstitucionalidad de las normas generales en esta vía incidental tendría necesariamente efectos *erga omnes*, mismos que para surtir efectos deberán ser publicados en el Diario Oficial de la Federación o en el Semanario Judicial de la Federación si se trata de normas generales de carácter federal o en la gaceta oficial de la entidad federativa si la norma cuestionada es de carácter local y aplicable a un juicio ordinario

estatal, y como consecuencia de la publicidad de la sentencia la decisión adoptada por el órgano controlante tendrá efectos de cosa juzgada y será vinculante para todos los órganos del Estado.

En estas condiciones, cualquiera que sea el resultado del control de la constitucionalidad de la norma cuestionada (positivo o negativo) producto del procedimiento de este medio concreto de control de la constitucionalidad, la decisión adoptada por el órgano controlante deberá ser comunicada al órgano judicial que la planteó a efecto de que continúe el juicio y pueda emitirse sentencia que resuelva la litis que lo motivó.

Es importante señalar que al diseñarse este medio concreto para controlar la constitucionalidad de normas generales, deberá atenderse a la naturaleza del acto que se pretende controlar. En consecuencia, por la naturaleza del objeto de control, esto es, normas de carácter general, los efectos de la sentencia recaída en el juicio de constitucionalidad deberán ser generales, por lo que en caso de declararse conforme a la Constitución seguirá teniendo vigencia y por tanto será aplicable para la resolución del juicio del cual surgió la cuestión sobre su constitucionalidad y para la de cualquier otro juicio de jurisdicción ordinaria. Por el contrario, si la sentencia adoptada declara la anticonstitucionalidad de la norma aplicable al juicio, ésta deberá ser invalidada y expulsada definitivamente del ordenamiento jurídico vigente y, por tanto, no podrá volver a aplicarse jamás.

Debemos entender que se denomina concreto a este medio de control de la constitucionalidad por surgir con motivo de la aplicación de la normatividad a un caso concreto, la cual es susceptible de

controlarse su constitucionalidad. Debido a la naturaleza del objeto de control (normas generales) y en atención al adecuado diseño de los medios de control de la constitucionalidad, por tratarse su objeto de actos con características generales, forzosamente los efectos del resultado del control habrán de ser necesariamente generales, y por lo tanto el procedimiento de control deberá atender estas circunstancias para su eficaz diseño y funcionamiento. Consecuentemente, los efectos del procedimiento nunca podrán ser particulares pues no se protegen los intereses de las partes del juicio ordinario sino a la Constitución mediante la verificación de la conformidad constitucional de la normatividad aplicable al procedimiento de jurisdicción ordinaria.

No obstante que hemos definido de manera general el objeto de control de la cuestión de constitucionalidad, es importante precisar qué tipo de normas estarían sujetas a control concreto de constitucionalidad, pues dependiendo de la clase de normas generales que se controlen será el procedimiento a seguir para plantear este medio de control de la constitucionalidad. Partiendo de que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocería de este recurso en única instancia al igual que en el caso de la acción de inconstitucionalidad (por ser ambos procedimientos constitucionales propios de la jurisdicción constitucional) la función de control y su procedimiento variaría dependiendo del objeto de control: leyes o actos con fuerza de ley (por ejemplo, ejercicio de facultades extraordinarias por el ejecutivo), o bien, disposiciones administrativas que tengan la misma naturaleza de la ley (reglamentos, acuerdos generales, etcétera) aplicadas por una autoridad judicial en un juicio, o bien, aplicadas por una autoridad administrativa fuera de juicio.

Atento a lo anterior, el procedimiento de control sería el siguiente: para el primer supuesto en el que la norma general se aplica en un juicio o proceso concreto si la aplicación de la ley se da en la primera instancia, el juez deberá suspender de oficio el procedimiento para someter la cuestión de constitucionalidad de la norma aplicable al procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si dicho órgano de control resuelve que la norma es anticonstitucional, no podrá aplicarse más ni el proceso concreto ni en ningún otro. En caso contrario, el procedimiento continuará sin perjuicio de que las partes empleen en él o después de dictada la sentencia del juez *a quo* todos los recursos legales conforme corresponda en cada caso para inconformarse en contra de ella. Tratándose de la segunda instancia (apelación), el juez de oficio o a petición de parte deberá suspender el procedimiento para que se eleve la cuestión de constitucionalidad al órgano de control y éste resuelva en los términos anteriormente descritos. En ambos casos la sentencia del órgano controlante se referirá exclusivamente a la conformidad o inconformidad de la norma general con la Constitución sin entrar al fondo del asunto y los efectos de la sentencia sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la norma general serán definitivos y oponibles a todas las autoridades quitándole validez a la norma general.

Por otra parte, si la norma general es aplicada por una instancia y mediante un procedimiento administrativo la cuestión de constitucionalidad sólo se podrá emplear hasta que el asunto llegue al órgano judicial correspondiente en vía contenciosa, siendo hasta ese momento en el que dará inicio el procedimiento judicial respectivo, el cual será suspendido cuando el juez que se ocupe de

la causa, de oficio o a petición de parte, eleve la cuestión de constitucionalidad ante nuestro máximo tribunal para que se resuelva sobre la conformidad o no de la norma general con la Constitución, ocurrido lo cual, el procedimiento continuará en los términos descritos en el primer supuesto. De igual manera, la declaratoria de la Suprema Corte de Justicia tendrá efectos generales y será definitiva, constriñéndose únicamente a la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de la norma general, sin emitir juicio alguno respecto de la causa principal del proceso ordinario.

Es importante mencionar que para poder introducir el medio de control propuesto, sería necesario reformar el texto del artículo 105 constitucional para introducir en una nueva fracción la cuestión de constitucionalidad; en caso de incorporarse al texto del artículo 105 constitucional deberá reformarse la ley reglamentaria de dicho precepto a fin de regular el procedimiento específico del control concreto de normas generales así como el de todos aquellos ordenamientos que por alguna razón tengan relación con este medio de control de la constitucionalidad y con su procedimiento. Sin embargo, lo más conveniente sería establecerse este medio de control en otro artículo constitucional con la finalidad de diferenciarse el control concreto de constitucionalidad de normas generales del control abstracto previsto en el artículo 105 constitucional, siendo necesaria la regulación de su procedimiento en una ley reglamentaria de este nuevo precepto constitucional.

Con base en las consideraciones manifestadas hasta este momento, podemos concluir que la introducción de un medio concreto de control no sólo contribuiría al mejoramiento de nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad, sino que en caso

de prevalecer los defectos estructurales del control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país se subsanarían los efectos irreparables ocasionados por la inoportuna o inexistente promoción de la acción de inconstitucionalidad durante el plazo perentorio de interposición (treinta días naturales) permitiendo controlar la constitucionalidad de las normas cuya anticonstitucionalidad no se hubiera denunciado vía directa y en el término fijado, a partir del momento en que fuesen aplicadas a un juicio de jurisdicción ordinaria, garantizándose así la permanencia de un estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico mexicano y protegiéndose de manera indirecta (concreta) la Constitución y el principio de supremacía constitucional de ella derivado.

No obstante, pese a la viabilidad que existe para introducir este medio de control concreto de la constitucionalidad en nuestro sistema de control, a fin de coadyuvar a corregir las deficiencias operativas actuales de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país y mejorar cualitativamente la estructura y funcionamiento del sistema, lo adecuado sería atender los cambios estructurales y funcionales propuestos durante el desarrollo del presente capítulo para hacer de la acción de inconstitucionalidad un medio abstracto de control de la constitucionalidad eficaz.

Mediante la adecuada reforma al diseño estructural actual de la acción de inconstitucionalidad, así como del diseño e introducción de un medio concreto de control de la constitucionalidad de normas generales (cuestión de constitucionalidad) se lograría fortalecer el sistema mexicano de control de la constitucionalidad, pues al lado de otros medios de protección de la Constitución como son las controversias constitucionales y el amparo se complementarían los

instrumentos necesarios para la tutela integral de la Constitución mexicana en función de los actos de gobierno que la pudieran vulnerar (actividad gubernamental y normatividad vigente) que sean contrarias al texto constitucional y que manifiesten su inconformidad con el principio de supremacía derivado de éste.

Finalmente, sólo resta mencionar que nuestro trabajo de investigación ha tenido como propósito principal evidenciar las fallas estructurales y funcionales del control abstracto en nuestro país, tratando de establecer las posibles soluciones para subsanarlas. Pero no sólo eso, también ha estudiado la posibilidad de introducir un medio concreto de control de normas generales con el fin de corregir y hacer eficiente nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad, generando un abanico de posibilidades para controlar la constitucionalidad de las normas generales en México.

No sabemos con certeza el efecto que producirán los comentarios y propuestas establecidos en este trabajo, ni siquiera si serán del todo aceptados, pero lo que es un hecho es que al menos cumplirá con el objetivo que nos propusimos en un inicio y que no es otro que el mostrar las deficiencias de uno de los medios de control de la constitucionalidad fundamentales en nuestro sistema de control: el control abstracto de normas generales denominado acción de inconstitucionalidad por el artículo 105 constitucional, que dista mucho de cumplir con su propósito de proteger eficazmente a la Constitución mexicana de todas aquellas normas y disposiciones de carácter general que la puedan vulnerar.

Se admita o no es una realidad no aceptada actualmente que el control abstracto de la constitucionalidad en nuestro país se ha

estancado y no ha evolucionado y que mucho menos se han corregido los errores estructurales y funcionales en el diseño de la acción de inconstitucionalidad, por lo que en cierta forma las sugerencias establecidas para corregirlas durante el desarrollo de este capítulo, de ser tomadas en cuenta, podrían contribuir a mejorar cualitativamente este medio de control y, en consecuencia, nuestro sistema de control de la constitucionalidad.

En fin, las propuestas para corregir los errores en el diseño estructural y funcional de la acción de inconstitucionalidad están dadas. Por el momento sólo queda esperar que nuestros legisladores perciban las deficiencias estructurales y funcionales de nuestro actual sistema de control de la constitucionalidad y lleven a cabo las reformas constitucionales y legales necesarias para corregir esta situación, ya que en sus manos está el que pueda brindarse una protección eficaz a la Constitución del Estado mexicano; reformas que de no ser integrales y coherentes, permitirán la permanente vulneración del texto fundamental e impedirá la permanencia de un estado de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico vigente, situación que por desgracia ha prevalecido en la actualidad y que no debe permanecer en un Estado democrático y social de derecho como el mexicano.

CONCLUSIONES

1. La supremacía constitucional es la garantía de todo Estado de que las normas constitucionales deben prevalecer en todo momento sobre las establecidas por los órganos legislativos o ejecutivos federales o locales. En atención a este principio no debe haber contradicción entre la normatividad secundaria y la Constitución por ser jerárquicamente superior al ordenamiento jurídico estatal que en este sentido le es derivado. Así, cualquier norma de carácter general, sea federal o local, siempre deberá estar conforme con lo establecido por el texto constitucional so pena de ser declarada nula en caso contrario.
2. El control debe ser considerado como un elemento clave para la Constitución de un Estado de derecho democrático y social por ser una pieza indispensable para asegurar la vigencia de los principios y reglas derivadas de la Constitución y hacer eficaces los límites establecidos en su texto constitucional. Por ello, debe dársele un *sentido unívoco* a la palabra control y considerarlo como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones previstas en la Constitución para preservar los principios por ella establecidos y evitar los abusos del poder político durante su ejercicio.
3. La finalidad del control es fiscalizar la actividad del poder político para evitar sus abusos. No obstante, si bien la unidad del fin permite atribuirle un significado unívoco y considerarle válidamente como un elemento inseparable del concepto de Constitución, la pluralidad de medios a través de los cuales

ese control se articula y la diversidad de objetos sobre los que puede recaer (actos, leyes, etcétera) impiden sostener un concepto único de control debido a la existencia de diversas clases de control y a la heterogeneidad de los medios de control (sociales, políticos y jurídicos), lo que obliga la presencia de una pluralidad conceptual. Por tanto, cualquier intento por englobar las distintas modalidades de control en un solo concepto que las pudiese abarcar sería teórica y operativamente imposible por la existencia de la pluralidad de conceptos frente al sentido unívoco de control.

4. Por constitucionalidad debemos entender la correspondencia o conformidad de un acto, norma o disposición de carácter general con la Constitución del Estado.
5. Existen dos tipos de constitucionalidad, una jurídica y una política. La constitucionalidad jurídica se origina cuando el detentador del poder político estatal respeta el marco normativo constitucional. Si no sólo se respeta el ordenamiento constitucional sino además la esencia que subyace en cada precepto constitucional existe una constitucionalidad política.
6. El control de la constitucionalidad es la comprobación de la coincidencia o conformidad de los actos de los órganos constituidos con la Constitución del Estado, cuya finalidad es garantizar el orden normativo por ella establecido mediante la anulación de los actos de gobierno que la contravengan y la destrucción de los efectos derivados de éstos.

7. Con el objeto de proteger a la Constitución de un Estado y hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional, resulta imprescindible el establecimiento de sistemas de control de la constitucionalidad y de medios de control de la constitucionalidad adecuados para verificar la conformidad de las normas de carácter general o de los actos de autoridad con el texto constitucional que permitan anularlos por su falta de correspondencia constitucional así como corregir los efectos derivados de su vigencia o aplicación.

8. No existe un concepto de sistema de control de la constitucionalidad, únicamente elementos genéricos que nos permiten comprender su estructura y funcionamiento, como son: el órgano encargado de ejercer el control; los medios de control de la constitucionalidad y los procedimientos para aplicarlos; las reglas para adoptar las decisiones o resoluciones recaídas en el procedimiento de control de la constitucionalidad; y los efectos de esas resoluciones o sentencias.

9. Los medios de control de la constitucionalidad son todos aquellos instrumentos establecidos constitucionalmente que garantizan la vigencia del orden normativo constitucional. Son de carácter correctivo pues su finalidad es la protección de la Constitución del Estado mediante la anulación de los actos de los órganos constituidos inconformes con ella y la destrucción de los efectos derivados. Como medios de protección de la Constitución responden a esquemas normativos variados por lo que pueden estar previstos en el texto constitucional o bien, en ordenamientos jurídicos derivados de carácter sustantivo o

procedimental. Por lo general atienden a concepciones teóricas muy diversas (controles políticos y jurisdiccionales), sin embargo, al ser institucionalizados, esto es, al estar prescritos por el derecho y funcionar de manera regular, permiten preservar la vigencia del ordenamiento constitucional y el principio de supremacía constitucional al conjurar el riesgo del ejercicio ilimitado del poder político en cualquiera de sus modalidades.

10. Para el diseño y aplicación de los medios de control de la constitucionalidad deben tomarse en consideración los siguientes elementos: 1.- La consideración del acto cuya constitucionalidad se pretende controlar; 2.- La creación de un procedimiento para verificar su constitucionalidad; y 3.- La asignación de determinados efectos a la resolución relativa a la conformidad o inconstitucionalidad entre la Constitución y el acto cuya constitucionalidad se controla. El tratamiento acertado de estos tres elementos garantiza en gran medida la correcta estructuración del mismo y su funcionamiento así como el éxito del medio de control para proteger eficazmente la Constitución de un Estado y el derivado principio de supremacía constitucional.

11. Únicamente deben considerarse como sistemas de control de la constitucionalidad al sistema político de control de la constitucionalidad y al sistema jurídico (jurisdiccional) de control de la constitucionalidad, aclarando que actualmente prevalece este último por considerarse el sistema más eficaz para controlar la constitucionalidad de las normas que pueden contravenir el ordenamiento constitucional debido a su

carácter objetivo (al estar jurídicamente regulado) y por brindar mayor certeza y seguridad producto de la imparcialidad en su aplicación (consecuencia del procedimiento jurisdiccional de control).

12. El sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad puede clasificarse en dos tipos: el sistema concentrado de control de la constitucionalidad conocido también como austriaco y el sistema difuso o americano de control de la constitucionalidad.

13. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad se caracteriza por ser aquél en el que el ejercicio del control sobre la conformidad de los actos de los órganos constituidos (actos de autoridad o normatividad) con la Constitución corresponde a un solo tribunal que bien puede pertenecer a la estructura del poder judicial o ser un órgano independiente. En este sistema se encuentra diferenciada la jurisdicción constitucional de la jurisdicción de legalidad por lo que el procedimiento de control sólo atiende a cuestiones de constitucionalidad, rigiéndose por tanto por una normatividad especial, propia de los procesos constitucionales. Normalmente la cuestión de constitucionalidad sobre un acto de gobierno (actos de autoridades y legislación) se presenta por vía directa o de acción, sin excluir algunos casos por vía incidental o de excepción. En este sentido, un solo tribunal es el que emite la única resolución obligatoria (competencia excluyente) y los alcances del pronunciamiento tienen efectos generales (erga omnes).

14. El sistema difuso de control de la constitucionalidad de leyes se caracteriza por ser aquél en el que cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad de una ley, razón por la cual se denomina difuso a este sistema, pues el control jurisdiccional de las leyes se encuentra disperso en cada uno de los órganos del poder judicial (federales o locales), competentes para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes y declarar su inconstitucionalidad. El procedimiento de control se establece por vía incidental o de excepción, es decir, surge con motivo de un juicio de jurisdicción ordinaria en el cual durante su substanciación surge la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al mismo y que es fundamental para su resolución, caracterizándose porque los efectos de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto (particulares). En este sistema de control rige el principio *stare decisis*, esto es, tiene aplicación la doctrina de los precedentes y una Suprema Corte se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad planteada, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.
15. El control reparador y abstracto es aquél que tiene su origen en la presunta inconstitucionalidad de las normas y tiene lugar una vez vigente la norma en cuestión, por lo que la norma no puede más que reparar, a través de la declaración de nulidad de aquélla, el ordenamiento constitucional quebrantado por ésta. Este tipo de control tiene como objetivo primordial la verificación de la correspondencia entre los actos de los órganos constituidos de aplicación general (normas y disposiciones generales) y la Constitución del Estado antes de su aplicación y después de que haber sido formalmente

promulgados y oficialmente publicados. La vía de acción, principal o directa es la opción legalmente prevista para ejercer esta clase de control.

16. El control concreto es aquél que tiene lugar vinculado a un proceso en un principio no constitucional en el que al hilo de una resolución de un caso concreto se plantea la constitucionalidad de una norma jurídica. A través de este control se verifica la constitucionalidad de leyes o actos que tienen la misma naturaleza de una ley, pero no en abstracto, sino en un juicio concreto en el que se aplica la norma sujeta a control y de la cual depende la validez de la sentencia que conoce de la causa. En estas circunstancias el proceso se suspende para que el juez *a quo* pueda enviar el caso al órgano de control, el cual juzgará exclusivamente sobre la constitucionalidad de la norma respectiva respetando la jurisdicción y la competencia de aquél para resolver el fondo del asunto. La vía de excepción es la opción legalmente prevista para llevar a cabo este control al abrir paso a un proceso incidental de constitucionalidad que implica una conexión necesaria con un proceso concreto para su realización.

17. En España y Alemania, países pertenecientes al sistema concentrado de control de la constitucionalidad, se prevén tanto medios de control abstractos y reparadores de la constitucionalidad de normas como concretos. Al primer caso corresponden el recurso de inconstitucionalidad español y el control abstracto de normas alemán, mientras que para el

segundo corresponden la cuestión de inconstitucionalidad y el control concreto de normas respectivamente.

18. En el sistema difuso de control de la constitucionalidad de los Estados Unidos de América sólo puede controlarse la constitucionalidad de las leyes mediante la llamada "revisión judicial de leyes", medio de control de la constitucionalidad que corresponde por sus características estructurales y funcionales al control concreto de normas generales.
19. En nuestro país el único medio de control de la constitucionalidad de normas generales es la acción de inconstitucionalidad que responde en cuanto a su diseño a un control de carácter jurisdiccional abstracto y reparador de la constitucionalidad. En consecuencia, persigue un interés público objetivo de protección de la Constitución.
20. La acción de inconstitucionalidad se encuentra prevista en el artículo 105, fracción segunda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su procedimiento y substanciación se encuentra regulado en la Ley Reglamentaria de dicho precepto constitucional.
21. El diseño estructural y funcional actual de la acción de inconstitucionalidad es deficiente debido a que presenta fallas tanto a nivel constitucional como legal reglamentario que dificultan la tutela abstracta de la Constitución, pues no corresponden al diseño de los medios abstractos de control más avanzados, como es el caso de aquéllos previstos por los sistemas de control español y alemán --recurso de

inconstitucionalidad y control abstracto de normas respectivamente--, situación que lo hace ser un medio ineficaz para verificar la correspondencia de las normas y disposiciones generales con la Constitución mexicana.

22. El objeto de control de la acción de inconstitucionalidad en nuestro país se encuentra restringido constitucional y legalmente a determinadas normas de carácter general (leyes en sentido formal, sean federales o locales, tratados internacionales y constituciones locales), por lo que resulta imposible el control de todas aquellas normas y disposiciones cuya generalidad, impersonalidad, abstracción, permanencia, heteronomía, obligatoriedad y coercibilidad muestren inconformidad con el texto constitucional aun siendo éstas contrarias a la Constitución, por lo que sería conveniente ampliar el objeto de control a fin de incluir a las normas y disposiciones que por su generalidad y abstracción pudieran vulnerar el ordenamiento constitucional.

23. Una deficiencia más que puede apreciarse en el diseño estructural de la acción de inconstitucionalidad es el referente al porcentaje requerido de legisladores para impugnar la constitucionalidad de las normas generales previsto constitucional y legalmente, el cual resulta ser demasiado elevado (treinta y tres por ciento de los miembros del órgano legislativo). Por lo tanto, sería conveniente reducir el porcentaje exigido para promover el control abstracto de constitucionalidad con la finalidad de garantizar el derecho de participación de las minorías parlamentarias en el proceso directo de constitucionalidad.

24. Consideramos incorrecto que se faculte a los miembros de los órganos legislativos federales y locales para cuestionar únicamente la constitucionalidad de las normas generales que expidan mediante la acción de inconstitucionalidad, pues no debe atenderse a un interés subjetivo público de los miembros del órgano legislativo (interés jurídico y lesión o agravio personal y directo originado por la vigencia de la norma) sino a un interés público objetivo de protección de la Constitución (preservación del estado de conformidad de todo el ordenamiento jurídico derivado con la Constitución del Estado y del principio de supremacía constitucional). Por ello, lo conveniente es que los legisladores federales o estatales estén facultados para promover la acción de inconstitucionalidad respecto de cualquier norma de carácter general emane o no del órgano legislativo al que pertenezcan.

25. Resulta incorrecto legitimar activamente al procurador general de la República para interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de todas las normas de carácter general que conforman el objeto de control, ya que no se protegen derechos fundamentales sino a la Constitución del Estado, por lo cual su legitimación resulta innecesaria en el proceso abstracto de control de la constitucionalidad, debiéndose en todo caso legitimar al titular del órgano ejecutivo federal por ser el superior jerárquico de éste y responsable del órgano ejecutivo al cual pertenece la dependencia que dirige.

26. El carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad como medio de control de la constitucionalidad permite una amplia previsión de los sujetos legitimados para ejercerla, por tanto el número de sujetos legitimados debería ser más amplio en nuestro país. Al ser un control ejercido en función de normas que afectan a la generalidad, debe facultarse a aquellos sujetos obligados a su cumplimiento permitiéndose así a la mayor parte de la población, que es a la que normalmente va dirigida, denunciar la inconformidad de las normas secundarias con la Constitución. Esta situación contribuiría a mejorar cualitativamente el diseño estructural y funcional de este medio de control y a garantizar la permanencia de un estado de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico estatal vigente.

27. Debe reducirse el quórum de asistencia y de votación con la finalidad de que el porcentaje requerido disminuya y sea posible la intervención de una mayoría absoluta de los miembros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para verificar la constitucionalidad de las normas generales y en su caso anularlas, pues actualmente se requieren las tres cuartas partes de los miembros de este órgano colegiado para llevar a cabo válidamente el control de la constitucionalidad de las mismas, situación que dificulta el control abstracto en nuestro país debido al quórum excesivo y votación calificada requeridos para declarar la anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objeto de control.

28. No debe existir plazo de interposición de la acción de inconstitucionalidad. Al establecerse un término tan breve para su promoción (treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma) impide que una vez agotado el tiempo fijado constitucionalmente pueda cuestionarse la constitucionalidad de una norma general, convalidándose y prevaleciendo aun cuando indiscutiblemente contravenga el ordenamiento constitucional. El sentido común indica que cuando se trata de normas contrarias a la Constitución y por tanto nulas, de conformidad con el principio de supremacía constitucional, no debe existir plazo para invocar su nulidad, por lo que resultaría conveniente que el término quedara abierto para que los sujetos y órganos estatales legitimados instaran en cualquier momento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a verificar la constitucionalidad de las normas generales desde el momento que las consideraran nulas en razón de su incompatibilidad formal o material con la Constitución mexicana.

29. Con la finalidad de mejorar nuestro sistema de control de la constitucionalidad, además de corregirse las fallas estructurales y funcionales mencionadas mediante las reformas constitucionales y legales adecuadas, sería conveniente la introducción de un medio de control concreto de normas y disposiciones generales con el objeto de proteger no solamente de manera abstracta a la Constitución del Estado sino también de la aplicación concreta de las normas anticonstitucionales que pudieran servir de fundamento para la resolución de juicios ordinarios (primera instancia o apelación), situación que contribuiría a hacer más eficiente el

control de la constitucionalidad de normas y disposiciones generales en México, pues los efectos de las resoluciones recaídas al proceso concreto de control serían generales y por tanto gozarían de la misma eficacia que aquellas dictadas en el proceso abstracto de control de normas generales, complementándose con ello los medios de protección necesarios para la tutela integral de la Constitución mexicana y la preservación del estado de constitucionalidad del ordenamiento jurídico estatal.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

LIBROS

- ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002, XVIII + 257pp.
- ARTEAGA NAVA, Elisur. *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigadora de la corte; el caso Tabasco y otros*. Pr. Leonel Pereznieto Castro. Tercera edición. México, Grupo Editorial Monte Alto, 1997, XVI + 562 pp.
- -----, *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 1. México, Oxford University Press, 2000, XXVI + 547pp.
- -----, *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 4. México, Oxford University Press, 2000, IX + 345 pp.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción de inconstitucionalidad*. Primera reimpresión. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2000, 289 pp.
- BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*. Trigésima séptima edición. México, Editorial Porrúa, 2000, 1083 pp.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *Biblioteca de Amparo y Derecho Constitucional*. Volumen I. México, Oxford University Press, 2002, XIV + 584 pp.
- -----, *El artículo 105 constitucional*. México, Facultad de Derecho - UNAM, 1996, V + 385 pp.
- CAPELLETTI, Mauro. *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (Estudios de Derecho Comparado)*. Pr. Héctor Fix Zamudio. México, UNAM – Facultad de Derecho, 1987, 357pp.
- COTARELO, Ramón et. al. *Sistemas políticos de la Unión Europea con inclusión de Estados Unidos y Japón*. Madrid, Editorial Universitas, 1993, 353 pp.

- COVIÁN ANDRADE, Miguel. *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*. México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2001, XI + 387 pp.
- -----, *La Teoría del Rombo: ingeniería constitucional del sistema político democrático*. Primera reimpresión. México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2002, VII + 335 pp.
- -----, *Teoría Constitucional*. Segunda edición. México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2000, XII + 789 pp.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Derecho procesal electoral mexicano*. México, Centro Universitario Allende, 2002, 132 pp.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Tr. Eliseo Aja. Pr. Pablo Lucas Verdú. Segunda reimpresión. México, Editorial Planeta Mexicana, 1992, 663 pp.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, 2001, XII + 1073 pp.
- GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El recurso de inconstitucionalidad; El proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid, Editorial Trivium, 1992, 244 pp.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Decimosexta edición. Pr. Virgilio Domínguez. México, Editorial Porrúa, 1969, XV + 444 pp.
- HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Segunda edición. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2001, 188 pp.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Quinta edición. México, Ediciones Coyoacán, 1999, 131 pp.

- MATEOS MUÑOZ, Agustín. *Compendio de etimologías grecolatinas del español*. Trigésima tercera edición. México, Editorial Esfinge, 1994, 408 pp.
- MERCADER DÍAZ DE LEÓN, Antonio Eduardo. *El juicio electoral ciudadano y otros medios de control constitucional*. México, Editorial Delma, 2001, XXII + 408 pp.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *Derecho constitucional consuetudinario*. Primera reimpresión. México, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, 140 pp.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel. *Teoría del derecho*. México, Editorial Duero, 1990, XI + 273 pp.
- *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* Segunda edición. México, Poder Judicial de la Federación- Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, 112 pp.
- RABASA, Oscar. *El derecho angloamericano*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, 1982, 668 pp.
- RESS, Georg. *El control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal de Alemania* en Primer Encuentro Jurídico Argentino – Germano (5 al 8 de Abril de 1988). Buenos Aires, 1990, pp.129 a 163.
- REYES REYES, Pablo Enrique. *La acción de inconstitucionalidad; Derecho procesal constitucional*. Pr. Genaro David Góngora Pimentel. México, Editorial Oxford University Press, 2000, XV + 202 pp.
- RIBAS MAURA, Andrés. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid, Editorial Civitas, 1991, 160 pp.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. *Historia del Derecho Mexicano*. Sexta edición. México, Editorial Porrúa, 1998, 200 pp.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*. Trigésima cuarta edición. México, Editorial Porrúa, 2001, XL + 653 pp.

- -----, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*. Vigésimo primera edición. México, Editorial Porrúa, 1998, XXIV + 1180 pp.
- URSÚA- COCKE, Eugenio. *Elementos del sistema jurídico anglosajón*. México, Editorial Porrúa, 1984, XXX + 247 pp.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*. Tr. Marina Gascón. Cuarta edición. Madrid, Editorial Trotta, 2002, 156 pp.

DICCIONARIOS

- ARTEAGA NAVA, Elisur y Laura Trigueros Gaisman. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 2 (Derecho Constitucional). Segunda edición. México, Oxford University Press, 2000, XII + 102 pp.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I (A-B). Decimocuarta edición. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, XII + 530 pp.
- -----, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo III (E-I). Decimocuarta edición. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, X + 812 pp.
- COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 4 (Derecho Procesal). Segunda edición. México, Oxford University Press, 2000, XII + 272.
- CHÁVEZ CASTILLO, Raúl. *Diccionarios Jurídicos Temáticos*. Volumen 7 (Juicio de amparo). Segunda edición. México, Oxford University Press, 2000, XIII + 112.
- *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I (A-G). Vigésima primera edición. Madrid, Editorial Espasa - Calpe, 1992, XXXVII + 1077 pp.

- *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo II (H-Z). Vigésima primera edición. Madrid, Editorial Espasa – Calpe, 1992, XI + 1054 pp.
- *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo IV (F-L). México, Editorial Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, XXXII + 1070 pp.
- *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo VI (Q-Z). México, Editorial Porrúa – Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, XXX + 1035 pp.

REVISTAS

- ARRIAGA BECERRA, Hugo Alberto. “*La acción de inconstitucionalidad.*” Torreón, Coahuila, Revista Lex, 3ª Época, Año 1, Número 4, Octubre, 1995, pp. 59-63.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio. “*El reclamo como antecedente de la acción de inconstitucionalidad en el artículo 105 de la Constitución.*” México, D.F., Revista Quórum, 2ª Época, Año IV, Número 32, Enero – Febrero, 1995, pp. 83-86.
- FIERRO FERRAEZ, Ana Elena. “*El uso del precedente en el sistema estadounidense. El principio de stare decisis.*” México D.F., Anuario de Derecho Público, Número 2, 1998.
- GALEANA PELÁEZ, Alejandro. “*El judicial review, el Tribunal Constitucional y la Ley Reglamentaria de la fracción I y II del artículo 105 de la constitución.*” Oaxaca, México, Revista Jurídica de Posgrado, Año 4, Números 13-14, Enero-Junio, 1998, pp. 62-92.

LEGISLACIÓN VIGENTE

- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales
- Constitución Española

- Constitución de los Estados Unidos de América
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Reglamento del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.
- Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año I, Núm. 11, 18 de abril de 1995.
- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año I, Núm. 15, 24 de abril de 1995.
- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año III, Número 24, 7 de noviembre de 1996.

- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año III, Número 26, 13 de noviembre de 1996.
- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados, Año III, Número 27, 14 de noviembre de 1996.
- Iniciativa con proyecto de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Presidencia de la República, abril de 1995.

HERRAMIENTAS INFORMÁTICAS

- Facultades exclusivas. Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, disco óptico editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Compila IX. Legislación Federal y del Distrito Federal, disco óptico editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.