

00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO

6
20j

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
EN EL DERECHO COMPARADO

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR
EN DERECHO PRESENTA EL

MTRO. MIGUEL COVIAN ANDRADE

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

**EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
EN EL DERECHO COMPARADO**

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	I
CAPITULO PRIMERO. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. CONCEPTOS GENERALES	1
1. ALCANCES DEL TEMA Y EXPLICACION METODOLOGICA	3
2. CONSTITUCIONALIDAD Y ESTADO DE DERECHO	13
3. CONSTITUCIONALIDAD Y PODER POLITICO	26
4. CONCEPTO Y JUSTIFICACION DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ...	39
CAPITULO SEGUNDO. SISTEMAS Y METODOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	52
1. SISTEMAS Y METODOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	52
1.1. CONTROL LEGISLATIVO	63
1.2. CONTROL POLITICO	69
1.3. CONTROL JURISDICCIONAL	80
2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD	94
CAPITULO TERCERO. EL MODELO AUSTRIACO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	100
1. EL MODELO AUSTRIACO O "CONCENTRADO" DE CONTROL DE CONSTITUCIO- NALIDAD	100
2. LA CONSTITUCION DE AUSTRIA DE 1929	108
2.1. LOS ORGANOS CONSTITUCIONALES	109

	Pág.
2.2. LA CORTE CONSTITUCIONAL	116
2.2.1. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO	120
2.2.2. COMPETENCIA	121
3. INFLUENCIA DEL MODELO AUSTRIACO EN EUROPA	134
CAPITULO CUARTO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA	174
1. LA CONSTITUCION DE 1948	177
2. LA CORTE COSTITUZIONALE	181
2.1. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO	190
2.2. COMPETENCIA	200
2.3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	209
CAPITULO QUINTO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ALEMANIA	223
1. LA LEY FUNDAMENTAL DE LA BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND	223
2. DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (EL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIO- NAL)	241
2.1. ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO	248
2.2. COMPETENCIA	252
2.3. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	260
CAPITULO SEXTO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN FRANCIA	291
1. LA CONSTITUCION DE 1958	293
2. EL CONSEJO CONSTITUCIONAL	305
2.1. COMPOSICION	310
2.2. FUNCIONAMIENTO	314
2.3. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL CONSEJO	315
2.4. COMPETENCIA	320
3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	322

	Pág.
CAPITULO SEPTIMO. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA	344
1. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978	344
2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	348
2.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	350
2.2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	386
CAPITULO OCTAVO. LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y EL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	388
1. LA CONSTITUCION FEDERAL DE 1787	388
2. EL PODER JUDICIAL	405
2.1. LA CORTE SUPREMA	408
2.2. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE SUPREMA (JUDICIAL REVIEW)	417
2.3. LA DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES (STARE DECISIS)	428
CAPITULO NOVENO. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN MEXICO	442
1. LA CONSTITUCION FEDERAL DE 1917	442
2. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	447
3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL JUICIO DE AMPARO ..	457
3.1. EL AMPARO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	490
3.2. EL AMPARO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD	517
CAPITULO DECIMO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO	529
1. LIMITES DEL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE CONTROL DE CONSTI-- TUCIONALIDAD	529
2. JUSTIFICACION DE REFORMAS AL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	547

	Pág.
3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO	559
3.1. TENDENCIA A LA CREACION DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMERICA LATINA	566
3.2. COMPOSICION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO	570
CONCLUSIONES	581
BIBLIOGRAFIA	602

Lic. Miguel Covian Andrade

ABOGADO

"EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO"

ESTA OBRA TIENE COMO PROPOSITO ESENCIAL PRESENTAR UN PROYECTO DE REFORMAS AL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MEXICANO, EL CUAL ESTA BASADO EN EL JUICIO DE AMPARO.

EL ESTUDIO SE DIVIDE EN DIEZ CAPITULOS, UNA INTRODUCCION Y UNA SECCION DE CONCLUSIONES.

LOS DOS PRIMEROS CAPITULOS ESTAN DEDICADOS A LA REVISION DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON EL TEMA, TALES COMO:

- A) CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.;
- B) CONTROL DE LEGALIDAD.;
- C) CONSTITUCIONALIDAD Y PODER POLITICO.;
- D) CONSTITUCIONALIDAD Y ESTADO DE DERECHO.;
- E) SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.;
- F) SISTEMA DE CONTROL LEGISLATIVO.;
- G) SISTEMA DE CONTROL POLITICO.;
- H) SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL.;
- I) SISTEMA CONCENTRADO DE CONTROL.;
- J) SISTEMA DIFUSO DE CONTROL.

EN LOS SIGUIENTES SEIS CAPITULOS SE ESTUDIA EN TERMINOS GENERALES LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS QUE A CONTINUACION SE REFERIRAN, ANALIZANDO DETALLADAMENTE EL SISTEMA DE CONTROL EXISTENTE EN CADA UNO, EMPLEANDO EL METODO DE DERECHO COMPARADO. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD QUE COMPRENDE ESTA PARTE DE LA OBRA SON LOS DE:

- A) AUSTRIA, CON REFERENCIA A SU INFLUENCIA EN PAISES COMO MONACO, LIECHTENSTEIN, TURQUIA, SUIZA, YUGOSLAVIA Y PORTUGAL.;
- B) ITALIA (ESTUDIO DE LA CORTE COSTITUZIONALE).;
- C) ALEMANIA (ESTUDIO DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT).;
- D) FRANCIA (ESTUDIO DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL).;
- E) ESPAÑA (ESTUDIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL).;
- F) ESTADOS UNIDOS (ESTUDIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA).

EL CAPITULO NUEVE SE OCUPA PARA ESTUDIAR EL CASO DE MEXICO, ANALIZANDO EL AMPARO Y EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTICULO 105 DE LA CONSTITUCION FEDERAL, LOS CUALES INTEGRAN EL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MEXICANO.

POR ULTIMO, EL CAPITULO DIEZ CONTIENE UN EXAMEN CRITICO DEL SISTEMA MEXICANO, BASADO EN EL EXAMEN DE LOS LIMITES DEL AMPARO, EN LA NECESIDAD DE REFORMAR ESTE SISTEMA, EN LA REFERENCIA A LA CREACION DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMERICA LATINA, FINALIZANDO CON LA PROPUESTA ESPECIAL DE LA OBRA QUE CONSISTE EN LA CREACION DEL "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO".

LA OBRA TERMINA CON UN APARTADO DE CONCLUSIONES Y UNA SECCION DE LA BIBLIOGRAFIA NACIONAL Y EXTRANJERA CONSULTADA.

I N T R O D U C C I O N

El estudio comparado de los Sistemas de control de constitucionalidad representa un esfuerzo de investigación tan arduo como fecundo.

El objetivo de cualquier Sistema de control es siempre el mismo: verificar la constitucionalidad de los actos provenientes de los Poderes públicos y en caso de constatar que ésta no existe, destruir los efectos del acto contrario a la Constitución.

Lo que difiere entonces, de un Sistema a otro, son los medios que cada uno emplea para lograr sus finalidades.

¿Por qué deben ser "constitucionales" los actos de autoridad?, o dicho en otros términos, ¿qué significa la "constitucionalidad" de esos actos?

Significa que todo acto de autoridad en el sentido más amplio de esta expresión, debe estar basado en la Constitución del Estado, someterse a ella y respetar sus términos normativos.

Los Estados constitucionales son aquellos que se fundamentan en el principio esencial de la regulación jurídica del Poder político. Desde hace varios siglos la historia de las ideas políti-

cas puede describirse en términos de una lucha entre detentadores del Poder y destinatarios de él, en la que los segundos pretenden limitar objetivamente el ejercicio du pouvoir politique del que - los primeros se han adueñado. Más de doscientos años han transcurrido desde el momento en que esa lucha interminable rindió sus - primeros frutos.

Los dos primeros Estados de Derecho, edificados sobre la base del principio de la limitación del Poder político, no a través de una forma de Poder fáctico más fuerte que le hace frente, sino mediante un conjunto de normas supremas de validez permanente que organizan, regulan y fijan contornos precisos a su ejercicio, simbolizan el inicio de la era de los Estados constitucionales o del cosi detto "constitucionalismo moderno".

En el Estado constitucional los conceptos -y las acciones - que les son correlativas- de Constitución y Poder político están indisolublemente ligados. La Constitución organiza, norma y delimita al Poder público con fundamento en los principios de Supremacía constitucional y de legalidad.

El Poder sometido a la Ley y particularmente a la Ley Suprema es la esencia del Estado constitucional de Derecho.

En el ámbito de la creación, modificación y aplicación de la Ley, rige la regla del respeto irrestricto de las normas, en dos vertientes generales:

III

A) Producción y reproducción de las normas jurídicas según procedimientos previstos en la Constitución incluido el que regula su Reforma-, con base en una jerarquización normativa que condiciona y da validez a los contenidos y alcances de cada conjunto de normas; y

B) Ejercicio del Poder público por los distintos órganos - del Estado, en el ámbito de su competencia delimitada constitucional y legalmente, mediante la aplicación de la Ley, en forma de - actos de autoridad fundamentados en derecho.

El respeto de ambas vertientes por los actos del Poder del - Estado, tiene como consecuencia que éstos sean constitucionalmente válidos. Es decir, que la plena y constante coincidencia entre la descripción normativa del Poder político organizado y delimitado por la Ley y la actuación real de los órganos estatales que lo ejercen en cada caso concreto, da como resultado un "estado de - constitucionalidad".

La "constitucionalidad" de los actos de autoridad se producirá cuando éstos correspondan puntualmente a las prescripciones de la Ley Suprema. La "inconstitucionalidad" por ende, es el vicio de que adolece todo acto de autoridad que vulnera el mandato de - la Constitución (1).

(1) En los capítulos primero y segundo de esta obra, véanse las - diferencias entre "inconstitucionalidad" e "ilegalidad" de los actos de autoridad y entre "control de constitucionalidad" y "control de legalidad".

Ahora bien, ¿por qué es necesario controlar la constitucionalidad del ejercicio del Poder del Estado? ¿Para qué se crean mecanismos de control que comprueben esa correspondencia entre la Constitución y los actos de autoridad, en sentido amplio?

Las razones son estas. El Poder político y su ejercicio -- real no se constriñen necesariamente a la estructura o descripción normativa que les confiere el marco constitucional. En virtud de que los procesos de realización del Poder político son dinámicos y muchos más complejos de lo que una definición constitucional-normativa estática puede sugerir, resulta indispensable analizar el problema de su constitucionalidad a la luz de la praxis del Poder y no sólo de la normatividad formal que lo regula y delimita.

Si al ejercer el Poder de que están investidos los órganos del Estado, se cumpliera en todos los casos con los principios de "constitucionalidad" y de "legalidad", sería ocioso pensar en el establecimiento de estructuras e instituciones jurídicas que controlaran la correspondencia entre el Derecho y los actos de autoridad. Sin embargo, esto no es lo que ocurre en la realidad necesariamente. A la descripción estructural-orgánica de la Constitución que norma y delimita el ejercicio del Poder, no siempre corresponden actos de autoridad que la respeten y que se ajusten a sus prescripciones.

Por lo tanto, a la exégesis de la descripción normativa sobre "cómo debe ser ejercido el Poder", contenida en la Constitución, debe añadirse el análisis concreto sobre "cómo se ejerce efectivamente" en el terreno de la realidad, en forma de actos de autoridad. Esto con el objeto de que, cuando no exista correspondencia entre el "deber ser" y el "ser", entre el marco normativo que regula el ejercicio del Poder, y el acto de autoridad violatorio de la Constitución, los efectos de éste sean combatidos y destruidos por medio de instrumentos normativos previstos constitucionalmente al efecto.

En otros términos, cuando un acto de autoridad, lato sensu, contradice a la norma constitucional, se quebranta el principio base del "Estado de Derecho" consistente en la sumisión del Poder político a la Ley. Roto así momentáneamente, el "estado de constitucionalidad", es necesario destruir los efectos del acto de autoridad contrario a derecho para reestablecer la correspondencia entre el ejercicio del Poder y la descripción normativa que lo delinea. Esta operación se realiza mediante instituciones y procedimientos jurídicos, previstos en la propia Constitución cuya finalidad es, precisamente, quitar efectos a los actos de autoridad que la vulneran. Estas instituciones jurídicas constituyen los "medios de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad". Su estructura, su organización, sus procedimientos, los órganos que los aplican y los efectos de las resoluciones que estos emiten configuran los Sistemas de control de constitucionalidad.

Razonada así la pertinencia del objeto de análisis de esta obra -los Sistemas de control de constitucionalidad-, nos resta aún justificar el uso del método de investigación comparado, antes de iniciar el desarrollo de este trabajo.

Uno de los tratadistas mexicanos que con mayor profundidad ha penetrado en el estudio de los Sistemas de control de constitucionalidad es sin duda, Hector Fix Zamudio.

En relación al eje central del Sistema de control mexicano, que es el Juicio de Amparo, sostiene el Dr. Fix:

".... la necesidad de utilizar el método jurídico comparativo para analizar el juicio de amparo mexicano, en cuanto dicho instrumento de investigación es necesario para el análisis de cualquier institución jurídica, la que no puede entenderse, aún de acuerdo con el derecho positivo nacional, si no se contrasta con otros ordenamientos similares." (2)

Este contraste al que se refiere el autor es, como él lo señala, indispensable para la institución jurídica que se examina y, añadiríamos nosotros, para evaluar su pertinencia, su eficacia y el grado de cumplimiento de las finalidades para las que ha sido creada.

El método comparado permite a los juristas, como dice Camille Jouffret, considerar las posibilidades de mejoramiento del dere--

(2) Héctor Fix Zamudio, "Ensayos sobre el Derecho de Amparo", -- UNAM, 1993, pág. 351.

cho nacional o interno, evadiéndose de las investigaciones rutinarias y aprovechando la experiencia de otros Sistemas jurídicos - establecidos en latitudes diversas (3).

Para nuestro objeto de estudio, los métodos de derecho comparado y de derecho constitucional comparado, representan instrumentos de análisis de valor superlativo.

La comparación de los Sistemas de control de constitucionalidad resulta de gran utilidad no sólo para conocer e interpretar - distintas instituciones normativas, sino muy señaladamente para advertir la eficacia con que los diferentes medios de control que los integran, cumplen con la finalidad genérica de destruir los - efectos anticonstitucionales de los actos de autoridad que lesionan la Ley Suprema.

Por lo que respecta, por ejemplo, al Sistema de control mexicano, el método comparado es herramienta de análisis invaluable - para percibir con nitidez los alcances y las posibilidades reales de desarrollo de la institución jurídica que constituye su elemento medular: el Juicio de Amparo.

No resulta exagerado afirmar que los estudios jurídicos modernos más fecundos y productivos teórica y prácticamente, se -

(3) Camille Jouffret Spinosi, "Les grandes systèmes de Droit contemporaines", Dalloz, París, 8a. Edición, 1991, pág. 7.

VIII

basan invariablemente en la comparación científica de instituciones jurídicas e inclusive de sistemas de derecho completos.

Consideramos que los objetivos concretos de esta obra no habrían sido asequibles, si es que en verdad se lograron, si no hubiese sido empleado el método de derecho comparado.

La presentación en forma comparativa de los sistemas de control de constitucionalidad en su conjunto y específicamente relativos a cada uno de los Estados incluidos en este estudio pretende cumplir con los siguientes propósitos principales:

A) Caracterizar adecuadamente a los grandes Sistemas de control, precisando los elementos normativos que los configuran y aclarando varias confusiones en que algunos teóricos nacionales y extranjeros incurren, en ocasiones, al tipificarlos;

B) Penetrar en el análisis del Sistema de control de los Estados europeos y americanos más importantes, tales como Austria, España, Alemania, Italia, Francia, Estados Unidos y México.

C) Ofrecer una visión panorámica del caso de otros Estados europeos y americanos influidos, en materia de control de constitucionalidad, por uno u otro modelo de control, "concentrado" o "difuso".

D) Analizar el grado de influencia de ambos tipos de control de constitucionalidad, en los continentes europeo y americano y la tendencia actual a la adopción de un modelo o de otro, o bien de medios de control que configuren Sistemas caracterizados por la presencia simultánea de elementos propios de una variante o de otra.

E) Examinar concretamente el Sistema de control de constitucionalidad mexicano, en cuanto a su organización, alcances y efectividad, a efecto de estar en condiciones de proponer las adiciones y reformas estructural-normativas necesarias de las que surja un Sistema de control integral y eficaz en tanto instrumento de defensa de la Constitución.

Adicionalmente a estos propósitos centrales, esta obra ofrece al lector la ocasión de conocer la estructura, el funcionamiento y los alcances de Tribunales encargados del control de constitucionalidad superficial o fragmentariamente estudiados en nuestro país, como le "Conseil Constitutionnel" francés, la "Corte Costituzionale" italiana o el "Bundesverfassungsgericht" alemán. Intenta igualmente penetrar en el análisis objetivo, apartado de prejuicios o de enfoques reverenciales, sobre los caracteres y la efectividad reales de instituciones seculares de control como la Suprema Corte de Justicia Norteamericana. Procura además, presentar información prácticamente desconocida en la materia, relativa

a los Tribunales constitucionales de Estados europeos, cuyo estudio es generalmente omitido en las investigaciones sobre el tema, como los casos de Mónaco, Liechtenstein, Yugoslavia y Turquía, - entre otros.

Más allá de ser un intento de carácter enciclopédico y lejos de tener una pretensión por lo demás inútil, de merecer el calificativo de "erudito", este estudio trata de aportar algunas luces en el análisis de tan relevante tema y muy señaladamente, de contribuir al posible desarrollo de un nuevo Sistema de control de - constitucionalidad mexicano, basado en el establecimiento de un - Tribunal constitucional federal, dotado de una competencia suficiente para conocer de cualquier acto de autoridad que vulnere la Constitución del Estado.

Los dos últimos capítulos de esta obra se dedican al estudio del Sistema de control de constitucionalidad mexicano y al examen de sus posibilidades de reforma a efecto de convertirlo en un sistema completo y eficaz de defensa de la Constitución.

Basado actualmente en el Juicio de Amparo, el Sistema mexicano de control, como lo demostraremos, es limitado e incompleto.

Sus límites derivan del hecho de que siendo el Amparo prácticamente el único medio de control con que cuenta (4) y dadas las

(4) El otro medio de control que preve la Constitución mexicana - es el que genéricamente se conoce como "litigio constitucional",-

características estructural-normativas de esta Institución, el Sistema mexicano se limita a corroborar la constitucionalidad de Leyes y actos de autoridad que lesionan las garantías individuales. (5)

El Sistema de control de constitucionalidad del Estado federal mexicano es además incompleto porque un número muy importante de controversias o cuestiones de constitucionalidad no han sido previstas por la Ley Suprema, y si lo han sido excepcionalmente, no están debidamente reguladas ni en ella, ni en las leyes secundarias.

Debido a esta circunstancia una cantidad muy importante de actos de autoridad violatorios de la Constitución no son impugnables por carencia de medios de control adecuados para combatir sus efectos. En casos como el del ataque a la inconstitucionalidad de las leyes, se ha intentado vía Juicio de Amparo, ajustar esta Institución para emplearla como medio de control, con resultados pocos satisfactorios. Tratándose de otra clase de actos contrarios a la Ley Suprema, como reformas anticonstitucionales

prescrito en su artículo 105. Véase el capítulo nueve.

(5) Las fracciones II y III del artículo 103 constitucional contemplan la procedencia del Amparo en casos de invasión de competencias de los órganos federales por los locales y viceversa, Sin embargo, en razón de que el artículo 107 de la Ley Suprema mexicana en su fracción primera, fuerza a que el Amparo se promueva a instancia de parte agraviada, este medio de control se fundamenta siempre en la fracción primera del 103, por violación de garantías individuales. Véase el último párrafo del capítulo nueve de esta obra, en el que se aborda el tema.

o conflictos entre los Poderes Federales del Estado, el Sistema - de control mexicano es totalmente omiso.

En razón de lo anterior, resulta evidente la necesidad de - plantear una serie de reformas y adiciones al Sistema actual con el objeto de crear los medios de control idóneos que rescaten al imperfecto "Amparo contra leyes" del estado en que se encuentra y además aquéllos otros indispensables para destruir los efectos an ticonstitucionales de actos de autoridad que contradicen los tér- minos de la Ley Suprema mexicana y que ésta por el momento ni si- quiera contempla.

Permítasenos, por último, adelantar aquí la que será una de las conclusiones de esta obra: un Sistema de control de constitu- cionalidad completo y eficaz es aquél que contempla todos los ca- sos posibles de violación a la Ley Suprema y estructura para cada uno, el medio de control adecuado para suprimir de inmediato los efectos inconstitucionales del acto de autoridad lesivo de la - Constitución del Estado.

CAPITULO I

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD CONCEPTOS GENERALES

Sumario: 1.- Alcances del Tema y Explicación Metodológica; 2.- Constitucionalidad y Estado de Derecho; 3.- - Constitucionalidad y Poder Político; 4.- Concepto y Jug tificación del Control de Constitucionalidad.

El tema del control de la constitucionalidad es vasto y complejo. Indispensable por ende es fijar con claridad los marcos de referencia y el método a seguir en una investigación de es ta naturaleza.

En realidad esta tarea per se, presenta algunas dificultades pues a la expresión "control de constitucionalidad", cabría requerirle una respuesta sobre ¿la constitucionalidad de qué?. Si no precisáramos con cuidado tal respuesta, y ésta fuera por ejemplo: "de la constitucionalidad de las leyes", podríamos formular de inmediato, al menos dos cuestiones más, a saber: ¿de la expedición de leyes, en cuanto a sus aspectos formales y materiales? (1) o

(1) La constitucionalidad de una Ley desde el punto de vista formal la entendemos como la correspondencia de su elaboración con las normas que fijan el proceso legislativo, es decir, órgano competente, facultades de iniciativa, votaciones, promulgación, etc. Materialmente en cambio, la constitucionalidad de una Ley se examina en cuanto a su contenido normativo y a su conformidad con la Constitución a la que no puede contradecir ni total ni parcialmente y cuyas normas no deben resultar inaplicables con motivo de la expedición de una legislación secundaria que las haga nugatorias. (Principio de su pre ma cia constitucional).

¿de la aplicación de las leyes en vigor?

Tan importante es la delimitación del tema que, si optáramos por lo primero (expedición de leyes), el alcance de nuestro estudio sería muy distinto a lo que ocurriría si tomamos la segunda opción. Si este fuera el caso, habría que plantearse el hecho de que la aplicación de las leyes se produce en los ámbitos de competencia de los poderes ejecutivo y judicial (2), circunstancia que nos obligaría a examinar necesariamente la constitucionalidad de los actos de autoridad (3), junto a la creación de leyes y nos trasladaría a un terreno de investigación mucho más amplio y variado que el de la función estrictamente legislativa.

También podríamos tomar otra alternativa para fijar los límites de nuestra investigación y encuadrarla no en función de sus alcances (control de leyes o de actos de autoridad), sino en cuanto a la naturaleza del órgano a cuyo cargo está el control de constitucionalidad. Así podríamos analizar la competencia de --

(2) Es oportuno aclarar que la aplicación de las leyes por el poder ejecutivo "en lo general" y por el judicial "en lo particular", no es exclusiva de estos dos Poderes, pues en rigor también el Legislativo aplica la Ley, en el sentido de que respeta su contenido y se atiene a su obligatoriedad, cuando por ejemplo, observa puntualmente las normas constitucionales que le imponen obligaciones o le confieren derechos o bien, se ajusta a los imperativos de una Ley secundaria u orgánica (COFIPE, Ley orgánica del Congreso de la Unión en México, etc).

(3) Sobre la "constitucionalidad" de los actos de autoridad y la distinción entre control de constitucionalidad y control de legalidad, ver infra 94.

los órganos políticos de control de la constitucionalidad (4); o referirnos al control jurisdiccional y al "judicial review". (5) En ambos casos los resultados del análisis serían muy diversos y diferirían igualmente de los que arrojaría un estudio basado en el acto de autoridad, lato sensu, que se somete al control de constitucionalidad.

Sirvan estas breves reflexiones para destacar la amplitud del tema y las distintas posibilidades de abordarlo.

ALCANCES DEL TEMA

Nuestro estudio tiene objetivos tales que nos impiden tomar alguna de las opciones esbozadas, toda vez que cualquiera de ellas limita el campo de la investigación y nos fuerza a renunciar al análisis general de los métodos de control de constitucionalidad, de sus alcances y de los órganos que los realizan. Como no perseguimos la finalidad de estudiar exclusivamente algún caso concreto (el Bundesverfassungsgericht o le Conseil Constitutionnel francés o la Corte Costituzionale italiana, o el Tribunal federal suizo), no podemos tomar ninguna de las opciones descritas.

(4) Sobre el control ejercido por un órgano político, ver en el segundo capítulo el apartado "Sistemas y métodos de control de la constitucionalidad".

(5) Ver infra 82.

En cambio, como nuestro interés es el de proponer modificaciones de fondo al Sistema de control de constitucionalidad mexicano, nos resulta particularmente útil dejar abierto nuestro campo de estudio de Derecho comparado, examinando tantos países, como nos sea posible, revisando sus estructuras y desde luego su experiencia práctica en la materia.

De esta guisa hemos tomado como objeto de análisis tanto a - Estados con una sólida tradición de control de constitucionalidad (6), como a otros que normalmente no son considerados por los tratadistas de Derecho político, pero que han intentado establecer - sus propios Sistemas de control. (7)

En consecuencia nuestro trabajo consiste en una revisión general de los órganos de control de constitucionalidad que operan en el mundo, de su estructura y de su competencia, incluido por-- supuesto el caso de México, con el objeto de "compararlos" entre sí y proponer una serie de modificaciones al Sistema vigente en - nuestro país.

(6) Entre estos se encuentran Estados Unidos, Alemania, Italia, - Francia, España, Austria y México.

(7) Tales son los casos de Mónaco, Liechtenstein, Portugal y Yu--goslavia, entre otros.

EXPLICACION METODOLOGICA

La selección de un camino metodológico idóneo para cualquier investigación en el área de las ciencias sociales no deja de ser una difícil decisión y un intrincado proceso intelectual.

No es nuestro propósito detenernos en el análisis de las -- cuestiones filosóficas, gnoseológicas, epistemológicas y lógicas inherentes a los problemas de la metodología en general o en particular de la metodología de las ciencias sociales.

A manera de precisiones mínimas, susceptibles de demostración en su caso, asumimos las siguientes premisas:

a) Existe una ciencia jurídica que comparte las características de las ciencias sociales;

b) Las ciencias sociales poseen su propia lógica, distinta a la de las ciencias naturales, para sustentar sus elaboraciones científicas, a pesar de que los procesos lógico-formales sean los mismos para unas y para otras;

c) Aquella semejanza se debe a que la relación epistemológica (sujeto que conoce y objeto de conocimiento) es distinta en la ciencia jurídica y las demás ciencias sociales, a la relación que se presenta en el campo de las ciencias naturales;

d) Las ciencias sociales son ciencias históricas cuyas categorías, máximas y criterios de verificación no son invariables, - como podrían serlo, v. gr., en el caso de las ciencias físico matemáticas;

e) Para las ciencias sociales es necesario construir un modelo epistemológico dinámico que, asumiendo en todo lo posible - las normas y exigencias del conocimiento científico en general, - les permita asimilar la movilidad de sus categorías y criterios - de comprobación.

En efecto, suele plantearse, como primer cuestionamiento, si las ciencias sociales pueden incluirse en un rango estrictamente científico; se argumenta la variabilidad de sus procesos de conocimiento y de los medios con que cuentan para la comprobación de sus teorías o hipótesis; se inquiere sobre la posición apriorística que guarda el sujeto cognoscente frente al objeto de conocimiento y la influencia que en esta relación ejercen los juicios - de valor previamente adoptados por aquél. (8) Se pregunta si -

(8) "En razón de la inserción del científico social en una clase determinada, o dentro de un sector social dentro de ella, las valoraciones ideológicas (juicios de valor), inciden de un modo no consciente en las construcciones teóricas de la ciencia social. En ellas los juicios de valor influyen en la elección del objeto de estudio y, además, condicionan decisivamente la elaboración de las categorías de análisis que permitirán al científico comprender y explicar la realidad social". Hector Vázquez, "Sobre la epistemología y la metodología de la Ciencia Social", -- U.A. de Puebla, México, 1984, págs. 48 y 49.

las conclusiones a que es posible llegar tienen carácter científico, tanto por su correspondencia con la realidad como por su permanencia. Se pone en duda si, a través de las ciencias sociales, se obtiene un conocimiento objetivo y verdadero de la realidad, es decir, la verdad científica o solamente "verdades subjetivas e ideológicas".

Tales cuestiones son determinantes para la adecuada selección de un método de conocimiento y de investigación en el campo de las ciencias sociales, cuya validez intrínseca permita superar las anteriores objeciones.

La inadecuada selección del método se relaciona con la adopción a priori de posiciones o corrientes surgidas en el campo de las ciencias sociales, en general, y de la ciencia jurídica, en particular. Por ejemplo: uno de los defectos del positivismo jurídico, que comparte con la corriente de pensamiento estructural-funcionalista, radica en que constriñe al científico social a asumir una postura neutral ante la realidad que conoce y de la que forma parte, como si se tratase de un científico natural. De esta deficiencia metodológica derivan consecuencias negativas en el nivel epistemológico. El positivismo y el estructural-funcionalismo exigen métodos cuyas limitaciones son ya conocidas por numerosos investigadores de las ciencias sociales pero lamentablemente ignoradas por muchos más. Sujetar a las ciencias sociales a las normas que rigen los fenómenos naturales, sostener que --

"los hechos sociales son cosas" (Durkheim); pretender que el científico social debe ser un científico puro; postular que las ciencias humanas llegarán a ser ciencias en la medida en que dejen de ser humanas, son intentos inadmisibles de imponer el formalismo - en general y, en el campo específico del Derecho, el riesgoso formalismo jurídico. (9)

Como veremos más adelante, nos hemos propuesto eludir los riesgos arriba enunciados. El camino lógico que seguiremos es el siguiente:

a) Determinación del marco teórico con base en los conocimientos que nos proporcionan la Teoría General del Derecho, la Teoría del Estado, la Teoría de la Constitución y las principales ramas del Derecho público (para el caso específico Derecho político), como son el Derecho constitucional y el Derecho administrativo; (10)

b) La delimitación del tema y los objetivos de la investigación. Esta fase lógica aparece ya delineada en el primer apartado del presente capítulo; (11)

c) Selección del método, tomando en consideración las operaciones que eminentes tratadistas recomiendan;

(9) En cuanto al riesgo de llegar a conclusiones totalmente erróneas al adoptar posturas jurídicas formalistas, constituye un ejemplo sorprendente en nuestro Derecho constitucional el juicio de Tena Ramírez sobre la juridicidad de la asunción al poder de Victoriano Huerta, ceñida según el autor a las disposiciones constitucionales vigentes a la sazón. (Véase su "Derecho Constitucional Mexicano", págs. 69, 70 y sigs.).

(10) Esto sin dejar de lado a las ciencias no específicamente jurídicas, pero íntimamente relacionadas con el Derecho público, como la Teoría y la Sociología políticas.

(11) Ver supra, 3.

d) Elaboración del proyecto de investigación como esquema general; y —

e) Encauzar la investigación propiamente dicha hacia las fuentes más idóneas.

Por cuanto a la selección del método, conviene reproducir las opiniones de Marcel Prétot:

"Le droit français, les droits étrangers, l'histoire constitutionnelle française et étrangère envisagent les phénomènes constitutionnels isolément les uns des autres et comme monographiquement. Pour aller plus loin dans leur compréhension, il faut rapprocher les constatations faites séparément les unes des autres. Ces confrontations forment, avec leurs résultats, le droit comparé. Pour être vraiment comparé, le droit doit comporter le rapprochement systématique soit des institutions françaises avec les institutions étrangères soit encore des institutions d'un même pays à des époques différentes". (12)

El método aconsejado por el conocido tratadista francés permite asomarnos a una fructífera combinación comparativa de tres dimensiones: 1, derecho comparado en el tiempo; 2, derecho comparado en el espacio; y 3, derecho comparado simultáneamente en el

(12) "El derecho francés, los derechos extranjeros, la historia constitucional francesa y extranjera, contemplan los fenómenos constitucionales aisladamente los unos de los otros y como monográficamente. Para ir más lejos en su comprensión es necesario acercar las comprobaciones hechas separadamente las unas de las otras. Estas confrontaciones forman, con sus resultados, el derecho comparado. Para ser verdaderamente comparado, el derecho debe implicar el acercamiento sistemático, sea de las instituciones francesas con las extranjeras, sea de las instituciones de un mismo país en épocas diferentes". M. Prétot, "Précis de Droit constitutionnel", Paris, 1947, pag. 35.

tiempo y en el espacio. Por ejemplo, si nos proponemos evaluar el presidencialismo mexicano contemporáneo, aparece la conveniencia de compararlo no solamente con el presidencialismo estadounidense de la actualidad, sino también confrontar el de México durante el siglo pasado con el decimonónico de la nación vecina.

El método de derecho comparado, que no es precisamente un método nuevo (13), ofrece grandes ventajas para los fines del estudio que nos hemos propuesto llevar a cabo. Sus aplicaciones en el campo de las ciencias sociales han sido ampliamente demostradas y, como afirma Jouffret Spinosi:

"La théorie générale du droit ne bénéficie pas moins de l'étude du droit comparé. L'origine historique de nos classifications, le caractère relatif de nos concepts, le conditionnement politique ou social de nos institutions ne nous sont révélés avec netteté que si, pour les étudier, nous nous plaçons en dehors de notre propre système de droit". (14)

(13) No sería aventurado afirmar que la comparación de derechos es tan antigua como la misma ciencia jurídica. Es de sobra conocido el hecho de que la base de la "Política" de Aristóteles es la comparación de más de 150 constituciones de ciudades griegas y "bárbaras". Se sabe también que en la Edad Media se estudió comparativamente el derecho romano y el canónico y siglos después en Inglaterra ocurrió lo mismo con el derecho canónico y el common law. Montesquieu penetró en el espíritu de los pueblos para desentrañar l'esprit des lois. En la actualidad existe claramente definido un método, un sistema, una serie de objetivos e incluye una expresión (derecho comparado) aceptados plenamente en el lenguaje jurídico.

(14) "La teoría general del Derecho no se beneficia menos del estudio del derecho comparado. El origen histórico de nuestras clasificaciones, el carácter relativo de nuestros conceptos, el condicionamiento político o social de nuestras instituciones, no se nos revelan con nitidez, si para estudiarlos, no nos colocamos fuera de nuestro propio sistema de derecho". C. Jouffret Spinosi "Les grandes systèmes de Droit Contemporaines", Dalloz, París, 8a. Edición, pág. 7.

Quizás la más importante de esas ventajas, consista en que el derecho comparado en general y el derecho constitucional comparado en particular son herramientas insustituibles para "mieux connaître notre droit national et pour l'améliorer". (15)

García Pelayo desglosa las distintas tendencias del Derecho constitucional comparado en los siguientes términos:

a) El estudio simultáneo, pero individualizado, de diversas constituciones a las que se considera como la más genuina y ejemplar representación de una especie o género de ordenación jurídico constitucional.

b) La reducción de las constituciones de los Estados particulares a grupos colectivos, pero cada uno de ellos dotado de propia singularidad con respecto a los demás, de modo que se opera mediante la reducción de singularidades individuales a singularidades colectivas. Así, pues, se trata también de una representación típica, ya que trabaja con formas y relaciones fundamentales comunes a una serie de constituciones particulares dotadas de notas similares o afines. Forma, por consiguiente, conceptos colectivos frente a las individualidades que agrupa en su seno, y conceptos individualizados frente a otras formas colectivas de ordenación jurídico-constitucional.

c) Cabe la posibilidad -- y de ello es egregia representación el tratado de Esmein -- de centrar el estudio en el Derecho constitucional de un país particular, de manera que sea éste el que se tome como término de comparación, interesando la organización jurídico-constitucional de los demás países únicamente en la medida que muestren similitud o contraste o sirvan de aclaración para -- aquel que forma el objeto central del estudio.

d) Mas estos métodos no son incompatibles entre sí, sino que, por el contrario, pueden armonizarse y reunirse en un sistema, como lo muestra el Manual del maestro don Adolfo Posada, que opera principalmente con los dos primeros, pero que para la selección de las constituciones "tipos" a exponer tiene en cuenta su importancia -- para "la mejor comprensión del régimen constitucional de España". (16)

(15) "Conocer mejor nuestro derecho nacional y para perfeccionarlo". C. Jouffret Spinosi, op. cit. pág. 8.

(16) Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, -- Alianza Editorial, Madrid, 1984, págs. 20 y 21.

En el caso de nuestro trabajo combinamos los procedimientos esbozados por García Pelayo en los incisos a) y c), analizando los sistemas de control de constitucionalidad de los diversos Estados seleccionados, sin perder de vista que nuestro objetivo central es el caso de nuestro país.

En este orden de ideas es válido concluir que

"Le droit comparé a un rôle de premier plan à jouer dans la science du droit. Il tend en effet, en premier lieu, à éclairer les juristes sur le rôle et la signification du Droit, en mettant à profit, à cette fin, l'expérience de toutes les nations. Il vise d'autre part, sur un plan plus pratique, à faciliter l'organisation de la société internationale en faisant voir les possibilités d'accord et en suggérant des formules pour la réglementation des rapports internationaux. Il permet en troisième lieu aux juristes de diverses nations, pour ce qui concerne leurs droits internes, d'envisager leur amélioration, en s'évadant de la routine. Pour que le droit comparé remplisse le rôle qui lui revient, il faut que les juristes cessent de se concentrer sur l'étude de leur seul droit national, et il faut que, en toute occasion propice, ils fassent usage de la méthode de comparative. Chacun, dans sa branche, y trouvera assurément un profit". (17)

(17) "El derecho comparado está destinado a jugar un papel de primera importancia en la ciencia del derecho. Tiende, en efecto, en primer lugar, a aclarar a los juristas sobre el papel y el significado del Derecho, aprovechando, para este fin, la experiencia de todas las naciones. Mira por otra parte, hacia un plano más práctico, a facilitar la organización de la sociedad internacional, haciendo ver las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la reglamentación de las relaciones internacionales. Permite en tercer lugar a los juristas de diversas naciones, por lo que respecta a sus derechos internos, considerar su perfeccionamiento, evadiéndose de la rutina

Para que el derecho comparado cumpla con el papel que le corresponde, se necesita que los juristas cesen de concentrarse en el estudio de su derecho nacional solamente, y se necesita que, en toda ocasión propicia, hagan uso del método comparado. Cada uno en su rama; encontrará seguramente provecho". Camille Joffret Spinosi, op. cit. págs. 18 y 19.

CONSTITUCIONALIDAD Y
ESTADO DE DERECHO

Desde el momento en que ocurren las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa, los conceptos "Estado de Derecho" y "Constitución" están indisolublemente ligados.

Es de sobra sabido que el "Derecho", entendido en el sentido de normatividad coercitiva, existe prácticamente desde siempre y por ende antes de las Revoluciones del siglo antepasado. También es conocido el hecho de que Constituciones ha habido tantas como Estados o formas de organización política de las sociedades.

Sin embargo, el significado y el contenido de los términos "Estado de Derecho" y "Constitución", adquieren una connotación particular a partir de lo que en la Teoría General del Derecho constitucional se conoce como el constitucionalismo moderno.

Si antes del siglo XVIII ya existía el Estado; si las comunidades estaban normativa y políticamente organizadas; y, si, por ende, las sociedades estaban constituidas de determinada manera, ¿en qué consiste lo novedoso de las Constituciones de finales del ese siglo?

"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 una organización política; simplemente, no habían tenido necesidad de una constitución. Esta técnica jurídica 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 por ellos mismo 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". (18)

En este párrafo condensa Michel Miaille los elementos fundamentales del constitucionalismo moderno y la relación que, desde la Revolución francesa, se establece en la Teoría y debe reflejarse en la práctica, entre la Constitución y el Estado de Derecho.

Estos elementos son:

- A) La titularidad de la Soberanía recae en el pueblo.
- B) El origen del Poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular.
- C) Los órganos del Estado están integrados por representantes populares.

(18) Michel Miaille, "El Estado del Derecho", U.A. de Puebla, 1985, págs. 17 y 18.

D) El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales - que la Ley tutela y garantiza.

E) El ejercicio del Poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas.

F) El Poder del Estado se ejerce por definición de manera - limitada.

G) Es precisamente el Derecho el que fija los límites del Poder, esencialmente por medio de dos Instituciones, a saber: 1.- Los Derechos del hombre y del ciudadano; y 2.- La división de poderes.

H) Toda esta estructura se consagra en una Constitución, Ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del Poder público.

I) La Constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del Poder del Estado.

J) Los órganos del Poder público y los ciudadanos están sometidos a ella.

K) Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo - (competencia de cada órgano) y de legalidad (respeto del contenido de las normas).

L) Las transformaciones del orden constitucional son reguladas previamente por la propia Constitución.

En síntesis:

M) No más el Imperium de la voluntad (arbitrio del monarca); ni el ejercicio absoluto del Poder, sino el Imperium de la Ley (Derecho) y el ejercicio del Poder público coactivo (Estado), limitado por el orden jurídico (Constitución).

Se configura de esta manera el Estado constitucional de Derecho.

Es evidente que el Estado burgués de Derecho, como también se le conoce, encarna la concreción de un proceso histórico y estructural gradual, a lo largo del cuál, sus elementos constitutivos fueron consolidándose.

La lucha por limitar el ejercicio del Poder del Estado puede rastrearse tan lejos como se quiera en la historia de las ideas políticas y muy señaladamente al menos en el siglo anterior al de la Revolución francesa.

La existencia de parlamentos que se enfrentaban al rey y el reconocimiento de éste de ciertos derechos a favor de sus súbditos, tampoco se registran históricamente sólo en Francia, ni a partir del siglo XVIII.

Más aún, en ocasiones, algunas de las que habrían de ser Instituciones inconfundibles del Estado constitucional de Derecho, acusan desde mucho tiempo atrás un desarrollo mayor que el

que tenían "a l'époque en Francia". Tal es el caso de los primeros parlamentos ingleses de la etapa feudal.

"Tandis qu'en France, les États généraux ne représentaient qu'une partie de la population (seigneurs laïcs et ecclésiastiques, députés des villes privilégiées), en Angleterre, presque dès le début, fut organisée une représentation des Comtés, c'est-à-dire de la campagne, du pays -- plat.

En outre, tandis que les États généraux français restent séparés en trois ordres: noblesse, clergé, tiers état, le Parlement anglais ne se divise qu'en deux Chambres comprenant, l'une les pairs laïcs et ecclésiastiques, l'autre les représentants des Comtés. Cette circonstance qui, en soi, n'est qu'un accident heureux, a eu une grande -- influence sur le développement du régime représentatif en Angleterre, puis sur le continent et, en fait, sur le -- développement du Droit constitutionnel tout entier". (19)

También en Inglaterra como se sabe, ocurrieron un siglo antes que en Francia y en Norteamérica dos revoluciones, si no calificables precisamente de republicanas en el sentido actual del término, si tendientes por lo menos a limitar el poder del rey o en su caso, a substituirlo por uno "no monárquico".

(19) "Mientras que en Francia, los Estados generales no representaban sino una parte de la población (señores laicos y eclesiásticos, diputados de las ciudades privilegiadas), en Inglaterra casi desde el principio, fue organizada una representación de los Condados, es decir del campo, de la provincia llana.

Además, mientras que los Estados generales franceses permanecen separados en tres órdenes: nobleza, clero y tercer estado, el Parlamento inglés no se divide sino en dos Cámaras, comprendiendo una los pares laicos y eclesiásticos y la otra los representantes de los Condados. Esta circunstancia, que en sí, no es sino un feliz accidente, tuvo una gran influencia sobre el desarrollo del régimen representativo en Inglaterra, después sobre el continente y, en efecto, sobre el desarrollo del Derecho Constitucional entero". André Haurion et Jean Gicquel, Droit Constitutionnel -- et Institutions Politiques, Édition Montchrestien, Sept. -- Édition, Paris, 1980, pág. 222.

"La lutte entre le Parlement et le roi, sévère sous Jacques I^{er}, devient tragique sous Charles I^{er}. En 1642, la guerre civile éclate. Le roi, battu en 1648, est condamné à mort et exécuté le 30 janvier 1649. La République est établie et dure, sous le protectorat de Cromwell, jusqu'en 1660. Toutefois, cette République n'est qu'une dictature, sous laquelle les libertés individuelles sont suspendues. Une restauration des Stuarts intervient à cette date, mais Charles II et ensuite Jacques II, pénétrés de la doctrine de la monarchie de droit divin, qu'ils avaient admirée en France, indisposent à nouveau le pays par leurs tendances absolutistes. Jacques II est détrôné, en 1688, par son gendre, le prince d'Orange, qui règne, sur l'Angleterre, sous le nom de Guillaume III. Son avènement marque le retour et le triomphe au régime représentatif. Le nouveau monarque accède, en effet, au trône, en vertu d'un pacte avec le Parlement anglais et accepte le Bill des droits, du 13 février 1689, par lequel il renonce, entre autres choses, au pouvoir d'ordonnance qu'Henry VIII avait rétabli, au profit de la couronne, 150 ans auparavant. Ce texte sera complété, le 12 juin 1701, par l'Acte du Parlement, institué pour une nouvelle limitation de la Couronne et une meilleure protection des droits et libertés du sujet". (20)

(20) "La lucha entre el Parlamento y el rey, severa bajo Jacobo I, se tornó trágica bajo Carlos I.

En 1642, la guerra civil estalló. El rey, derrotado en 1648, es condenado a muerte y ejecutado el 30 de enero de 1649. La República es establecida y dura, bajo el protectorado de Cromwell, hasta 1660. Sin embargo, esta República, no es sino una dictadura, bajo la cual las libertades individuales son suspendidas. Una restauración de los Stuart interviene en esta fecha, pero Carlos II y después Juan II, penetrados por la doctrina de la monarquía de derecho divino, que habían admirado en Francia inquietan nuevamente al País por sus tendencias absolutistas.

Jacobo II es destronado en 1688, por su yerno, el príncipe d'Orange, quien gobierna Inglaterra bajo el nombre de Guillermo III. Su llegada marca el regreso y el triunfo al régimen representativo.

El nuevo monarca sube, en efecto, al trono, en virtud de un pacto con el Parlamento y acepta la Carta de Derechos, del 13 de febrero de 1689, por la cual el renuncia, entre otros casos, al poder de ordenanza que Enrique VIII había reestablecido, a favor de la corona, 150 años antes. Este texto será completado, el 12 de junio de 1701, por el Acta del Parlamento, instituida para una nueva limitación de la Corona y una mejor protección de los derechos y de las libertades del súbdito". A. Hauriou et J. Gicquel, op. cit. pág. 226.

No es nuestro propósito concreto analizar ni histórica, ni políticamente los antecedentes inmediatos en el tiempo, ni en el espacio, de la Revolución francesa.

Tratamos en cambio de resaltar el hecho de que, si bien es cierto que las estructuras del que sería en breve el Estado constitucional de Derecho, pueden encontrarse, por ejemplo en la forma de Gobierno conocida como Monarquía limitada o en las "Repúblicas" efímeras del siglo XVII, en embrión o más o menos desarrolladas, a ningún estudioso del Derecho público se le podría ocurrir afirmar que aquél existió en algún país del continente europeo o fuera de él.

En realidad ni filosófica, ni política, ni jurídicamente podemos concebir a las experiencias pre-constitucionales (21) referidas, ni a ninguna otra de la época, como casos de conformación de "Estados de Derecho".

En una de sus obras clásicas, sostiene Carl Schmitt que

"La Revolución puritana constituyó el ejemplo más sorprendente de una ruptura de la continuidad de una ordenación estatal existente. Pasó sin hacer una impresión duradera en el pensamiento teórico estatal de su tiempo, aun cuando en ella aparecen ya todas las nociones y los requisitos de la democracia radical del siglo XIX. En los -

(21) Tomando el término constitucional en el sentido que le da la Teoría, a partir, precisamente, del surgimiento del constitucionalismo moderno.

memoriales y proyectos de Constitución del ejército de - Cromwell se dice expresamente que el pueblo (the people) es la fuente de todos los derechos políticos. El problema real del Estado de hoy, esto es, la relación del pueblo con su representación, aparece aquí ya ocupando el lugar del problema monarcómico de la relación de la representación del pueblo con el rey y el gobierno. Desde 1647, cuando el Parlamento Largo, cuya abrumadora mayoría era presbiteriana, pareció ponerse de acuerdo con el rey, en el ejército independentista de Cromwell se extendió, junto con las ideas republicanas, la de una dependencia incondicionada del Parlamento al pueblo, según la cual el ejército, es decir, sus hombres de confianza, se identificaron sin más con el pueblo. El precepto esencial de los proyectos de Constitución, que proceden de esta época, dice que la representación del pueblo sólo depende de quien lo ha elegido. El poder de los representantes del pueblo es limitado frente a todos los demás (se aludía al adversario político, es decir, al rey), pero con el correlato inevitable de la dependencia igualmente ilimitada respecto del pueblo al que representa". (22)

No es entonces, sino a finales del siglo XVIII, cuando el Estado de Derecho, estructurado con base en los principios descritos páginas arriba, hace su aparición en el mapa de Europa (Francia), de Norteamérica (Estados Unidos) y del Derecho constitucional.

En el frontispicio de su estructura jurídica y política, descrita en una Constitución formal y solemnemente proclamada como -

(22) C. Schmitt, "La Dictadura", Ediciones de la Revista de Occidente, ediciones Castilla, Madrid, 1968, págs. 174 y 175. Es pertinente señalar que en esta misma obra Schmitt refiere el hecho de que la contrapropuesta a la postura de Cromwell, contenida en el Agreement of the people, Constitución democrática en el sentido moderno, preparado por los levellers, fue rechazada violentamente por Cromwell encarcelando a su líder John Liburne.

Ley suprema, se lee "Imperium legis"; y su construcción está sostenida por dos pilares fundamentales: Los derechos del hombre y - la distribución del Poder.

Sobre el significado de los derechos fundamentales del hombre, escribe Karl Loewenstein, en su ya clásica Verfassungslehre:

"Als die wirksamste von allen der Staatsallmacht auferlegten Schranken gilt die rechtliche Anerkennung bestimmter Bereiche individueller Selbstbestimmung, in die der Leviathan nicht eindringen kann. Der Zutritt zu diesen verbotenen Zonen ist allen Machträgern verschlossen, der Regierung, dem Parlament und, da die Grundrechte (unentziehbar) sind, auch der Wählerschaft. Diese privaten Sphären, innerhalb derer die Machtsadressaten gegenüber jeder staatlichen Einwirkung immun sind, decken sich mit dem während der letzten 300 Jahre entwickelten Begriff der (Menschenrechte) oder der (fundamentalen Freiheitsrechte). Soweit sie Familie, Ehe, Religion und Erziehung betreffen, handelt es sich um mehr als Grundlage der westlichen liberalen Gesellschaftsordnung, gehen daher jeder Verfassung voraus und, wo sie von ihr erwähnt werden, sind sie von ihr lediglich declaratorisch bestätigt. Andere, insbesondere die sich auf Leben, persönliche Freiheit und Eigentum beziehen, sind in den verschiedenen Verfassungen zu gesetzlich geschützten un erzwingbaren Rechten des Individuums konkretisiert. Obwohl sie einer mit den Verschiedenheiten der Umgebung ständig wechselnden Interpretation unterliegen, sind diese fundamentalen Garantien der unantastbare Kern des politischen Systems der Konstitutionellen Demokratie geblieben, der sie als überstaatliche Grundsätze gelten, auch wenn sie nicht in ausdrücklichen Verfassungsnormen enthalten sein sollten. In ihrer Gesamtheit verkörpern diese Grundfreiheiten die Würde des Menschen". (23)

(23) "El reconocimiento legal de cierto ámbito de autodeterminación individual es considerado como el más eficaz de los límites impuestos al Estado omnipotente. El acceso a esa zona prohibida está cerrado para todos los detentadores del Poder, para el Gobierno, para el Parlamento y, puesto que los Derechos fundamentales son "inalienables" también para el electorado. Estas esferas privadas, dentro de las cuales, los destinatarios del poder son -

Este mecanismo normativo cuyo objetivo técnico es limitar el ejercicio del Poder de "dentro hacia afuera", se complementa con la otra Institución pilar del Estado de Derecho que persigue el mismo fin, pero fijando límites "al interior" del Poder estatal, "dividiéndolo", o mejor, distribuyendo sus funciones en distintos órganos que se controlan recíprocamente e inclusive "al interior" de cada órgano o Poder constituido, que de esta forma se "autocontrola". (Interorgan-Kontrollen und Intra-organ Kontrollen respectivamente). (24)

"La división des fonctions entre les gouvernants aboutit également à une limitation forte de leur action. Historiquement. la théorie de la séparation des pouvoirs a été conçue par Locke et Montesquieu comme un moyen de limiter le gouvernement. (Le pouvoir arrête le pouvoir),

inmunes contra cualquier acción del Estado se identifican con el concepto "Derechos del hombre o Derechos fundamentales de libertad", desarrollado durante los últimos 300 años. En tanto se refieren a la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata de algo más que de libertades fundamentales: ellos son en su carácter de Instituciones, el fundamento del orden social liberal, preceden a cada Constitución y, donde son mencionados por ella, son simplemente ratificados por ella. Otros, especialmente los que se refieren a la vida, a la libertad y a la propiedad se concretan en las diferentes Constituciones como Derechos legalmente exigibles y protegidos. Aunque están sometidos a una interpretación permanentemente cambiante de acuerdo al ambiente, permanecen estas garantías fundamentales, como núcleo intocable del Sistema político de las Democracias constitucionales, el cual les da valor de principios supraestatales, aun cuando no hayan de estar contenidos en normas constitucionales. En conjunto encarnan en estos derechos fundamentales, la dignidad del hombre". K. Loewenstein, Verfassungslehre, "Übungen, Deutschland, 1958, pág. 333.

(24) Cfr. K. Loewenstein, Verfassungslehre.

écrivait Montesquieu. Déjà, dans les démocraties anti--
ques, la collégialité des magistratures servait à affai--
blir les prérogatives de chaque collègue: le consul ---
limitait le consul...

On a particulièrement souligné le rôle essentiel que --
joue la division des fonctions entre Parlement et gouver--
nement, à l'époque moderne, pour assurer la limitation -
des gouvernants. On a montré que le Parlement exerçait
précisément un (pouvoir de limitation), qui tend de plus
en plus à devenir son rôle essentiel. La coïncidence -
est frappante aussi, entre l'existence de Parlement et -
l'existence de libertés". (25)

Las dos instituciones, plasmadas en una Constitución definen
de esta manera la estructura general del Estado de Derecho dentro
del cual los principios de Supremacía constitucional y legalidad,
norman toda la dinámica del ejercicio del Poder.

"Les termes de suprématie du droit pourraient être rempla--
cés par d'autres tels que souveraineté du droit, ou em--
pire du droit, ou règne du droit. Cette dernière formu--
le n'est qu'une imparfaite tentative de traduction de --
l'expression si riche de sens employée par les Britanni--
ques pour exprimer le fondement de leur système politi--
que et juridique: The Rule of Law. La suprématie du -
droit repose sur le Droit constitutionnel". (26)

(25) "La división de funciones entre los gobernantes conduce igual
mente a una fuerte limitación de su acción. Históricamente la -
Teoría de la separación de poderes fue concebida por Locke et Mon--
tesquieu como un medio para limitar al gobierno. ("El poder detiene -
al poder"), escribía Montesquieu. Ya en las democracias antiguas la -
colegialidad de las magistraturas servía para disminuir las preroga--
tivas de cada colega: el cónsul limitaba al cónsul....

Hemos destacado especialmente el rol esencial que juega la di--
visión de funciones entre el Parlamento y el Gobierno, en la época mo--
derna, para asegurar la limitación de los gobernantes. Hemos mostra--
do que el Parlamento ejercía precisamente un "poder de limitación", -
que tiende cada vez más a convertirse en su papel esencial. La coinci--
dencia es asombrosa también entre la existencia del Parlamento y la -
existencia de las libertades". Maurice Duverger. "Institutions Poli--
tiques et Droit Constitutionnel", Thémis, París, 9a. Edition, 1966, -
pág. 218.

(26) "Los términos de supremacía del derecho podrían ser reempla--
zados por otros tales como soberanía del derecho, o imperio del -

Ahora bien, en el ámbito de la producción, reproducción y - aplicación del Derecho, rige la regla del respeto irrestricto de las normas, resumible en dos vertientes:

A) Creación o modificación de la Ley, de conformidad con los procedimientos constitucionalmente previstos al efecto, (incluido el de reforma a la Constitución), y en función de una jerarquía - jurídica que condiciona los contenidos y los alcances normativos de cada conjunto de normas; y

B) Aplicación de la Ley por los distintos órganos en el ámbito exclusivo de sus competencias, fundamentando invariablemente - sus actos de autoridad en normas cuyo mandato obligatorio corres- ponda al caso de que se trate.

El apego de las funciones del Estado, en ambas vertientes, al marco normativo traerá consigo que los actos de Gobierno, lato-- sensu, sean constitucionalmente válidos. Expresado en otros - términos, cuando existe plena coincidencia entre la descripción - constitucional de la organización del Estado y la actuación de - los Poderes Constituidos, nos hallaremos, en cada caso concreto y en un sentido genérico en un estado de constitucionalidad.

derecho o reino del derecho. Esta última fórmula no es sino una tentativa imperfecta de traducción de la expresión tan llena de - sentido, empleada por los británicos para expresar el fundamento - de su sistema político y jurídico: The Rule of Law. La supremacía del Derecho descansa en el Derecho constitucional". Jacques Ca-- dard, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Tomo I, 1975, pág. 17.

Sin embargo, toda vez que el ejercicio real del Poder no se agota necesariamente en la estructura del marco normativo, esto es, 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 a la luz de la praxis del Poder y no sólo de la delimitación formal de competencias jurídicas.

El juicio sobre la constitucionalidad del ejercicio del Poder público, para ser válido, debe someter al "Estado de Derecho", al exámen de su correspondencia o no correspondencia con el origen, las formas, los mecanismos, los límites e inclusive las finalidades del Poder Político, tal cual se manifiestan en la realidad.

Sobre esta conveniencia y en relación al peligro de caer en el espejismo de las descripciones formales, llama la atención, Michel Miaille, en su obra L'Etat du Droit, a propósito de cuyo título expresa:

"La diferencia entre Etat de droit y Etat du droit juega sobre una expresión familiar a los juristas y portadora de toda la ideología estatista burguesa: el Estado de derecho. Por esta expresión los juristas entienden, desde el siglo XVII, el Estado sometido al Derecho, por tanto no despótico, por oposición al "Etat de police" donde prevalece la voluntad del príncipe sin ningún límite. Por lo tanto, "el Estado de derecho" es la reivindicación y la afirmación al mismo tiempo de que el Estado puede ser controlado por el derecho como si, por eso mismo, el derecho fuera exterior o superior al Estado.

Al contrario, con el "Estado del derecho", insisto en - el carácter ideológico de la formulación, puesto que literalmente significa "el Estado según -selon- el derecho", el "Estado proveniente -d'après- del derecho". ¡Dicho de otro modo, sugiero que voy a estudiar cómo el derecho - pretende organizar al Estado! Agregaré que hay también, en francés, un juego de palabras: pues escrito à la mi- núscula, "el estado del derecho", significaría "la situa- ción en la cual se encuentra el Derecho"; y por este ca- mino sugiero en qué situación se encuentra el derecho, - tal cual es enseñado: el derecho se encuentra... ¡en pé- simo estado! No sé si todo esto es comprensible para un lector castellano en una traducción." (27)

CONSTITUCIONALIDAD Y PODER POLITICO

En L'avant-propos de su celeberrimo Traité de Science Politi- que escribe Georges Burdeau:

"Au moment de sa première édition, ce livre portait un - titre inusité dans la catégorie où, par son contenu, il prétendait se ranger. A la nouveauté du titre s'atta- chait un parfum qui alliait tout à la fois la prétention et la naïveté. Ce sont là des défauts que le temps n'a pas effacé". (28)

La primera edición de esta obra data de 1949 y la décima de 1966.

(27) M. Miaille, op. cit. pág. 15.

(28) "Al momento de su primera edición este libro llevaba un títu- lo inusual en la categoría donde, por su contenido, pretendía co- locarse. A la novedad del título se agregaba un perfume que unía a la vez la pretensión y la ingenuidad. Estos son defectos que - el tiempo no ha borrado". G. Burdeau, Traité de Science Politi- que, Tome premier, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 10a. Edition, 1966.

Después, en la explicación del plan general de su obra el -
Profesor Burdeau dice:

"La qualification du juriste pour aborder les recherches de science politique nous paraît, disions-nous dans -- l'avant propos, difficilement contestable. Sans impli-- quer, est-il besoin de le dire, aucun monopole a son pro fit, elle résulte de l'étroite corrélation qui unit le - juridique au politique". (29)

Y unos párrafos más adelante apunta:

"Il y a là des corrélations trop évidentes et trop -- connues pour qu'il soit nécessaires d'insister. Mais ce qu'il convient de souligner, au contraire, c'est que les règles juridiques sont de moins en moins le produit --- d'une génération spontanée. Elles sont établies de fa- çon consciente, et c'est par l'entremise de cette volonté qui les imagine ou les consacre que le politique et le - droit se rencontre". (30)

Aproximadamente de la década de los sesenta en adelante, de manera gradual los tratadistas de Derecho público han ido confirmando la tesis de Burdeau y han consolidado el método de investi-

(29)"La calificación del jurista para abordar las investigaciones de ciencia política nos parece, decíamos en el prefacio, difícilmente objetable. Sin implicar, hace falta decirlo, ningún monopolio a su favor, aquella surge de la estrecha correlación que une lo jurídico con lo político". G. Burdeau, op. cit. pág. 34.

(30)"Hay correlaciones demasiado evidentes y demasiado conocidas para que sea necesario insistir. Pero lo que conviene subrayar, al contrario, es que las reglas jurídicas son cada vez menos el producto de una generación espontánea. Ellas se establecen de manera consciente y es por la mediación de esta voluntad que las - imagina o las consagra que la política y el derecho se encuen-- tran". Ibid, pág. 35.

gación consistente en estudiar las estructuras constitucionales y las instituciones políticas del Estado simultáneamente.(31)

No es el caso del tratamiento teórico, por lo demás obvio e indispensable, en una obra de Derecho constitucional, de temas como "el Poder como elemento del Estado"; "Las formas de Gobierno"; "La Soberanía", etc., etc., sino del, examen sistemático de la fenomenología política y la constitucional, esto es, del análisis *pari passu*, del ejercicio del Poder Político y de la normatividad que lo estructura y regula.

A pesar de que pueden encontrarse variaciones importantes de

(31) En general hoy la mayoría de los tratados de Derecho constitucional europeo reconocen plenamente, desde su denominación, la relación inescindible entre el Derecho constitucional y la Ciencia política, v.g.r.: "Droit Const. et Inst. Politiques", André Hauriou et Jean Gicquel; "Institution Politiques et D. Const.", Jacques Cadart; "Inst. Polit. et D. Const.", M. Duverger, "Inst. Polit. et D. Const." M. Prélot; "Inst. Polit. D. Const.", Pierre Pactet; "Droit Const. et Inst. Politiques", G. Burdeau; "Introd. a l'étude du D. Const. et de la Science Politique", S.C. Cabanne; "Elementos de "Derecho Político", Luis Izaga; "Tratado de Derecho Político", N. Pérez Serrano; "Tratado de Derecho Político", A. Posada; "Derecho Político (orientación, sistemática y sintética para la cátedra y el seminario)", L. Valle Pascual; "Verfassungslehre". K. Loewenstein. Hay casos por supuesto de obras muy anteriores con la misma orientación: "Verfassungslehre", C. Schmitt y "Staatsrechtswissenschaft u. Politik", Koellreutter. El formalismo jurídico aplicado al estudio del Derecho constitucional revela día con día dramáticamente su rigidez e insuficiencia. Los tratados escritos bajo esta perspectiva resultan sólo parcialmente útiles, para comprender una realidad constitucional que no se agota en las descripciones normativas. La Constitución y su estudio, por definición políticos ya no deben ser más visualizados bajo el esquema de la "norma de normas" kelseniana, sino a partir de la "normalidad normada" helleriana y de ahí hacia adelante. -- Por desgracia en esta materia la Doctrina constitucional mexicana en general, acusa un atraso lamentable.

criterio y orientación en el estudio de la Teoría del Estado, del Derecho constitucional y de la Ciencia Política dentro de las propias corrientes que realizan el tratamiento formalista y positivista de estas ciencias, es válido señalar que en Europa las estructuras jurídico-constitucionales se examinan siempre a la luz de las instituciones públicas y del estudio del Poder político. (32) Ya no hay duda de que para entender el fenómeno jurídico es indispensable apelar a las categorías de conocimiento de la Ciencia Política; ni de que para comprender la dinámica del Poder político, es necesario relacionarla con la estructura normativa que lo encuadra y regula.

Aludimos en el apartado anterior a la necesidad de someter - al "Estado de Derecho" a un examen sobre su "constitucionalidad - en la práctica".

Lo que pretendemos señalar es que a la descripción y pres---

(32) Puede distinguirse por ejemplo entre la doctrina anglosajona y alemana por una parte, (incluido Estados Unidos) y la latina - por la otra (España, Francia e Italia). En el primer caso encontramos expresiones para intitular obras y tratados tales como: - Politics, Political Science and constitutional Law, Verfassungsrecht, Verfassungslehre, besondere Staatsrecht (Derecho del Estado o político especial). Por lo que respecta a los países Latinos, junto al "Diritto Costituzionale" o "Droit Constitutionnel" clásicos, aparecen "Institution Politiques et Droit Constitutionnel" por todas partes y "Derecho Político Constitucional" y "Derecho Político General" (Alcalá Galiano y Pacheco; y Quimper respectivamente), o simplemente "Derecho Político". Más que una -- tendencia doctrinal o una cuestión de nombre o aún de moda, nos parece que se trata de una necesidad gnoseológica cada vez más - clara y menos contestable.

cripción sobre cómo debe ser ejercido el Poder político, contenidas en el texto constitucional, ha de añadirse el examen concreto sobre cómo se ejerce efectivamente en el terreno de la realidad.

Hemos dicho ya que cuando la acción de los órganos o Poderes constituidos se ajusta a las normas jurídicas que los estructuran y los dotan de competencia nos encontramos en un estado de "constitucionalidad y de legalidad". (33)

Aparentemente y desde un punto de vista formal, parecería innecesario reexaminar la cuestión planteada bajo el rubro de "constitucionalidad y Estado de Derecho", ahora en función del Poder político, si lo característico del Estado constitucional de Derecho es que el Poder se ejerce de manera limitada y normada -- por la Ley.

Si al ejercerse el Poder político se respeta el Derecho, se cumple el objetivo esencial del Estado constitucional y resulta ocioso preguntarse lo mismo en otros términos, es decir, ¿el Poder político que se ajusta a la norma, es legal y constitucional?

(33) Sobre el concepto general de control de constitucionalidad y su diferencia con el de legalidad ver infra 39.

Sin embargo, esta forma de plantearse el problema pierde de vista que el Poder Político es dinámico y multifacético, que por ende, no puede ser aprehendido en todas sus manifestaciones y vertientes por la norma jurídica.

Mas aún, el desajuste entre la realidad política y la norma constitucional puede darse no sólo en el plano de la elaboración o aplicación de la Ley, (constitucionalidad, legalidad), sino en el nivel de los principios rectores de la existencia del Estado - de Derecho, contenidos en la propia Constitución, al reformarla o crear otra (Soberanía popular, legitimidad del Poder).

Las nociones de legitimidad y legalidad, por ejemplo, frecuentemente confundidas, concebidas erróneamente e inmersa la primera en la segunda, son dos marcos de referencia conceptual - que permiten destacar la complejidad y multiplicidad de niveles - de relación entre lo político y lo jurídico. El derecho y el poder se condicionan recíprocamente, dependen uno del otro en circunstancias de normalidad social y aun se sirven el uno al otro - en casos de irregularidad.

"Dire que le droit positif renforce le pouvoir ne suffit pas: en fait, le droit positif est un élément du pouvoir, un moyen d'action du pouvoir, une forme du pouvoir. Le développement du droit traduit un progrès technique dans l'évolution du pouvoir: à un pouvoir inorganisé fait place un pouvoir organisé: à un pouvoir personnel, un pouvoir institutionnel". (34)

(34) "Decir que el derecho positivo refuerza al poder no es suficiente: de hecho, el derecho positivo es un elemento del poder,-

Efectivamente, pero bien puede ocurrir lo contrario. Si bien es cierto que el Derecho institucionaliza el 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 anti-constitucional o ilegal.

De ahí que plantear el problema de la "constitucionalidad y el Poder político", equivalga a analizar si y de qué manera en el marco del Estado de Derecho, descrito en una Constitución, puede ejercerse el Poder anticonstitucionalmente, al amparo de la Ley y bajo el disfraz de su puntal observancia.

Para comprender mejor la problemática que abordamos es útil preguntarse si es o no posible que el titular de un órgano constituido, manteniéndose dentro del ámbito de su competencia legal, realice actos de autoridad impulsado por razones ideológicas, por intereses específicos o por presiones políticas, que contradigan o hagan nugatorios preceptos constitucionales, aprovechando imprecisiones de la norma, o alternativas de interpretación de la ley demasiado amplias.

Probablemente desde la rígida perspectiva del positivismo jurídico, se respondería que no puede ser "anticonstitucional"

un medio de acción del poder, una forma del poder. El desarrollo del derecho se traduce en un progreso técnico en la evolución del poder: a un poder desorganizado, lo reemplaza un poder organizado; a un poder personal, un poder institucionalizado". M. Duverger, - op. cit. pág. 46.

el ejercicio del Poder que respeta la norma y que si no existen recursos legales que el propio ordenamiento jurídico contenga para combatir los efectos de un acto de autoridad en las condiciones descritas, es porque así lo ha querido el legislador.

Sin embargo, es a todas luces insatisfactoria una respuesta de tal naturaleza, e insatisfactorias también las viejas fórmulas de que el "Derecho es hermético", de que "no hay contradicción posible al interior del orden jurídico, reduciéndose cualquier aparente incongruencia a un problema de interpretación" y de que la voluntad "del supremo legislador queda expresa en la letra de la Ley".

Nos encontramos ante una posible disyuntiva consistente en que, o sucede que

"Le pouvoir étatique est ainsi un pouvoir s'exerçant selon des règles, c'est à dire, un pouvoir de droit". (35)

o bien, ocurre en la realidad que la puissance (potencia) del poder es superior a la del Derecho y es capaz de eludir su marco limitativo, respetándolo sólo formalmente.

Si la estructura descriptiva de la Constitución que organiza al Estado garantizará por si sola la "constitucionalidad", el

(35) "El Poder estatal es así un poder que se ejerce según unas reglas, es decir, un poder de derecho". M. Prélot, Institutions politiques et Droit constitutionnel, 3a. Ed. Dalloz, Paris, 1963, pág. 15.

análisis del Poder político quedaría reservado para las disquisiciones teóricas y académicas. Sin embargo, la realidad es muy distinta, de tal suerte que la existencia y sobrevivencia del Estado constitucional de Derecho se debate en una lucha permanente entre dos fuerzas que se disputan la hegemonía (Derecho y Poder), y no en una armoniosa y automática convivencia entre ellas, derivada de claras, inequívocas e infalibles prescripciones constitucionales.

"L'emprise du pouvoir politique sur les institutions et sur le droit a toujours été considérable mais plusieurs facteurs accroissent encore son importance à l'époque contemporaine". (36)

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.

En este nivel del examen de la constitucionalidad de los actos de Gobierno lato sensu, no es suficiente el análisis de la correspondencia entre ellos y el marco estructural de los órganos del Estado por medio del cual se les asigna una competencia y se les imponen límites entre sí y en relación al sujeto individual de Derecho.

(36) "La influencia del poder político sobre las Instituciones y sobre el derecho ha sido siempre considerable, pero diversos factores acrecientan aún su importancia en la época contemporánea". - Pierre Pactet, *Institutions Politiques Droit Constitutionnel*, -- Masson, París, 10a. Edition, pag. 35.

Lo que tiene que controlarse, esto es, la constitucionalidad que también debe salvaguardarse, es la del espíritu, el telos y la ratio de la Constitución.

En síntesis, bien puede ocurrir que se respeten las normas de procedimiento de creación y modificación de las leyes o de aplicación de las mismas por la autoridad competente, pero también puede darse el caso de que el núcleo de la Constitución, (las Decisiones Políticas Fundamentales en la terminología de C. Schmitt) sea vulnerado por actos de Poder anticonstitucionales, cubiertos por una apariencia de legalidad.

K. Loewenstein, al referirse al carácter demoníaco del Poder, llama la atención sobre la necesidad de controlar sus excesos, en estos términos:

"Um diese mit der Macht verknüpfte allgegenwärtige Gefahr zu bannen, verlangt der organisierte Staat gebieterisch, daß die Ausübung der politischen Macht im Interesse der Machtträger wie der Machtadressaten eingedämmt und die Macht beschränkt werde. Wie die menschl. Natur nun einmal ist, steht nicht zu erwarten, daß derartige Begrenzungen automatisch in Wirkung treten; man muß sie von außen her in den Machtprozeß einbauen. Beschränkung der politischen Macht heißt Beschränkung der Machtinhaber; hierin liegt der Kern dessen, was in der alten und neuen Geschichte der Politik als Konstitutionalismus erscheint". (37)

(37) "Para conjurar este omnipresente peligro conectado con el Poder, demanda imperiosamente el Estado organizado, que el ejercicio del Poder sea restringido y que el Poder sea limitado en interés tanto de los defensores del Poder como de los destinatarios de él. Como la naturaleza humana es una sola, no es de esperar que esta clase de limitaciones automáticamente entren en operación; se deben introducir de fuera hacia adentro en el proceso del Poder. Limitación del Poder político significa, limitación de los detentadores del Poder; aquí reside el núcleo de lo que en la antigua y moderna historia de la Política, aparece como constitucionalismo", K. Loewenstein, op. cit. págs. 8 y 9.

Pero a pesar del constitucionalismo moderno, "la sombra del Leviathan" (Der Schatten des Leviathan, expresión que emplea este autor alemán para intitular el último párrafo de su monumental obra), se cierne recurrentemente sobre los Estados de Derecho, con apoyo en Tesis y argumentaciones como la de la razón de Estado.

"La doctrina de la razón de Estado está íntimamente vinculada a la idea de la primacía de la política. No por casualidad tal doctrina nace y se desarrolla al lado de la teoría del Estado moderno. Una de las formas en las que se manifiesta la primacía de la política es la independencia del juicio político frente al juicio moral, o inclusive la superioridad del primero sobre el segundo; que exista una razón de Estado diferente de la razón de los individuos quiere decir que el Estado, y más concretamente el hombre político, es libre de perseguir sus propios objetivos sin estar obligado a tomar en cuenta los preceptos morales con los que está comprometido el individuo en sus relaciones con los otros individuos". (38)

De ahí que sea oportuno reflexionar sobre los mecanismos de control de constitucionalidad que conjuren el riesgo del ejercicio ilimitado del Poder político en cualquiera de sus modalidades y bajo cualquier subterfugio.

Junto a la constitucionalidad jurídica debe existir constitucionalidad política que podríamos concebir como la que se da cuando el detentador de Poder político estatal, no sólo respeta el marco normativo, sino muy señaladamente la esencia y el espíritu cons

(38) N. Bobbio, Estado, Gobierno y Sociedad, F.C.E., México, 1989, pág. 115.

titucional que subyace en cada precepto de la Ley Fundamental.

La constitucionalidad, entendida como la correspondencia de los actos de autoridad con el contenido de la Ley suprema que estructura y limita el Poder público es un concepto y una práctica que deben examinarse simultáneamente en función del marco legal y de la dinámica real del ejercicio del Poder político.

Este examen sólo es realizable si a las categorías de conocimiento del "Estado de Derecho", agregamos las que corresponden al "Sistema político".

"Mit der Einführung des Begriffes [Politisches System] wird ein weiterer Zugang zu dem Phänomen der Macht eröffnet. Im weitesten Sinne ist jeder Staat mit einer bestimmten, in dauerhaften Regierungsinstitutionen sich -- ausprägenden Beziehungen zwischen Machttägern und -- Machtadressaten ein politisches System. Seine wesentliche Charakterisierung findet sich in dem Apparat oder - Mechanismus, durch den sich die Führung der Gemeinschaft und die Ausübung der Herrschaft in ihr vollzieht.... Ein "politisches System" ist nicht gleichbedeutend mit "Regierungs Form" oder Regierungs "Typ". Als Gattungsbegriff umfaßt der Ausdruck "politisches System" in der Regel verschiedene Regierungstypen, die durch die Identität ihrer Ideologien und der ihnen entsprechenden Einrichtungen miteinander verbunden sind". (39)

(39) "Con la introducción del concepto 'Sistema político', se abre un camino más amplio al fenómeno del Poder. En el sentido más amplio cada Estado con determinadas Instituciones gubernamentales expresadas en relaciones duraderas entre detentadores del Poder y destinatarios del Poder es un Sistema Político. Su caracterización esencial se encuentra en el aparato o mecanismo, por medio del cual se realiza la conducción de la sociedad y el ejercicio del dominio.... Un sistema político no tiene el mismo significado que la forma de Gobierno o el tipo de Estado. Como concepto genérico, la expresión 'Sistema Político', abarca por lo general, diversos tipos de gobierno, los cuales están ligados entre sí por la identidad o afinidad de sus ideologías o de sus correspondientes instituciones". K. Loewenstein, op. cit. págs. 10 y 11.

El ejercicio real del Poder se da en el marco de un Sistema político que no necesariamente en todas sus formas y con todos sus componentes está comprendido en las descripciones constitucionales.

Los conceptos Tipo de Estado y Forma de Gobierno tienen un lugar indiscutible en la terminología jurídica y en el apartado constitucional correspondiente. No así, en todos los casos, las categorías Sistema político, Sistema de partidos, Sistema electoral, ideología de los detentadores del Poder constitucional, grupos de presión, opinión pública, etc, etc.

Para captar la realidad del ejercicio del Poder político, es menester analizarlo en función de estos elementos de conocimiento que no ofrece por cierto La teoría constitucional, sino la Ciencia Política.

En suma, la constitucionalidad como condición y estado normal del ejercicio del Poder en el marco de la Ley Fundamental, requiere para su análisis, de un enfoque simultáneamente jurídico-normativo y político-práctico.

CONCEPTO Y JUSTIFICACION

- DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Estado constitucional de Derecho está organizado bajo los siguientes supuestos:

- A) El Poder está limitado por el Derecho.
- B) La Constitución organiza y delimita al Poder.
- C) La Constitución es la Ley suprema del Estado.
- D) Todas las leyes derivan de ella en una sucesión piramidal en cuya cúspide está la Ley Fundamental.
- E) El valor jurídico de superioridad o supremacía constitucional crea y determina la jerarquía de las normas jurídicas las cuales están subordinadas las unas a las otras. - (Constitución-Ley, reglamento-sentencia).

La Constitución escrita y que contiene un procedimiento especial para su revisión, distinto al que se emplea para crear o - modificar leyes ordinarias, es el caso típico de un ordenamiento legal estructurado sobre la base del principio de supremacía constitucional. (40)

(40) La Constitución mexicana corresponde a esta especie de Constituciones. (Ver arts. 133 y 135 constitucionales).

Como consecuencia lógica de este principio las leyes ordinarias y los reglamentos (respectivamente emanados del Poder legislativo y del ejecutivo), deben respetar la Constitución desde un punto de vista formal y material.

Formalmente el respeto a la Constitución consiste en la observancia de la competencia del órgano que emite la Ley o el reglamento y en el respeto puntual del procedimiento legalmente previsto para su emisión.

Materialmente la concordancia con el carácter suprallegal de la Constitución se refiere al contenido de la Ley o del reglamento, los cuales no pueden ir más allá, ni menos todavía, en contra de las prescripciones constitucionales.

Un primer mecanismo para salvaguardar el carácter supremo de la Constitución se concreta en la norma de rigidez constitucional. (41)

(41) Las Constituciones flexibles por oposición a rígidas, cuyas normas pueden ser reformadas por el mismo procedimiento que se emplea para el caso de las leyes ordinarias, no destruyen ni desconocen por ese sólo hecho, el principio de supremacía constitucional, simplemente, para asegurarlo no emplean ese recurso, sino otros distintos. Aun en el caso de que no encontrásemos "recurso alguno" para preservar la vigencia de la Constitución en tanto Ley formal, nos hallaríamos ante un principio de supremacía constitucional "vulnerable o desprotegido", pero no ante la ausencia de tal principio. En realidad la idea de Constitución como Ley suprema del Estado delimitadora y organizadora del Poder es conatural a todo Estado de Derecho.

Si los preceptos constitucionales pudiesen ser modificados - con la celeridad y frecuencia con que ocurre tratándose de cualquiera Ley ordinaria, se correría el riesgo de que el fundamento legal del Estado, producto de un acto de soberanía constituyente, - pudiese ser fácilmente modificado en su esencia por un Poder constituido, asamblea legislativa o congreso.

La Constitución, Ley superior, sólo puede ser reformada, entonces en circunstancias especiales y con observancia de procedimientos ad hoc para su revisión. (42)

(42) Sobre estos aspectos vale la pena señalar que hay casos en - la realidad que no corresponden al esquema descrito. Para no ir muy lejos, la Constitución mexicana a pesar de ser formalmente - rígida ha sufrido más de 300 reformas en 75 años de vigencia. -- En ocasiones, estas modificaciones han sido claramente anticonsti- tucionales tanto por el hecho de contradecir la esencia de la Ley fundamental, como por haberse realizado mediante un procedimiento aparentemente ad hoc, pero que en realidad tratándose de las De- cisiones Políticas fundamentales no es el adecuado. (Ver nota 9, páq. 65) Siempre se ha observado el procedimiento prescrito en el Art. 135 de la Constitución mexicana al reformar nuestra Constitución, pe- ro no en todos los casos se han respetado sus límites. Para com- prender cómo una Constitución rígida ha sufrido tantas reformas, - no basta el exámen de Teoría de la Constitución o de Derecho cons- titucional mexicano. Hace falta, reiteramos una vez más, el es- tudio del Sistema político mexicano. Existe un procedimiento de reforma rígido, sí, pero también tenemos un Sistema de partidos con un partido claramente dominante, el cual por sí sólo posee - las mayorías necesarias federal y estatales para modificar la -- Constitución. Esto, y la presencia de un Ejecutivo fuerte, ele- mento evidente de nuestra Constitución real, aclaran las razones por las que independientemente de criterios de oportunidad políti- co, económica o de cualquier otra índole, y de procedencia ju- rídica, nuestra Ley fundamental, es descriptivamente o formalmen- te rígida, siendo que en el fondo por las circunstancias de co- rrelación de fuerzas políticas y de fortaleza del Ejecutivo, se torna bastante flexible.

La rigidez constitucional tiene como objetivo central el de salvaguardar la permanencia de la Constitución y su carácter de norma superior de la que deriva el resto del orden jurídico positivo escalonadamente.

Queda claro que desde un punto de vista descriptivo el respeto al orden constitucional y la vigencia del Estado de Derecho están garantizados fundamentalmente por los siguientes principios:

- A) Supremacía constitucional;
- B) Rigidez constitucional; y
- C) Límites al ejercicio del Poder político mediante la distribución de competencias y los derechos del hombre, plasmados en la Constitución.

Más aún, en constituciones como la mexicana o la española, los titulares de los Poderes constituidos adquieren el compromiso personal con el Estado de realizar sus funciones dentro del marco constitucional al protestar guardar y hacer guardar (43), --

(43) El término "guardar", que emplea la Constitución mexicana - por ejemplo, tratándose de la protesta del Presidente de la República, (Art. 87), equivalente al francés "garder", significa "mantener", "custodiar", "observar" o "conservar". Es de sumo interés señalar que el Presidente no sólo se obliga a "garder" la Constitución, sino a hacer que otros (se entiende que los titulares de los otros Poderes y en general los funcionarios públicos - principalmente) también la observen. Sin embargo, ¿qué ocurre ya no digamos si el Presidente no "logra" que los demás "guarden" la Constitución, sino le cas écheante que el mismo no la "guarda"? - El titular del ejecutivo en nuestro país durante el tiempo de su encargo, sólo puede ser "acusado", por "traición a la Patria y por delitos graves del orden común", pero no puede ser sujeto a

La Ley Fundamental. (Constitución mexicana, Arts. 87, 97 -- in fine y 128; Constitución española, Art. 61.1).

En cuanto a los principios enunciados en los incisos A y B, - permitasenos reiterar su importancia y estrecha interrelación.

Respecto a la supremacía constitucional apunta Marcel Prélot:

"La conséquence nécessaire et, pourrait-on dire, normale de la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, avec subordination des unes aux autres est l'existence d'une sanction des violations de la règle constitutionnelle par un des pouvoirs constitués. -- Autrement, la distinction de principe cederait la place à une confusion de fait. Il faut que soit établi un - contrôle de la constitutionnalité aboutissant à l'abolition des règles ou des actes inconstitutionnels". (44)

Para los mismos efectos es oportuno evocar el caso clásico -

un juicio político por no "guardar" la Constitución. (Arts. 108 y 110 Const.) Es decir que en México el Jefe de Gobierno está totalmente exento de responsabilidad política y parcialmente se le exime de responsabilidad jurídica. De esta guisa, a la obligación permanente y genérica que el Presidente asume al tomar posesión de su cargo, de observar la Constitución, no corresponde -- ninguna sanción ni jurídica, ni política en caso de incumplimiento. A los demás miembros de los Poderes constituidos sí se les puede fincar responsabilidad, política, penal y/o administrativa, en los términos del título IV de la Constitución.

(44) "La consecuencia necesaria y, podría decirse, normal de la distinción de las leyes constitucionales y de las leyes ordinarias, con subordinación de las unas a las otras, es la existencia de una -- sanción de las violaciones de la norma constitucional por uno de los poderes constituidos. De no ser así, la distinción de principio cedería su lugar a una confusión de hecho. Es necesario que se establezca un control de la constitucionalidad que conduzca -- a la abolición de las normas o de los actos inconstitucionales".- M. Prélot, op. cit., pág. 204.

"Marbury vs. Madison", en torno al cual el juez Marshall plantea esta alternativa:

"-ou bien la Constitution est une loi supérieure et souveraine, impossible à changer par les moyens ordinaires, -ou bien la Constitution est située au même niveau que les actes législatifs proprement dits, muables quand il plaft a la législture.

On doit choisir:

-ou un acte législatif contraire a la Constitution --- n'est pas une loi;

-ou les Constitutions sont d'absurdes tentatives de limiter un pouvoir de sa nature illimité". (45)

Intimamente vinculado con la supremacía constitucional, rige el principio de inflexibilidad constitucional, en torno al cual, puede agregarse a lo ya señalado que:

"La rigidité de la constitution au sens formel lui assure une valeur juridique supérieure a toute autre règle de droit. C'est le deuxième principe fondamental régissant des constitutions au sens formel, conséquence du premier selon leque elles ne peuvent être révisées que selon les procédures spéciales.

Cette valeur juridique supérieure à toute autre règle de droit suppose, crée et détermine la hiérarchie des normes juridiques présentée dans l'introduction générale:-- Toutes les normes juridiques sont subordonnées les unes - aux autres, cette hiérarchie coïncidant d'abord avec la hiérarchie des organes dont elles émanent. Par suite, - la loi ordinaire, émanant du parlement et du gouvernement

(45) "o bien la Constitución es una ley superior y soberana, imposible de cambiar por medios ordinarios; o bien está situada al nivel mismo que los actos legislativos propiamente dichos, modificables cuando le plazca al legislador.

Se debe escoger:

o un acto legislativo contrario a la Constitución no es una Ley; o las Constituciones son tentativas absurdas de limitar a un poder por naturaleza ilimitado". Citado por M. Prélot, op. cit. - pág. 204.

agissant presque toujours en accord, est soumise a la -- loi constitutionnelle, qui émane du pouvoir constituant. Le règlement établi par le seul gouvernement est subor-- donné a la loi ordinaire: n'emanant que du gouvernement, il est le fruit d'une élaboration plus simple, d'un seul organe de l'Etat. Les autres règlements édictés par des organes inférieurs au gouvernement sont subordonnés a -- ceux de ce dernier, tels les arrêtés réglementaires d'un ministre, certes membre du gouvernement, mais aussi organe inférieur a ce collège lorsqu'il agit seul. A plus -- forte raison, en est-il ainsi pour les arrêtés des pré-- fets et des maires. La hiérarchie des ces organes éta-- blie par la constitution détermine pour l'essentiel la -- hiérarchie des règles qu'ils établissent. Enfin, les -- actes juridiques individuels sont soumis aux règle-- ments". (46)

En apariencia, entonces se requeriría simplemente que los -- poderes constituidos actuaran dentro de la competencia que les --

(46) "La rigidez de la Constitución en sentido formal le asegura un valor jurídico superior a cualquiera otra regla de derecho. -- Es el segundo principio fundamental que rige a las Constituciones en sentido formal, consecuencia del primero según el cuál, ellas no pueden ser revisadas, sino mediante los procedimientos especia-- les.

Este valor jurídico superior a cualquiera otra regla de dere-- cho, supone, crea y determina la jerarquía de las normas jurídi-- cas presentada en la introducción general: Todas las normas ju-- rídicas están subordinadas las unas a las otras, coincidiendo esta jerarquía por principio con la de los órganos de los que -- emanan. Por ende, la ley ordinaria, que emana del Parlamento y -- del Gobierno, actuando casi siempre de acuerdo, está sometida a la Ley constitucional, que emana del Poder constituyente. El re-- glamento establecido sólo por el Gobierno está subordinado a la -- Ley ordinaria: al provenir sólo del Gobierno, es fruto de una ela-- boración más simple, de un sólo órgano del Estado. Los otros regla-- mentos emitidos por órganos inferiores al gobierno están subordi-- nados a los de éste último, tal es el caso de las ordenanzas regla-- mentarias de un ministro, ciertamente miembro del gobierno, pero también órgano inferior a este colegiado cuando actúa solo. Por mayoría de razón, es lo mismo para las ordenanzas de los prefectos y de -- los alcaldes. La jerarquía de estos órganos establecida por la Cons-- titución determina en la esencia, la jerarquía de las normas que ellos establecen. En fin los actos jurídicos individuales están sometidos a los reglamentos". Jacques Cadart, op. cit., págs. 146 y 147.

asigna la Ley Fundamental; que sus titulares cumplieron su juramento solemne de "guardar" la Constitución; que se observara plenamente (ahí donde esta prescrito), el principio de rigidez constitucional; y consecuentemente que se cumpliera de manera constante, en todos los casos y niveles del gobierno, lato sensu, con el principio de supremacía constitucional, para que la vigencia y la sobrevivencia del Estado de Derecho estuviera plenamente asegurada.

Sin embargo, esta situación ideal de "constitucionalidad espontánea o automática" puede ser suplantada y como se sabe, de hecho en muchas ocasiones lo ha sido, por una condición de anticonstitucionalidad originaria, general y permanente, (47) o bien, pue-

(47) El caso extremo y por definición exactamente opuesto al Estado de Derecho, lo constituye por ejemplo, una dictadura militar como la de Pinochet. Su ascenso al Poder ilegítimo e ilegal creó una situación de anticonstitucionalidad originaria y de tracto sucesivo que en rigor vició de ese mismo carácter la actuación completa de todos los órganos públicos del Estado, no siendo válida como contra-argumento la tesis "del simple transcurso del tiempo que convalida los actos de un Gobierno de Facto", ni tampoco la postura que pretende lo mismo mediante "plebiscitos" o "referenda" "legitimadores" ex-postfacto. Otro tanto puede decirse del régimen de Victoriano Huerta, por más que conocidos constitucionales mexicanos opinen lo contrario (Ver Tena Ramírez, "Derecho Constitucional Mexicano"). Hubo en estos dos casos un estado de anticonstitucionalidad de hecho, distinto al de "anticonstitucionalidad dentro del Estado de Derecho", consistente en una violación concreta y parcial del orden jurídico. Normalmente se trata respectivamente de Gobiernos ilegítimos o ilegales, por una parte, y de Gobiernos sólo ilegales o que actúan fuera de la ley, por la otra. La ilegitimidad casi siempre tiene que repelerse en vías de hecho (Resistencia a la opresión, Revolución); la ilegalidad, en cambio, puede combatirse dentro del propio ámbito jurídico, mediante el empleo de recursos legales, ya sea de control de constitucionalidad o de control de legalidad.

de sufrir por lo menos alteraciones más o menos importantes o frecuentes derivadas de la no observancia en la práctica de las prescripciones constitucionales estructuradoras y reguladoras del -- ejercicio del Poder.

En el tiempo y en el espacio es demostrable, lamentablemente, que en innumerables ocasiones los órganos de Gobierno vulneran - los Derechos fundamentales; actúan fuera del ámbito que les asigna la Constitución, invadiendo la esfera de competencia de otro u otros órganos; o de plano subvierten todo el orden constitucional, caso concreto de un Golpe de Estado.

En forma concomitante, también históricamente, pueden ras-- trearse los intentos de prever y conjurar el riesgo al que está - expuesto el orden jurídico de ser violentado o subvertido.

"La demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución. Resulta, por ello, muy interesante e instructivo comprobar que los planes y proposiciones para instituir un protector semejante se - inician, en la nueva Historia constitucional, primeramen- te en Inglaterra, y de modo preciso a la muerte de --- Cromwell (1658), es decir, de los primeros ensayos moder- nos de Constituciones escritas y en una época de interna desintegración política del Gobierno republicano, ante - un Parlamento incapaz de adoptar decisiones concretas y en vísperas ya de la restauración de la monarquía". (48)

(48) C. Schmitt, "La Defensa de la Constitución", Tecnos, México, 1983, pág. 27.

En una de sus primeras obras dedicadas al estudio del control de constitucionalidad, el Profesor Cappelletti, señalaba:

"Uno degli oggetti che più intensamente attraggono oggi - l'attenzione degli studiosi riguarda i cosiddetti (diritti di libertà), cioè i (diritti fondamentali) dell'uomo. Nelle moderne Carte costituzionali dei popoli sono dedicate a questi diritti parti importanti e a volte -- preponderanti, benché diverse siano, a seconda dei tempi dei luoghi e delle idee, la configurazione concreta e la tutela giuridica di essi. Quanto alla scienza del diritto, essa ha con i metodi più disparati - (guisnaturalistici), (normativistici), (sociologici) ecc. - e con i risultati più vari risposto e va rispondendo agli -- interrogativi, quale sia la natura e quali quindi la -- struttura, la funzione, gli effetti di questi diritti. Si ripetono, in parte, le discussioni che già si dibattono e si dibattono sugli elementi subiettivi - chi sia il titolare del potere, chi del dovere - ed obiettivi e su quelli causali o finali ecc. dei diritti soggettivi pubblici ed in specie del diritto di azione, dei diritti cioè che si rivolgono verso, o contro lo Stato (ma e -- proprio in questo (contro) il primo problema, o uno dei primi)". (49)

(49) "Uno de los objetos que más intensamente atraen hoy la atención de los estudiosos se refiere a los llamados 'Derechos de Libertad', es decir, los derechos fundamentales del hombre. En las modernas cartas constitucionales de los pueblos se les dedican a estos derechos partes importantes y a veces preponderantes, si -- bien, según los tiempos, los lugares y las ideas, su configuración concreta y su tutela jurídica sean diversas. En cuanto a la ciencia jurídica, ella ha respondido y va respondiendo a las interrogantes sobre la naturaleza, la función y los efectos jurídicos de estos derechos, con los métodos más diversos - 'jusnaturalistas', 'normativistas', 'sociológicos', etc. -, y con los resultados más variados.

Se repiten en parte las discusiones que ya se debatieron y se debate sobre los elementos subjetivos -quién es el titular del poder, quién de la obligación- y objetivos sobre los causales o finales etc., de los derechos subjetivos públicos y especialmente del derecho de acción, es decir, de los derechos que se plantean al Estado o contra el Estado (pero es precisamente este 'contra', el primer problema o uno de los primeros)". Mauro Cappelletti, - La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertá, Multa Pauci, Varese, 1957, pág. 1.

Sus planteamientos perfectamente actuales a pesar de que fueron hechos hace más de 30 años, no están refidos en lo mínimo con la preocupación contemporánea por el respeto y la garantía de los Derechos fundamentales o Derechos humanos, que es hoy característica de prácticamente todos los Estados constitucionales de Derecho europeos y americanos.

Si la constitucionalidad del ejercicio del Poder público estuviese garantizada de manera automática, sería por lo menos ocioso indagar sobre los mecanismos de defensa y protección de la Constitución.

Como no es el caso, resulta imperioso reflexionar en torno a las formas jurídicamente institucionalizadas idóneas y eficaces para asegurar y preservar la preeminencia de la Ley Fundamental y del Estado de Derecho.

Estas formas de organización normativa de protección constitucional sean preventivas o correctivas, en teoría, nunca tendrían que entrar en funcionamiento, si jamás la Constitución fuese 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 necesidad de su existencia constitucional y de su oportuna y puntal aplicación en caso necesario se justifi-

fican cabalmente por dos razones fundamentales:

A) Es indispensable contar con medios de defensa constitucionalmente previstos que garantizan 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 (50), entendiéndolo por tal su inobservancia momentánea y fragmentaria, por actos de Gobierno, los Sistemas de defensa y de control de constitucionalidad se traducen en el más importante medio de preservación del Estado de Derecho para conjurar los efectos del acto anticonstitucional.

Los mecanismos de control de constitucionalidad responden a esquemas normativos y estructurales variados y a concepciones teóricas muy diversas, a cuyo análisis dedicaremos el siguiente capítulo. Su objetivo, sin embargo, es el mismo: proteger a la Constitución en caso de inobservancia por un acto de Gobierno en sentido amplio.

(50) La crisis total del orden jurídico corresponde a otras circunstancias, tiene otra connotación doctrinal y otras consecuencias prácticas. La crisis total del Derecho es presupuesto de una Revolución en el sentido teórico adecuado del término. cfr. Miguel Covián Pérez, "Crisis del Derecho y Revolución", Tesis de Licenciatura, U.N.A.M., Fac. de Derecho, 1956.

El control de constitucionalidad se justifica en síntesis, - para que las Constituciones no sean "absurdas, tentativas de limitar un Poder por naturaleza ilimitado". (51)

Los medios de defensa de la Constitución, estructurados normativamente por ella, cuya finalidad es la anulación o la abrogación de los actos de Gobierno contrarios a la Ley Fundamental y la destrucción de sus efectos jurídicos, constituyen los Sistemas de control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad es un control de la regularidad o control de la conformidad de los actos de los Poderes -- constituidos con la Constitución.

(51) Marshall, Marbury vs. Madison, supra 44.

CAPITULO II

SISTEMAS Y METODOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Sumario: 1.- Sistemas y Métodos de Control de Consti--
tucionalidad; 1.1.- Control Legislativo; 1.2.- Control
Político; 1.3.- Control Jurisdiccional; 2.- Control de
Constitucionalidad y Control de Legalidad.

SISTEMAS Y METODOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En este apartado analizaremos diversos Sistemas de control -
de constitucionalidad con una perspectiva general, reservando el
estudio específico y detallado de cada uno para los capítulos en
que tratemos el caso de cada país en particular.

Existen varias opciones para ordenar una exposición de los -
Sistemas de control de constitucionalidad dependiendo del crite--
rio que se adopte para clasificarlos.

Los criterios pueden ser:

A) Desde el punto de vista del acto de autoridad que se controla:

1.- Control de "constitucionalidad" (legalidad, propiamen
te dicho), de las normas jurídicas inferiores a la ley -
ordinaria y de los actos de autoridad por medio de los -
cuales se aplica.

2.- Control de constitucionalidad de las Leyes y de los -
actos de autoridad contrarios a la Constitución.

B) Existencia de control normativo o de otros medios de "con
trol", no normados:

1.- Distintos mecanismos de control, (político, jurisdiccional), previstos en la Constitución.

2.- Ausencia de control normativo y "control" de la opinión pública.

C) En función de los alcances de las decisiones del órgano - que ejerce el control:

1.- Con efectos erga-omnes, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor.

2.- Con efectos particulares o limitados al caso concreto, sin invalidar o abrogar la ley.

D) Dependiendo de su procedibilidad:

1.- Ex-oficio, a priori, antes de que entre en vigor la ley.

2.- A petición de parte, por aplicación excesiva o defectuosa de la Ley.

A) En vía de acción.

B) En vía de excepción.

E) Desde el punto de vista de la naturaleza del órgano que - ejerce la función de control de constitucionalidad:

1.- Organismo Legislativo

2.- Organismo Político

3.- Organismo Jurisdiccional.

En realidad cualquiera de estas clasificaciones puede ser - útil para abordar nuestro objeto de estudio, aunque de hecho nin-

guna por sí sola es suficiente. Lo recomendable es tomar alguna de ellas como base y emplear los criterios de las demás según proceda y sea el caso, para lograr un entendimiento cabal del Sistema de control de que se trate.

Adoptaremos la última de las enunciadas, es decir, la que se refiere a la naturaleza del órgano que realiza la función de control, como base, examinando simultáneamente aspectos tan importantes como el de procedibilidad y el de los efectos jurídicos de la resolución sobre la constitucionalidad del acto de Gobierno en sentido amplio que se examine.

CONTROL CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO
O AUSENCIA DE CONTROL, NORMATIVAMENTE
ESTRUCTURADO

Antes de iniciar el estudio de los diferentes Sistemas de control de constitucionalidad, desde la perspectiva del órgano que lo realiza, vale la pena mencionar el caso de la "ausencia de control".

Una de las soluciones "prácticas", al complejo problema del control de 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.

La existencia de una Constitución escrita (1), con un procedimiento especial para su revisión o reforma (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 presupuesto del control de constitucionalidad.

De ahí que el caso típico de ausencia de control de constitucionalidad previsto en la Ley Fundamental sea el de la Gran Bretaña (2), Estado que no posee una "Constitución", escrita, sino - "no codificada", (como suele denominársele en el lenguaje tradicional de la Teoría de la Constitución), cuyas normas básicas son reformadas de manera flexible, es decir, mediante el mismo procedimiento que se emplea para modificar las leyes ordinarias.

Desde luego, el hecho de que la Gran Bretaña sea un Estado - políticamente organizado con fundamento en el derecho consuetudi-

(1) Sobre la Constitución escrita, refiere M. Duverger que "l'idée de Constitution écrite est apparue à la fin du XVIII siècle. - Elle marquait la volonté d'organiser de façon cohérente et rationnelle les gouvernements, en fixant leur fonctionnement dans un - texte précis". "la idea de Constitución escrita apareció a finales del siglo XVIII. Ella señala la voluntad de organizar los - gobiernos de manera coherente y racional, estableciendo su funcionamiento en un texto preciso". M. Duverger, op. cit. pág. -- 221.

(2) Esto no significa que Gran Bretaña carezca de medios de defensa del "Estado de Derecho". Principios jurídicos como la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento y the Rule of Law, pretenden, en forma distinta a los Estados europeos continentales, mantener el ejercicio del Poder dentro de los marcos - normativos que lo regulan.

nario y no posea un documento en el que se recopilen de manera unitaria las normas esenciales que estructuran el funcionamiento de los Organos Públicos y que consagran los Derechos Fundamentales del Hombre, no nos autoriza a sostener la idea absurda de que ese Estado carece de Constitución.

El "Estado sin Constitución", es uno de los despropósitos típicos del constitucionalismo formal y positivista que limita el concepto de Constitución a la descripción legal-normativa del Estado, y lo restringe todavía más cuando supone que esa descripción debe corresponder necesariamente a la de los "Estados burgueses de Derecho", cuyas Cartas Fundamentales contienen una parte dogmática (concerniente al catálogo de Derechos Fundamentales del Hombre) y otra parte orgánica (que consta de la estructura de los Organos del Poder Público).

De esta suerte, si un Estado no tiene un documento unitario, base jurídica de su organización política, o si lo tiene pero con características diversas a las de las Constituciones clásicas de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, es un "Estado sin Constitución" o es un Estado no constitucional.

A pesar de su notoria debilidad conceptual y científica, estos puntos de vista son de tal manera aceptados en nuestra teoría constitucional nacional que, un número importante de tratadistas, antiguos y modernos, definen a la Constitución del Estado y al Esta-

do constitucional en términos similares a los siguientes: "La -- Constitución del Estado es la Ley Fundamental contenida en un documento solemne, dividido en parte dogmática (garantías individuales) y parte orgánica (división de Poderes), cuyo objetivo esencial es regular las relaciones de los órganos del Estado entre sí y de éstos con los sujetos individuales de Derecho. Este documento puede incluir entre sus normas un procedimiento especial para ser reformado" (3).

Se trata de los tradicionales conceptos de Constitución material y Constitución formal de cuyas limitaciones teóricas, históricas y prácticas, muchos estudiosos no se acaban de percatar. (4)

(3) Cfr. En este sentido, f. Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 18ª Edición, 1981, págs. 21 a 25.

(4) Es interesante destacar que si nos atuviéramos a estas -- ideas, la Constitución Mexicana de 1917, "no sería una Constitución", toda vez que su estructura normativa, no corresponde estrictamente a la del "Estado de Derecho" clásico. La limitación de ciertos derechos individuales (el de propiedad privada o el del ejercicio de ciertas actividades económicas), en función del interés general o social; y la inclusión de los llamados "Derechos Sociales", que fijan también términos distintos a la relación Estado-individuo, son razones suficientes para sostener que nuestra Constitución, no en balde la primera Constitución Social de la -- Historia, es un nuevo tipo de Norma Fundamental del Estado. Es obvio entonces, que no "carecemos de una Constitución", sino -- que los que carecen de alcances científicos bastantes son los -- conceptos clásicos de constitución material y formal.

Como señala certeramente C. Schmitt (5), el intento por definir a la Constitución de un Estado partiendo de los inveterados - conceptos material y formal, equivale a incurrir en el error de - confundir al género con la especie y al todo con la parte.

En efecto, durante más de un siglo, a partir de finales del - XVIII, prácticamente todas las Constituciones de los Estados orga - nizados bajos principios democráticos, correspondían al concepto material y un buen número de ellas, al formal.

Sin embargo, en la actualidad es posible sostener que en el tiempo y en el espacio ha habido y hay Constituciones que no se - ajustan al modelo decimonónico liberal y no por ello han dejado de ser, ni dejan de ser Constituciones.

Más aún, afirmar lo contrario, implicaría perder de vista -- que el antecedente inmediato del Estado burgués de Derecho, el -- Estado monárquico tenía una Constitución Política, por supuesto - distinta o radicalmente diferente en la forma y en el fondo a la - de su sucesor.

En suma, los conceptos material y formal describen un tipo - de Constitución histórico, en sentido temporal y desde luego va--

(5) Sobre el concepto de Constitución y las diferencias concep-
tuales en torno a él, véase la clásica obra de C. Schmitt, ---
"Verfassungslehre" (Teoría de la Constitución).

lorativo, que fue la Carta de presentación del constitucionalismo moderno, en la Teoría constitucional y en la nueva praxis del ejercicio del Poder. Pero al fin y al cabo sólo una posibilidad entre muchas otras de organización política del Estado.

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 jurídico-normativa y de su contenido específico.

Hechas estas aclaraciones, podemos reiterar que la Gran Bretaña, es un Estado organizado constitucionalmente con base en la costumbre, y que por supuesto es incorrecto considerar que carece de "Constitución", por no tener un documento que codifique - sus normas fundamentales.

Estas por cierto, se conocen, han existido y existen, y son 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.

Como consecuencia, tratándose de la Gran Bretaña, al no contar con un documento constitucional codificado, 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) y desde luego, Gran Bretaña no es la excepción. La tradición británica en cuanto a la protección de los derechos individuales, por ejemplo, es de sobra conocida (6).

La ausencia de control era también la solución adoptada por Francia al problema que analizamos, hasta 1946, sólo que por razones y en condiciones distintas a las de la Gran Bretaña.

"C'est la solution française jusqu'en 1946 et notamment - celle qui a prévalu sous la Troisième République. Elle s'explique par la conception de la loi expression de la volonté générale qui vient du XVIII siècle". (7)

En este caso lo que vale la pena destacar es que a pesar de - que existía una Constitución francesa escrita (de 1875), prevalecía la más pura concepción de la representación popular que hacía inconcebible que un acto del Parlamento (Ley) pudiera amenazar a - los ciudadanos en sus derechos y libertades, toda vez que la Ley era creada por sus propios representantes. El peligro, le cas - écheant, podría provenir del ejecutivo, cuyos actos si estaban -

(6) Uno de los documentos escritos, de la Constitución británica "no escrita", es por supuesto, la secular Habeas Corpus Act.

(7) "Es la solución francesa hasta 1946 y señaladamente la que - prevaleció bajo la tercera República. Se explica por la concepción de la ley como expresión de la voluntad general que viene - del siglo XVIII". Pierre Pactet, op. cit. pág. 79.

sometidos a un control de legalidad que conjuraba la inadecuada aplicación de las Leyes o de cualesquiera otras normas. El Poder ejecutivo, en el régimen parlamentario francés de la III República, como se sabe, estaba compuesto de órganos nombrados y no elegidos popularmente.

Es oportuno señalar que, a pesar de que durante la III República francesa, la práctica, efectivamente coincidió con la teoría, toda vez que el legislador no sólo no atentó en contra de las libertades del hombre, sino antes bien, las reglamentó en beneficio de los individuos, en la actualidad es muy difícil suponer que las representaciones populares, que lo son más bien de corrientes de opinión o de partidos políticos, actúan siempre y por principio en interés de los ciudadanos y no de las organizaciones a las que representan. La constitucionalidad de las Leyes, en ningún País del mundo puede dejarse sans contrôle, a la buena fé del legislador.

Intimamente emparentada con la anterior opción está la "solución" recogida por la Asamblea constituyente francesa de 1791.

La ausencia de control expreso se basa en este caso, en la idea de que es suficiente la más clara y directa forma de "control" que es la reacción del pueblo ante la violación de la Ley.

La constitucionalidad de la Ley se deposita nuevamente en la fidelidad del órgano legislativo, del Rey (después substituido -

por la función del Directorio Ejecutivo) y de los jueces, además de una invocación comprensible à l'époque, a la vigilancia de los padres de familia, de las esposas, de los jóvenes ciudadanos y del "courage de tous les français" (del valor de todos los franceses).

Sin embargo, por si ocurriera que los órganos de Gobierno llegasen a incurrir en un estado de anticonstitucionalidad, "l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs". --- ("La insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes").

Es decir que el derecho de resistencia a la opresión reconocido por la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, y consagrado en los términos transcritos por la Consittución de 1793, es la forma de "control", en vías de hecho, legitimado, de combatir la anticonstitucionalidad y la ilegalidad. (8)

La apelación a esta forma de "control", y la confianza a priori en la actuación constitucional de los Poderes públicos, emanados de una Revolución, se comprende en un momento en el que la insurrección popular se auto-justifica y la constitucionalidad de los detentadores del Poder se presupone.

(8) Es interesante señalar que la declaración de Derechos de Maryland, América del Norte, del 5 de octubre de 1767, en el mismo sentido decía que "la doctrina de la no-resistencia al poder arbitrario y a la opresión es absurda, servil y destructiva del bien y de la felicidad de la humanidad. (Art. 6; igualmente el art. 3 de la Declaración del Estado de Virginia de 1776).

Obvio es que resultaría desde cualquier punto de vista im--
procedente sugerir que a todo acto anticonstitucional, deberá co--
rresponder actualmente una Revolución para preservar el Estado de
Derecho. Este debe contar con medios de defensa constitucional -
legalmente establecidos, quedando la Revolución popular como últi
mo recurso para hacer valer en determinadas circunstancias el --
principio incondicional de Soberanía popular.

Procedamos ahora a examinar los diversos Sistemas de control
de constitucionalidad expresamente establecidos, partiendo de la
naturaleza del órgano que lo realiza.

Control Legislativo

En teoría podría pensarse que las Constituciones políticas -
establecen implícitamente mecanismos de defensa de la constitu--
cionalidad de las Leyes fundamentalmente por medio de dos vías: -
a) La Reforma a la Constitución; y b) el Proceso legislativo.

Podría partirse del supuesto de que mediante la observancia
de estos procedimientos se garantizaría la constitucionalidad de
las Leyes conforme al: a) punto de vista del contenido de la refor
ma constitucional o de la creación o modificación legislativa;
y b) respecto de la forma o procedimiento de su elaboración, en -
cualquier caso.

En cuanto a lo primero, 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 o al crear o modificar una ley.

Por lo que respecta a lo segundo, la observancia del procedimiento reformador de la Constitución o puramente legislativo, es al efecto garantía del respeto a lo prescrito en la propia Ley Fundamental.

Analícemos hasta donde son exactos estos planteamientos.

Reforma a la Constitución

El tema de la reforma a la Constitución es amplio y complejo.

Los mecanismos o procedimientos de reforma son tantos como para realizar un estudio o una obra exclusivamente en relación con el asunto.

La dicotomía clásica rigidez-flexibilidad es a todas luces apenas una aproximación al vasto campo de investigación, pues dentro de la rigidez hay innumerables variantes, pudiéndose encontrar procedimientos más complicados que otros.

Hay casos como el de la Constitución mexicana en que la reforma se realiza sin intervención directa ni 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, por ejemplo), como locales (aprobación de la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas), sin ninguna limitación aparente (9.) en cuanto a las normas constitucionales que podrán ser reformadas (Art. 135 de la Constitución mexicana).

Otras constituciones, como la francesa, establecen un procedimiento rígido, limitan el alcance de la reforma, que no puede atentar en contra de la integridad territorial, ni de la forma de gobierno republicano y apelan además a la voluntad popular mediante el referéndum constitucional. (Constitución francesa, -- Art. 89).

(9) Sobre las facultades "ilimitadas" del llamado poder revisor de la Constitución política mexicana, hay dos corrientes doctrinarias 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 que partes de ella, sí y cuales por ende no, o a la inversa (cfr. Tena Ramírez, "Derecho Constitucional Mexicano", y la mayoría de los tratadistas nacionales). B) Facultades limitadas del llamado poder revisor, constrictas a modificar cualquier parte de la Constitución, a excepción de las decisiones políticas fundamentales que son su esencia, con base en la determinación de la naturaleza del poder revisor el cual no es "Constituyente Permanente" sino "Órgano Constituido". Las limitaciones no están expresamente establecidas en el texto del Artículo 135, pero sí están implícitas en la naturaleza del órgano que estructura este precepto. A pesar de que la corriente dominante es la primera, nos adherimos a la segunda, por considerarla congruente con los principios generales de la Teoría de la

A veces el procedimiento varía, dependiendo de la parte de la Constitución que habrá de reformarse, además del sometimiento, en cualquier caso, al referéndum, una vez aprobado el proyecto de reforma por el Poder legislativo. Adicionalmente pueden fijarse límites al momento en que se pretenda iniciar la reforma, no procediendo en los estados de emergencia o excepción (10).

A este esquema corresponde el procedimiento previsto por la Constitución española de 1978, la cual por cierto hasta 1990 no había sido reformada y cuyos artículos conducentes transcribimos:

Art. 167. "1. Los proyectos de reforma constitucional de berán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del aparato anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de cualquiera de los miembros de cualquiera de las Cámaras."

Art. 168."1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al título preliminar, al Capítulo segundo, Sección Primera del Título I o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la solución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión

Constitución. La segunda de las tesis la comparten, por ejemplo, Felipe Canudas y Orezza "La irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales" y el Dr. Ignacio Burgoa, "Derecho Constitucional Mexicano".

(10) Constitución española, artículo 116.

y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas - Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será - sometida a referéndum para su ratificación."

Art. 169. "No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116."

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

Al respecto consideramos 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 estas dos objeciones:

A) No es aconsejable, ni confiable desde un 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;

B) Nos colocaríamos en el caso de que los Congresos o Parlamentos serían simultáneamente jueces y partes.

Proceso Legislativo

Similar al caso anterior, está nuestro interés en referirnos al proceso legislativo, constreñido a examinar su vialidad como - medio de control de constitucionalidad de las leyes.

En todo Estado de Derecho la función legislativa se confía a órganos colegiados (Sistemas unicamerales o bicamerales), siempre

de elección popular, los cuales con la concurrencia de otros poderes constituidos (ejecutivo, derecho de iniciativa y de veto; -- asambleas locales, en casos de estados federales, derecho de iniciativa) crean o modifican las leyes, mediante procedimientos -- constitucionalmente prescritos.

Independientemente de su multiplicidad, podría pensarse que estos procedimientos, expresamente normados en las cartas fundamentales, pueden operar como medios de defensa de la Constitución, en dos vertientes:

A) Formalmente respetando el mecanismo jurídico-legislativo; y materialmente impidiendo que la ley anticonstitucional, que a nivel de proyecto será discutida, sea aprobada por un Parlamento o Congreso en un debate en el que su anticonstitucionalidad quede de manifiesto.

B) 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 de 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.

En realidad si se toma en cuenta la dinámica del proceso legislativo en la práctica, el juego y rejuego de intereses que mue

ven a un Parlamento e inclusive, en los Sistemas presidencialistas, el peso político de un poder ejecutivo deseoso de que sea aprobada una ley, será fácil percibir que los argumentos a favor del proceso legislativo como medio de control de la constitucionalidad son más bien retóricos y poco defendibles en el terreno de los hechos.

Además son aplicables las objeciones de parcialidad que hicimos al referirnos al tema de la reforma constitucional, pues nuevamente aquí el órgano legislativo actuaría como juez y parte.

Descartamos entonces, la posibilidad de que el control de constitucionalidad de las leyes se confie a un órgano legislativo, no siendo casual, por cierto, que prácticamente todos los tratadistas omitan su análisis al referirse al tema que nos ocupa.

Control Político

Tradicionalmente se conocen dos formas de control constitucional normativamente estructuradas, en cuanto a la naturaleza del órgano que las ejerce:

- A) Control por un órgano político; y
- B) Control por un órgano jurisdiccional.

En la Convención del año III, Sieyès proclamaba:

"Je demande d'abord un jury de constitution où, pour franchiser un peu le mot jury et le distinguer dans le son du mot de juré, une jurie constitutionnaire. C'est un véritable corps de représentants que je demande, avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution". (11)

A lo cual Thibaudeau respondía vigorosamente:

"Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et en voulait donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur -- donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement". (12.)

El teórico principal de la doctrina del Poder constituyente que determina, proponía la creación de un Poder constituyente que sanciona. Sus ideas por cierto, tuvieron eco en la Constitución del mismo año III, del 5 fructidor.

El control por un órgano político se asigna a un organismo - distinto a los poderes constituidos que necesariamente se coloca por encima de ellos. A diferencia de un juez que juzga conforme a las leyes, el órgano político juzga a las leyes mismas.

(11) "Pido, antes que otra cosa, un jury de constitución, para - afrancesar un poco la palabra jury y distinguirla en su tono de - jurado, un jurado de apreciación constitucional. Es un verdadero cuerpo de representantes lo que yo pido, con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo atentado que pudiera hacerse a la Constitución".

(12) "Este poder monstruoso sería todo en el Estado y al querer - otorgar un guardián a los poderes públicos, les daríamos un dueño que los encadenaría para vigilarlos más fácilmente".

Otra opción menos frecuente es que ese órgano sea uno de los poderes públicos ya existentes.

Francia es un Estado que ha tenido una experiencia considerable en la materia, asignando la función de control de constitucionalidad a un órgano político.

Entre otros casos son de mencionarse las dos Constituciones de los Napoleones (13 de diciembre de 1799 y 14 de enero de 1852) (13) que confiaban la función de control a sendos senados; el Comité Constitucional previsto en la Constitución de la IV República de 1946, cuyas facultades limitadas a un veto suspensivo, lo hicieron caer en descrédito (14); y el más eficaz y dinámico Con-

(13) Es oportuno señalar que muchos de los detractores del Sistema político de control de constitucionalidad se basan en estas experiencias y muy destacadamente en la segunda de ellas, aduciendo que se trataba de parodias de control, de órganos sometidos a un Gobierno factotum. Con ello pretenden demostrar la inutilidad de este Sistema y la superioridad del jurisdiccional (cfr. Einaudi en su obra "Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli stati uniti d'America" quien se refiere a "l'inutilità d'un controllo di costituzionalità affidato ad corpo esclusivamente politico"). Este juicio parece al menos discutible, pues no toma en cuenta que ambos regímenes, al margen de las descripciones constitucionales, tenían naturaleza autoritaria (K. Loewenstein se refiere en su Verfassungslehre de manera impecable al NAPOLEONS PLEBISZITARER Cäsarismus, como "Der Typ der autoritären Regierung, der Napoleon seine Entstehung verdankt" ("El tipo de régimen autoritario, cuyo surgimiento se lo debe a Napoleon"), razón que explica el estado de sumisión en que los órganos de control se encontraban. No era el tipo de órgano de control político el que per se era inútil, sino la forma de Gobierno la que lo inutilizaba. Probablemente un tipo de control jurisdiccional habría corrido con la misma suerte.

(14) M. Duverger se refiere al Comité Constitucional de la IV República, como un medio de "contrôle de la constitutionnalité très faible très peu efficace d'ailleurs, qui s'inspirait vaguement -- de Sieyès", ("control de la constitucionalidad muy débil y muy poco eficaz, además, que se inspiraba vagamente en Sieyès"). M. Duverger, op. cit. pág. 225.

seil Constitutionnel, de la Constitución francesa vigente de -
1958. (15)

Las razones de esta tradicional preferencia francesa por el
órgano político las resume Mauro Cappelletti en estos términos:

"Razones de varia naturaleza están en la base de tal solución adoptada tradicionalmente en Francia, solución que, si bien admite a veces un control político, siempre excluye empero un verdadero y propio control jurisdiccional de constitucionalidad. Razones históricas ante todo, o sea el permanente recuerdo de las graves interferencias que, precedentemente a la Revolución, los jueces franceses demasiado frecuentemente perpetraban en la esfera de los otros poderes, con consecuencias que, si a veces podían también representar un saludable antídoto contra las tendencias absolutistas de la monarquía, más a menudo tenían más bien el sabor de la arbitrariedad o del abuso. Para darse cuenta de esto, bastará recordar cómo era considerado el cargo judicial por los jueces franceses del ancien régime, y en particular por los "Parlementaires" o sea por los jueces de aquellas cortes superiores que eran los Parlements, como "un droit de propriété, un droit patrimonial", poseído por ellos "au même titre que leurs maisons et leurs terres": de donde, como para los bienes patrimoniales privados, "ils les achetaient, les vendaient, les transmettaient par héritage, les louaient quand ils voulaient, les conserver á des mineurs", los disfrutaban, sobre todo, lo más posible - a cargo, se entiende bien, de las partes litigantes- del mismo modo que un buen propietario que sabe disfrutar su propio poder. No por nada aquellos jueces estuvieron, casi siempre, entre los adversarios más encarnizados de cualquier reforma aún mínima en sentido liberal, y después muy encarnizados adversarios de la Revolución, que sobre las guillotinas patrias por otra parte colocó abundantemente sus honorables cabezas". (16)

(15) Su estudio detallado se hace en el capítulo VI de esta obra.

(16) M. Cappelletti, "La Justicia Constitucional", U.N.A.M. 1987,- pags. 83 y 84.

La Constitución alemana de Weimar es otro caso de asignación de la función de control a un órgano político, en la especie, al Presidente del Reich. Solo que aquí se trata de obviar el peligro de crear un órgano supraordinado a los poderes constituidos, mediante la estructuración de un poder neutro e intermediario.

En su obra "Der Hüter de Verfassung" (El guardián de la Constitución), mal traducida por cierto al español como "La defensa de la Constitución", dice C. Schmitt:

"Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso -y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral- y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un pouvoir neutre et intermédiaire, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esa causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo, equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales". (17)

(17) C. Schmitt, "La Defensa de la Constitución", Tecnos, Madrid, 1987, págs. 213 y 214.

México tuvo ya también una experiencia en la materia, en la Constitución conservadora de 1836, la que asignaba al Supremo Poder Conservador, entre otros las siguientes funciones relativas al control de constitucionalidad:

" 12. Las atribuciones de este supremo poder, 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 ésta 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.

Si la declaración fuere afirmativa, se mandarán los datos al tribunal respectivo para que sin necesidad de otro requisito, proceda a la formación de causa, y al fallo que hubiere lugar.

V. Suspender a la alta Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes supremos, cuando des conozca alguno de ellos, o trate de trastornar el orden público.

X. Dar o negar la sanción a las reformas de Consti tución que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva". (18)

(18) Tena Ramírez, "Leyes Fundamentales de México", Porrúa, 15a.- Edición, México, 1989, págs. 210 y 211.

El órgano político se caracteriza como tal por la forma de selección de sus integrantes, propuestos por los poderes constituidos, y porque:

1. La preservación de la Ley Fundamental se encomienda, bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes del Estado, o bien se confía a alguno de éstos;
2. La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la Constitución;
3. Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el órgano peticionario y aquel a quien se atribuye el acto o la ley atacados;
4. Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos erga omnes o absolutos." (19)

Vale la pena señalar que hay casos en que, a pesar de que la designación de los mismos órganos de Control se hace mediante la concurrencia de los poderes constituidos, el funcionamiento y los efectos de sus resoluciones lo asemejan a un órgano jurisdiccional. Por ende, Tribunales como el Constitucional español o la Corte Costituzionale italiana serán estudiados en el apartado siguiente, pues no obstante presentar características similares a las de los órganos de control político, predominan en cuanto a su organización y competencia, rasgos distintivos del control jurisdiccional. (20)

(19) Ignacio Burgoa "El Juicio de Amparo", Porrúa, México, 1982, - pág. 159.

(20) Fix Zamudio cataloga a esta clase de órganos dentro de un rubro de control que intitula "judicial", para diferenciarlo del "jurisdiccional" propiamente dicho. (cfr. Fix Zamudio, El Juicio de Amparo, pág. 63). Burgoa Orihuela en sentido opuesto sostiene -

Uno de los puntos más controvertidos sobre los aspectos teóricos y la eficacia práctica del control político se refiere a la imparcialidad e independencia del órgano de control.

Después de reiterar la simulación del control que distinguió al Senado del segundo Imperio, sometido al poder napoleónico, recordado como "une institution vide et hypocrite, une comédie --- utile au pouvoir, mais que ne trompait personne", ("una institución vacía e hipócrita, una comedia útil al poder, pero que no engaña a nadie"), Jacques Cadard, señala lo siguiente, en relación al órgano político de control:

"On pourrait pourtant imaginer qu'un tel organe ne soit pas nommé par le pouvoir politique, mais soit élu et indépendant. En réalité, un tel organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois ou bien se transformerait très vite en une véritable juridiction ou bien en une autre assemblée parlementaire. Dans la seconde hypothèse, le contrôle se muerait en une forme de bicaméralisme ou de multi-caméralisme peut-être utile, mais qui n'aurait plus grande chose de commun avec un réel contrôle de la constitutionnalité des lois. Ce contrôle ne semble donc pas pouvoir être confié à un organe politique non juridictionnel sans disparaître, à moins que cet organe ne devienne juridictionnel. La première hypothèse est la plus vraisemblable, car l'aspect politique inévitable de tout contrôle de ce genre prendrait vite le pas sur les aspects juridiques de la fonction en raison de la composition de l'organe intéressé". (21)

que este tipo de órganos "híbridos o mixtos", que participan de caracteres de control tanto políticos como jurisdiccionales no autorizan la creación de un tercer tipo de control, proponiendo que se mantenga la dicotomía órgano político-órgano jurisdiccional. (Burgoa, "El Juicio de Amparo". pág. 172).

(21) "Sin embargo, se podría imaginar que un órgano tal, no sea nombrado por el poder político, sino sea electo e independiente.- En realidad un órgano tal, encargado del control de la constitucionalidad de las leyes o bien se transformaría muy rápido en una

El problema de fondo, como podrá observarse, consiste en que un órgano de esta naturaleza oscila en cuanto a su imparcialidad y eficacia entre la sumisión al Poder político cuyo ejercicio constitucional debe controlar, y la supraordinación a los órganos públicos, al absorber una dosis de Poder excesivo que le permite anular sus actos y decisiones, colocándose en un plano de superioridad frente a los órganos controlados.

Es oportuno apuntar que sí ha podido lograrse un equilibrio entre estos extremos, ejemplo del cual, es el Conseil Constitutionnel francés, de la Va. República, al que el autor que acabamos de citar califica de "organe très politisé, bien que juridictionnel par les procédures, qui semble devenir peu à peu une véritable juridiction, dont l'importance et l'utilité se développent de manière très nette". (22)

Nos parece que los aspectos de imparcialidad y relación del órgano de control con los poderes constituidos, ciertamente de primera importancia no son preocupaciones válidas exclusivamente para el tipo de órgano político.

verdadera jurisdicción, o bien en otra asamblea parlamentaria. En la segunda hipótesis, el control se tornaría en una forma de bicameralismo o multicameralismo, tal vez útil, pero que no tendría nada de común con un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes. Este control no parece poder ser confiado a un órgano político no jurisdiccional, sin desaparecer, a menos que este órgano se torne en jurisdiccional. La primera hipótesis es la más factible, pues el aspecto político inevitable de todo control de este género, superaría rápidamente los aspectos jurídicos de la función en razón de la composición del órgano interesado". J. Cadard, op. cit. pág. 152.

Su concreción es indispensable también tratándose del órgano de control jurisdiccional, resultando, hasta cierto punto - aventurado sostener cualquiera de estas dos tesis:

A) Que a todo órgano de control político corresponderán necesariamente las deficiencias de parcialidad y sumisión o en su caso, sometimiento a y de los poderes constituidos cuyos actos deberá controlar; o bien

B) Que todo órgano de control jurisdiccional está atribuido de imparcialidad y se halla en una posición de equilibrio e independencia frente a los órganos controlados.

Al examinar con cuidado ciertos fallos de la Corte Suprema - norteamericana, paradigma del control jurisdiccional (23), observaremos como en ocasiones se muestra muy conservadora y en otras más liberal al emitir sus resoluciones. (Libre empresa o cuestiones raciales respectivamente). ¿Por razones ideológicas de los jueces solamente? o tal vez, también ¿por presiones del poderoso sector económico-financiero de la unión americana?

(22) "Órgano muy politizado, si bien jurisdiccional por sus procedimientos, que parece convertirse poco a poco en una verdadera jurisdicción, cuya importancia y utilidad se desarrollan de manera muy nítida".

(23) Véase, Norteamérica, control de constitucionalidad, capítulo VIII de esta obra.

El problema a resolver consiste en lograr que el órgano que controla, cualquiera que sea su naturaleza, pueda controlar --- independiente, eficaz y equilibradamente. Es decir que esté en condición de cumplir con su misión, de mantener en ejercicio su - competencia constitucionalmente prevista; de contribuir en suma, - a la conformidad constitucional de todos los actos de Gobierno.

El asunto quiérase o no es político, toda vez que se trata - de controlar el ejercicio del Poder. Como tal, no es nuevo, pues participa de la misma complejidad del equilibrio de los propios - poderes constituidos, descrito formalmente mediante la técnica - constitucional de la distribución de competencias, pero sometido en la realidad, como todo fenómeno de Poder, a la permanente tensión que crean los afanes de un órgano por ser superior a los demás.

El sistema perfecto de los checks and balances y de la división de poderes sigue vigente tal cual, pero en las concepciones de Locke y Montesquieu. En cambio, en el terreno de los hechos, - el punto a dilucidar sigue siendo el mismo que inspiró a estos - clásicos y a toda la corriente constitucionalista moderna. ¿Cómo lograr establecer límites y controlar a un Poder, que tal vez, - por su propia naturaleza tiende a ser ilimitado?

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

El Control Jurisdiccional

En este apartado analizaremos el Sistema de control sin duda más difundido y que ofrece un número considerable de variantes.

Su examen puede realizarse en función del órgano que lo efectúa, en cuyo caso distinguiremos entre el control por los tribunales ordinarios o por un Tribunal especialmente facultado para ese propósito.

También es factible enfocar el problema en cuanto a la materia objeto del control de constitucionalidad, en donde tendríamos:

- A) Control de la constitucionalidad de las Leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de Ley.
- B) Conflictos de atribuciones de los distintos poderes constituidos entre sí y tratándose de un sistema federal, entre los poderes del Estado y los de las entidades federativas;
- C) Control de la constitucionalidad de tratados internacionales;
- D) Protección de los Derechos de las personas jurídicas, -- cuando éstos son violentados por actos de autoridad.

Otra posibilidad es desde luego, la relativa a los efectos de la resolución del órgano, los cuales pueden ser particulares,-

es decir, referidos al caso concreto o generales, esto es, invalidadores de la ley y por ende erga omnes.

Una opción más sería la de estudiar quiénes son los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control una declaración de inconstitucionalidad.

Estos pueden ser:

A) Cualquier persona jurídica con un interés específico y legítimo en el caso concreto; (México).

B) Los titulares o miembros de los poderes constituidos del Estado; (España).

C) El juez que, suponiendo una posible inconstitucionalidad de la ley que debe aplicar al juzgar el litigio del que conoce, se dirige al órgano para que este se pronuncie sobre la constitucionalidad de la misma. (Alemania)

Puede examinarse el asunto también en cuanto a la forma o al procedimiento que se emplea para presentar la cuestión de constitucionalidad, la cual puede plantearse:

A) En vía de acción, promovida por el sujeto de derecho (actor), afectado por el acto de autoridad (lato sensu), el cual inicia un proceso judicial distinto a aquél en el que se produjo la

violación de sus derechos, ante una autoridad dotada de jurisdicción especial.

B) En vía de excepción, caso en el que el planteamiento de inconstitucionalidad se presenta como un incidente dentro del mismo proceso en el que no se realiza un nuevo juicio o un juicio especial, sino se desahoga la cuestión dentro del proceso, ante la misma autoridad que conoce del caso, o ante su superior jerárquico, de conformidad con los recursos procesales establecidos al efecto.

En realidad todos estos elementos o criterios de clasificación deben ser tenidos muy en cuenta al examinar el tema de control de constitucionalidad jurisdiccional, e inclusive político, si se quiere obtener una perspectiva completa del caso específico que se estudie, amén de que, según cada derecho positivo que estructura normativamente el Sistema de control, es fácil advertir que se encuentran combinados o mezclados.

Continuemos nuestra exposición refiriéndonos al órgano que realiza la función de control, esto es, analizando si ésta se confía a los tribunales ordinarios o si en cambio, se asigna a un tribunal especial.

Del tipo de control jurisdiccional efectuado por los tri--

bunales ordinarios, designado también con el término "difuso" (24), precisamente porque está disperso en cada una de ellos, es paradigma el Sistema norteamericano (25).

De esta suerte nos guiaremos por los rasgos generales (26) - del caso norteamericano para referirnos a este tipo concreto de control.

La tesis central que apoya el ejercicio del control de constitucionalidad por tribunales ordinarios parte del supuesto de que la revisión de la conformidad de las Leyes con la Constitución, es un problema jurisdiccional que no presenta per se, ninguna originalidad desde el punto de vista de su naturaleza. Por ende es igualmente natural confiársela a tribunales y a jueces comunes.

El mecanismo esencial que emplearán estos jueces para cumplir su misión se basa en el siguiente razonamiento: la función de todo juez, antes de aplicar una ley al caso concreto que se le presenta es la de interpretarla con fundamento en tres reglas generales de Derecho principalmente:

(24) Cfr. Mauro Cappelletti, "La Justicia Constitucional", págs. 60 y sigs.

(25) Fix Zamudio lo llama "Sistema americano".

(26) El estudio específico del Sistema norteamericano lo hacemos en el Capítulo octavo.

- A) "Lex superior derogat legi inferiori";
- B) "Lex specialis derogat legi generali"; y
- C) "Lex posterior derogat legi priori".

En caso de conflicto de leyes de igual jerarquía normativa - se aplican los dos últimos principios; tratándose de leyes de dis tinta fuerza normativa, opera el primero.

Así, cualquier juez, ante la opción de aplicar una ley con-- traria a la Constitución, o no aplicarla, tomará la segunda alter-- nativa, salvaguardando la vigencia de la Ley Fundamental y del - principio de superioridad normativa. .

El famoso juez Marshall, considerado como el segundo funda-- dor de la Constitución norteamericana, se basó en estos razona--- mientos al resolver en el celeberrimo case Marbury vs. Madison a favor de la superioridad de la Ley constitucional

"L'arrêt Marbury versus Madison (1803) est le premier -- dans lequel la cour écarte une loi fédérale, comme incom-- patible avec la Constitution. Son retentissement fut - d'autant plus considérable que la Cour refusait d'appli-- quer une loi qui lui était manifestement favorable, puis qu'elle étendait sa propre compétence". (27)

(27) "El juicio Marbury vs Madison (1803) es el primero en el cual la Corte desechó una ley federal por ser incompatible con la Cons-- titución. Su resonancia fue mucho más considerable porque la Cor-- te se rehusó a aplicar una ley que le era manifiestamente favora-- ble, puesto que extendía su propia competencia". M. Prélot, op. - cit. pág. 209.

El problema que nos interesa explorar específicamente (control de constitucionalidad), como podrá observarse, se simplifica enormemente y se reduce a la observancia del principio "lex superior, derogat legi inferiori", al que debe atenerse cada juez en cada controversia que le sea sometida. El control de constitucionalidad lo efectúa por consiguiente, un órgano judicial superior, inferior, federal o estatal, porque todo juez debe interpretar la ley y no aceptarla en caso de ser anticonstitucional.

Salta a la vista un serio problema que podría presentarse: ¿qué ocurre si un juez considera inconstitucional una ley y por lo tanto no la aplica, mientras que otro sí lo hace por no encontrar la contraria a la Ley Fundamental? Es decir, ¿qué garantía existe de una interpretación o control de constitucionalidad uniforme en un sistema "difuso" de control? Para responder a estas interrogantes es necesario tener en cuenta lo siguiente:

A) Este Sistema es típico de los países que fueron colonias inglesas, como Estados Unidos, Canadá o Australia, es decir, países de la Commonwealth y de derecho consuetudinario. (28)

B) En estos países rige el principio denominado "Stare decisis".

(28) Es interesante advertir la influencia creciente del otro gran Sistema de control, el concentrado, aun en países de tradición consuetudinaria, como el caso de Canadá, cuyo sistema de control preve la figura de los "references cases", con efectos generales de la resolución sobre la inconstitucionalidad de una Ley. Véase capítulo X, pág. 567, de esta obra.

Obviamente la posibilidad de que una ley fuese aplicada a veces y otras no al ser simultáneamente juzgada "constitucional" e "inconstitucional" por tribunales distintos, o llevadas las cosas al extremo, por el mismo tribunal en momentos diversos, ocasionaría un estado de incertidumbre jurídica y conduciría al fracaso del Sistema de control, lo cual no ocurre por los motivos que señalamos en los incisos precedentes.

"Tal fracaso, y las arriba lamentadas graves consecuencias de conflicto y de incertidumbre, han sido evitadas en los E.U.A., como también en los otros países del -- common law en los cuales rige el sistema del control judicial "difuso" de constitucionalidad. En efecto, allí vale, y aunque sea con muchas atenuaciones de las cuales empero no es necesario hablar aquí porque no desdican la sustancial validez de nuestras consideraciones presentes, el principio fundamental del stare decisis, por efecto del cual "a decisión by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction. El resultado final del principio del vínculo a los precedentes es que, aun cuando también en las Cortes (estatales o federales) norteamericanas pueden surgir - divergencias en cuanto a la constitucionalidad de una ley determinada, a través del sistema de las impugnaciones la cuestión de constitucionalidad podrá terminar empero por ser decidida por los órganos judiciales superiores y, en particular, por la Supreme Court, cuya decisión será desde aquel momento en adelante, vinculante - para todos los órganos judiciales". (29)

Esa Supreme Court, encarna la jurisdicción federal superior que controla y uniforma la jurisprudencia de las Cortes o tribunales inferiores y a la cual corresponde fijar en última instancia la interpretación de la Constitución y el pronunciamiento de in-

(29) Mauro Cappelletti, op. cit., pag. 71.

constitucionalidad. La Corte Suprema es la institución jurisdiccional garante de la Constitución federal en el sistema de "Judicial review".

Una opción distinta de control jurisdiccional consiste en conferírsele a un Tribunal especial.

La base doctrinaria de este Sistema es la consideración de que la cuestión de constitucionalidad de las leyes requiere, por su importancia, de jueces dotados de un conocimiento jurídico, de un prestigio y de una independencia superiores a los de los jueces ordinarios.

Llevando a sus últimas consecuencias la teoría de la separación de poderes y la supremacía de la Constitución y de la Ley, resulta insostenible la idea de que los miembros de uno de los poderes públicos, los jueces (cíviles, penales, administrativos), puedan invalidar una norma jurídica y no aplicarla.

Los jueces son incompetentes para "juzgar" una ley y su deber de interpretación no debe nulificar la presunción de validez de la Ley que habrán de aplicar.

En suma, su competencia no alcanza la cuestión de constitucionalidad, la cual queda reservada para el Tribunal especial competente en la materia. Los jueces ordinarios deben considerar

que las leyes no contradicen a la Constitución (30) y aplicarlas, esperando a que el Tribunal constitucional ratifique o rectifique en su caso, su "apreciación".

Este Sistema apareció por vez primera en la Constitución austriaca de 1920, obra del eminentísimo Hans Kelsen, razón por la cual algunos teóricos lo denominan "Sistema austriaco".

Un número importante de Estados europeos han adoptado este Sistema.

Tal es el caso de España, que tiene un Tribunal constitucional; de Italia con su Corte Costituzionale; de Alemania que cuenta, con el Bundesverfassungsgericht; además de Turquía y Portugal.

Precedentes de estos Tribunales constitucionales ad hoc, los encontramos en Checoslovaquia (Ley constitucional de 1920); y en los Estados de Baviera (1818) y de Sajonia (1831). (31)

(30) Hay casos como los de Italia, Alemania y España, en que los jueces ordinarios pueden plantear la cuestión de constitucionalidad de una Ley aplicable al caso de que conocen, ante el Tribunal especial, cuando tengan dudas sobre su conformidad con la ley fundamental; sin embargo, ellos no deciden si esa Ley es o no constitucional, debiendo esperar la resolución del Tribunal ad hoc y atenerse a sus términos.

(31) Cfr. Mauro Cappelletti, "La Giurisdizione costituzionale delle libertà" y C. Schmitt "Der Hüter der Verfassung".

Normalmente este Sistema es acogido en Estados que no aceptan el principio de "Stare decisis" y por ende, tienen un control "concentrado" (32) por oposición al "difuso" norteamericano.

A diferencia del Sistema de los países del common law, en el que el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Ley tiene efectos particulares, precisamente por el hecho de que cualquier juez puede hacerlo, pero referido al caso de que conoce exclusivamente, en forma de incidente o por vía de excepción, la resolución del Tribunal Constitucional tiene efectos erga omnes. (33)

Este Sistema ofrece variantes, pues en ocasiones, por ejemplo, la vía de acción que le es característica para plantear la cuestión de constitucionalidad, puede ser acompañada en el caso de un Tribunal especial, por la vía de excepción.

En Alemania, por ejemplo, un ciudadano tiene acceso al Bundesverfassungsgericht, sito en Karlsruhe. En Italia en cambio, los ciudadanos no tienen derecho de acción directa, pero ahí sí existen los dos mecanismos de presentación de la cuestión de constitucionalidad, es decir, la vía de acción y la vía de excepción ante la Corte Costituzionale. (34)

(32) Cfr. Mauro Cappelletti, "La Justicia Constitucional", pág. 59 y sigs.

(33) En teoría, se llega al efecto "erga omnes", también en el Sistema norteamericano por medio de una Jurisprudencia de la Corte vinculante para todos los jueces que le son inferiores.

(34) El caso alemán y el italiano se examinan en detalle en los capítulos V y IV respectivamente.

Benoît Jeanneau, se refiere a las ventajas de este Sistema -
en estos términos:

"La formule évite, en effet, certains des inconvénients -
révélés par la pratique américaine:

a) Elle permet d'abord de dessaisir les juridictions de droit commun de la vérification de la constitutionnalité des lois en les obligeant à renvoyer sous forme de questions préjudicielles toutes les difficultés sérieuses d'interprétation de la Constitution. Ce qui assure une homogénéité immédiate de jurisprudence sur ce point.

b) Ensuite, d'obtenir une confirmation ou une annulation définitive et opposable à tous (erga omnes) de la disposition législative contestée; résultat plus satisfaisant que l'effet relatif de la chose jugée - pour la clarté de l'ordonnement juridique.

c) Enfin d'enserrer dans un cadre plus strict le recours en inconstitutionnalité lorsqu'il s'exerce directement: saisine restreinte et délai plus ou moins long de manière a réduire l'insécurité juridique --- qu'entraîne tout contrôle juridique ouvert indéfiniment". (35)

(35) "La fórmula evita, en efecto, algunos de los inconvenientes revelados por la práctica americana:

a) Permite por principio quitar de las manos de las jurisdicciones de derecho común la verificación de la constitucionalidad de las leyes, obligándolas a reenviar, bajo la forma de cuestiones prejudiciales, todas las dificultades serias de interpretación de la Constitución.

Lo que asegura una homogeneidad de inmediata jurisprudencia, - sobre ese punto.

b) Además, se obtiene una confirmación o anulación definitiva, y oponible a todos (erga omnes) de la disposición legislativa atacada; resultado más satisfactorio que el efecto relativo de la cosa juzgada, para la claridad del orden jurídico.

c) En fin, encierra en un cuadro más estricto el recurso de inconstitucionalidad, puesto que se ejerce directamente: apelación restringida y término más o menos largo, de manera que se reduce la inseguridad jurídica que acarrea todo control jurídico abierto indefinidamente". Benoît Jeanneau, "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques" Dallos, París, 6a. Edition, 1981 --
pág. 87.

Las características de cada Sistema podemos resumirlas, así:

A) Sistema de control de la constitucionalidad por tribunales ordinarios.

- 1.- El sistema es "difuso", pues cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad.
- 2.- Esta se plantea por vía incidental o de excepción.
- 3.- Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto.
- 4.- Rige el principio de "Stare decisis".
- 5.- Una Corte Suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de la constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.

B) Sistema de control conferido a un tribunal especial.

- 1.- El Sistema es "concentrado", pues la cuestión de constitucionalidad la pronuncia un sólo tribunal, estando limitado el número de instancias que pueden plantearla.
- 2.- Normalmente se presenta la pregunta sobre la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos de vía de excepción. (36)

3.- Los alcances del pronunciamiento tienen efectos erga omnes.

4.- No rige el principio del "Stare decisis", por lo que,

5.- Debe ser un sólo Tribunal el que emita la única resolución obligatoria para todos los casos.

No olvidemos que estos rasgos distintivos pueden eventualmente estar entremezclados, siendo la tipología sugerida, sólo descriptiva en lo general, pero no limitativa.

Es interesante señalar que en el caso de México, no hay división sobre el carácter de control jurisdiccional del juicio de Amparo, sin embargo en cuanto a cuál de los tipos descritos es el que corresponde a nuestra Institución, hay quien considera que se trata de un "Sistema mixto". (37)

A reserva de profundizar en esta cuestión en los apartados correspondientes, nos parece que "mutatis mutandis", nuestro Juicio de Amparo se ajusta más al Sistema "norteamericano" que al "austriaco", desde luego.

Para concluir este apartado vale la pena reproducir la opinión de M. Duverger, sobre una de las ventajas genéricas que se

(37) Cfr. M. Cappelletti, op. cit. págs. 60 y 61. Este autor se basa para asignarle tal carácter al Sistema mexicano, en "un contraste, al menos aparente entre los arts. 103 y 133 de la Constitución federal", cuestión a la que nos referimos en el capítulo IX, pág. 456 y sigs.

dan por descontadas normalmente en favor del Sistema de control -
jurisdiccional de la constitucionalidad, en cualquiera de sus va-
riantes, frente al Sistema de control por un órgano político, es-
to es, la "apoliticidad" e imparcialidad o independencia del pri-
mero, contra la parcialidad y subordinación del segundo a los po-
deres públicos cuyos actos pretende controlar:

"On a soutenu que les juges de la Cour suprême américaine exercent leur contrôle dans un sens conservateur. Cette thèse doit être nuancée; la Cour suprême s'est montrée conservatrice dans la défense de la libre entreprise, mais novatrice et courageuse dans son action pour supprimer la ségrégation raciale. Cependant, il reste que la plupart des magistrats inclinent naturellement vers le conservatisme. Par leur formation, par leur mentalité, par les classes sociales dont ils sont issus, par leur métier même surtout, ils ont souvent une mentalité conservatrice. Quels que soient leurs efforts d'impartialité, cette mentalité transparaît parfois dans leurs jugements, surtout si ceux-ci s'exercent sur une matière politique: tel est précisément le contrôle de la constitutionnalité. Ainsi s'explique d'ailleurs que le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité figure surtout dans le programme des partis de droite. Dans la protection des droits individuels, cependant, il pourrait éviter bien des abus". (38)

(38) Se sostiene que los jueces de la Suprema Corte Americana ejercen su control en un sentido conservador. Esta tesis debe ser matizada: la Suprema Corte se ha mostrado conservadora en la defensa de la libre empresa, pero renovadora y vigorosa en su acción para suprimir la segregación racial. Sin embargo, resulta que la mayor parte de los magistrados se inclinan por el conservadurismo de manera natural. Por su formación, por su mentalidad, por las clases sociales de las que surgen, por su propio trabajo sobre todo, ellos tienen frecuentemente una mentalidad conservadora. Cualquiera que sean sus esfuerzos de imparcialidad, esta mentalidad se transporta a veces en sus juicios, sobre todo si éstos se refieren a una cuestión política: tal es precisamente el control de la constitucionalidad. Así, se explica por lo demás que el control jurisdiccional de la constitucionalidad figure sobre todo en el programa de los partidos de derecha. En la protección de los derechos individuales, no obstante, podrían evitarse adecuadamente los abusos." M. Duverger. op. cit. pág. 225.

Es posible sostener, sin duda, que la parcialidad, la dependencia y las tendencias subjetivas que son obstáculos para un -- efectivo y confiable control de constitucionalidad, pueden pre-- sentarse, tanto si éste lo ejerce un órgano político o un órgano jurisdiccional. Que por principio el último sea menos proclive a las influencias políticas que el primero, no nos autoriza a dejar de estar alerta ante una eventual "politización" de un órgano de control jurisdiccional que limite en un número de ocasiones mayor o menor la imparcialidad de sus resoluciones. Pensar que esto no pueda ocurrir es ser demasiado optimista.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD

Es indispensable distinguir el problema genérico de la con-- formidad de las normas de Derecho inferiores a las superiores dentro de un ordenamiento jurídico, del más complejo y particular, relativo al control de la constitucionalidad de las Leyes.

Por lo que respecta al primero, existen en todo sistema jurí-- dico una serie de recursos de control para las normas distintas e inferiores a la Ley, cuyo objetivo es el de asegurar la relación de supra-subordinación que media entre ellas, y el respeto de la jerarquía normativa de todo el Derecho positivo.

Normalmente se trata de los recursos legales que se interponen ante jurisdicciones judiciales y ante la jurisdicción administrativa.

Cualquier persona que considere que una norma inferior a la Ley le ha sido aplicada en su perjuicio; o que en el desahogo de una controversia no se han respetado las leyes procesales; o que, en fin, la aplicación de una Ley no corresponde a la causa que se ventila, puede demandar ante un Tribunal competente la anulación de la resolución que le afecta, por ser ilegal. En otros términos puede plantear una cuestión que en los casos descritos, sería típicamente de legalidad.

Se trata de formas de control normativo cuya finalidad es la de preservar el principio general de Derecho de que una norma inferior no puede transgredir a una norma superior, en la jerarquía del orden jurídico.

Por ende, esta forma de control está limitada a los actos jurídicos inferiores a la Ley, y por lo que a ésta respecta, cabe en cuanto a su conexión o pertinencia con el caso concreto y en relación a los aspectos procedimentales al aplicarla.

Estos medios de control no pueden juzgar sobre el contenido de la Ley, ni sobre su conformidad con la Constitución. Es decir, que el juicio sobre la constitucionalidad de la Ley, es emitido por un órgano distinto a aquél ante el que se ventila la cuestión

de legalidad, o por él mismo, en vía incidental o de excepción, - diferenciable del proceso concreto dentro del cuál se produce el incidente.

En Francia por ejemplo, existe un órgano especial que ejerce la función de control de constitucionalidad de Leyes (Le Conseil Constitutionnel) y una jurisdicción ordinaria encargada de vigilar la legalidad de los actos de los poderes públicos (tribunales ordinarios y administrativos). (39)

Lo mismo puede decirse en casos como el alemán, el español o el italiano, Estados que cuentan con un órgano de control de constitucionalidad claramente diferenciable de las jurisdicciones ordinarias.

A pesar de que en ocasiones (ej. España), un juez ordinario puede plantear la cuestión de constitucionalidad ante el tribunal ad hoc, ésta se distingue nítidamente de un planteamiento de legalidad que podría resolver el juez común, por el hecho de que, -- aquélla se presenta en vía de excepción, lo que permite separar - la materia o la substancia de cada problema diferenciándose fácilmente el control de constitucionalidad del de legalidad.

(39) Instituciones típicas de control de legalidad francesas, serían la Cour de cassation, o Le Conseil d'Etat, tribunal de apelación en materia de jurisdicción ordinaria, el primero y en materia administrativa el segundo.

Es obvio que en un Estado de Derecho, basado en una Ley superior, en el que rige el principio de Supremacía constitucional y existe una jerarquización normativa, toda "cuestión de Derecho", - puede ser tarde o temprano, directa o indirectamente una "cuestión constitucional".

En otros términos cualquier acto de autoridad o inclusive -- cualquier acto jurídico en su sentido más amplio, puede remitirse escalonadamente de menos a más, a una o a varias normas constitucionales.

Sin embargo, esta situación no debe llevarnos a la yuxtaposición de los planteamientos relativos al control de constitucionalidad y al de legalidad, los cuales son diferenciables por - su fundamentación jurídica, por su objeto, por su estructura normativa, por su finalidad y comúnmente en función del órgano que los desahoga.

En nuestro país, como estudiaremos más adelante, los conceptos control de constitucionalidad y control de legalidad, a veces no se distinguen nítidamente, porque la Institución del Amparo - cumple ambas funciones.

A pesar de esta circunstancia creemos válido sostener que - las dos clases de control sí son separables y diferenciables, aún en el caso concreto de México, aspecto que abordaremos en el Capítulo IX de esta investigación.

Por lo que respecta a esta función dual del Juicio de Amparo en México, el Doctor Ignacio Burgoa afirma:

"El juicio de amparo, desde su creación hasta nuestros días ha observado una notable evolución teleológica que lo distingue en la actualidad como el medio más perfecto de tutela constitucional. Su objetivo de preservación se ha ido ensanchando hasta convertirlo en un elemento jurídico de protección a todo el orden establecido por la Ley Fundamental, comprendiendo en su estructura unitaria, a todas las instituciones extranjeras que parcial y distintamente persiguen análogas finalidades..... En lo que concierne a la garantía de legalidad contenida en los tres últimos párrafos del artículo 14 constitucional, la Suprema Corte de Justicia, en innumerables ejecutorias que sería prolijo citar, al ejercitar su función jurisdiccional con motivo del conocimiento del juicio de amparo, tácitamente ha venido corroborando las apreciaciones que vertimos con antelación, en el sentido de que dicho juicio es también un medio de control de legalidad. Al conocerse, en efecto, de los amparos promovidos contra sentencias penales, civiles (lato sensu), administrativas y las que se dictan en asuntos de trabajo (laudales), por violaciones a las leyes de procedimiento o de fondo, propiamente se estudia el problema jurídico planteado en relación con las normas que rigen la materia en la cual se interpone, estableciendo el consiguiente control. Por tanto, al ejercer el control de legalidad mediante el conocimiento jurisdiccional de los juicios de amparo, se salvaguardan las garantías individuales dentro de las cuales se encuentra la legalidad, plasmada en los párrafos II, III y IV del artículo 14". (40)

El Doctor Fix Zamudio, se refiere a un carácter triple del juicio de Amparo que "reúne simultáneamente las funciones de un recurso o proceso de legitimidad constitucional de las leyes, de amparo de libertades individuales y de recurso de casación". (41)

(40) Ignacio Burgoa, op. cit. págs. 147 y 149.

(41) H. Fix. Zamudio, op. cit. pág. 171; sobre la controversia añeja relativa a la "evolución" o "degeneración" del Amparo en México, a causa de la cual esta Institución tiene en la actuali-

Tratadistas europeos que han estudiado el amparo mexicano - como el profesor italiano Mauro Cappelletti (42); y el español - Alcalá Zamora y Castillo (43), destacan la coincidencia de la misión de control de constitucionalidad y de control de legalidad - en la institución de referencia.

Esta coincidencia provoca que frecuentemente, como señalamos ya, no se discierna con oportunidad en qué casos, por medio del - Amparo se resuelve una cuestión de legalidad y cuándo, en cambio, una de constitucionalidad.

En Sistemas como los europeos, en los que se asignan estas - funciones de control a órganos diversos, queda muy clara la distinción entre legalidad y constitucionalidad.

El problema de control de legalidad, reiteramos, se da en el nivel de la conformidad de las normas jurídicas inferiores con la Ley.

La cuestión de constitucionalidad se plantea en el plano de la correspondencia entre la Constitución y la ley ordinaria que - le está subordinada.

dad funciones distintas a las que originalmente tenía constreñi-- das al control de constitucionalidad, véase al propio Fix Zamudio y a Emilio Rabasa, "El Juicio Constitucional" y "La Constitución y la Dictadura", entre otros publicistas que han participado en - el debate. Nos ocuparemos de este aspecto del Amparo mexicano en el capítulo noveno de esta obra.

(42) La voz Amparo en la enciclopedia italiana del Derecho, traducción de H. Fix Zamudio, Boletín de Derecho comparado de México, sept-dic. 1958, p. 64.

(43) Proceso, autocomposición y autodefensa, México, 1947.

CAPITULO III

EL MODELO AUSTRIACO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.- El modelo austriaco o "concentrado" de control de la constitucionalidad. 2.- La Constitución de Austria de 1929. 2.1.- Los órganos constitucionales. 2.2.- La Corte Constitucional. 2.2.1.- Organización y funcionamiento. 2.2.2.- Competencia. 3.- Influencia del modelo austriaco en Europa.

EL MODELO AUSTRIACO DE CONTROL

En el capítulo segundo de esta obra, al analizar los diversos sistemas de control de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad en general, en relación al órgano que ejerce esta función, distinguimos entre el sistema de control político y el sistema de control jurisdiccional. (1)

Específicamente al referirnos al control jurisdiccional, diferenciamos entre el sistema de control "difuso" o "norteamericano" y el "concentrado" o "austriaco". (2)

Al abordar en el presente apartado el caso concreto de Austria, en obvio de repeticiones, damos por sabidos los aspectos -

(1) Véase capítulo segundo págs. 82 y sigs.

(2) Véase capítulo segundo págs. 87 y sigs.

genéricos de los sistemas "difuso" y "concentrado", procediendo a profundizar en el estudio de éste último.

El principio básico del sistema austriaco o "concentrado", (3) consiste en que las cuestiones de constitucionalidad deben ser resueltas por un tribunal de jurisdicción única y exclusiva en la materia. Es decir que a diferencia del sistema difuso en el cual, todos los jueces, sin importar su nivel, ni competencia específica "revisar" la constitucionalidad de las leyes que deben aplicar y en las que se basan los actos de la autoridad administrativa (judicial review en Estados Unidos), el sistema austriaco, -- "concentra" la "apreciación" de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad en una sola clase de jueces que son los miembros del Tribunal o Corte Constitucional.

El creador de la Constitución austriaca y de este sistema de control fue el celeberrimo Hans Kelsen.

Para el jurista vienés el problema de la protección o garantía de la Constitución y del ceñimiento de los actos de autoridad a los términos de ella, es un aspecto particular de la "Teoría pura del Derecho", (Reine Rechtslehre).

(3) Recordamos que a este sistema de control "concentrado", se le denomina también "austriaco", porque apareció por vez primera en la Constitución austriaca del 1° de octubre de 1920, de conformidad con la cual la función de verificar la correspondencia entre los actos de autoridad (lato sensu) y la Ley Suprema, se atribuye en jurisdicción exclusiva a un sólo órgano, denominado "Corte Constitucional" (Verfassungsgerichtshof).

Como se sabe, según Kelsen la Constitución es la norma básica del Estado, fundamento de validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, las cuales no deben contradecirla materialmente, ni ser creadas de manera distinta al proceso que ella establece para la producción del derecho en particular, so pena de ser inválidas y anulables.

De conformidad con la teoría de la estructura jerárquica o escalonada del orden jurídico (Rechtsstufenbau), la jurisdicción constitucional es una cuestión concreta del problema general consistente en asegurar que las normas inferiores se ajusten a las superiores (destacadamente a la Constitución), en cuanto a su origen y substancia, en forma piramidal, lográndose con ello la unidad del ordenamiento jurídico.

Para garantizar la eficacia de estos principios, es indispensable establecer mecanismos jurídicos tendientes a mantener la "regularidad" (Regelmäßigkeit) de los actos estatales en general, es decir, su conformidad con la Ley, así como la ejecución material de las normas específicamente (Vollstreckungsakte).

"La garantía jurisdiccional de la Constitucional -la justicia constitucional- es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de derecho, esto es, de normas jurídicas, o actos de ejecución

de derecho creado, es decir, de normas jurídicas puestas. En consecuencia, tradicionalmente se distinguen las funciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción del derecho a la aplicación del derecho, considerada esta última como una simple reproducción". (4)

Los actos de los órganos del Estado que vulneran la Constitución son actos antijurídicos que deben ser invalidados. El propio orden normativo debe tener prevista la eventualidad de que en la aplicación cotidiana de las normas se produzcan actos de autoridad contrarios a la Constitución que tendrán que ser anulados, para lo que habrán de existir procedimientos adecuados y órganos facultados al efecto, cuya función genérica será la de garantizar la Regelmäßigkeit del ejercicio de las atribuciones de los poderes y de las autoridades estatales.

"Entre las medidas técnicas precedentes indicadas, - que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución. Sin embargo esto no significa que no pueda pensarse en otros medios de asegurar la regularidad de los actos que le son subordinados". (5)

La cuestión relativa a qué clase de órgano, mediante qué procedimiento y con qué alcances, debe ser el que anule los actos de autoridad anticonstitucionales es desde luego, la parte medular del tema que nos ocupa.

(4) Hans Kelsen "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Anuario Jurídico, I-1974, México, pág. 472.

(5) Hans Kelsen, op. cit. pág. 489.

Al abordar este problema, Kelsen analiza la opción de que la anticonstitucionalidad del acto-base de autoridad, que es la ley, cuando se oponga a la Constitución, sea pronunciada por el propio órgano que la creó, es decir, por el Parlamento. Después de señalar que el caso de la Ley anticonstitucional es el único que admite la hipótesis de que sea el mismo órgano creador el que actúe como órgano nulificador, Kelsen desecha esta forma de control por considerarla la más contraindicada. El autor de la "teoría pura del derecho", considera que sería una ingenuidad esperar que el Parlamento anulara una Ley votada por él, motu proprio, o porque otro órgano hubiese declarado que ésta contraviene la Constitución. El Parlamento, dice Kelsen, por su propia naturaleza, no puede ser obligado a hacerlo de manera eficaz. (6)

. "No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. - Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales -ésto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional". (7)

Esta jurisdicción o tribunal constitucional realiza, en términos de Kelsen una función legislativa con signo negativo, pues-

(6) En cuanto a la alternativa de control confiada a un órgano legislativo, véase nuestro punto de vista, coincidente con Kelsen, sobre la inconveniencia de este medio de control, en el capítulo segundo de esta obra, pág. 67 y sigs.

(7) Hans, Kelsen, op. cit. pág. 490.

to que anula la ley con efectos generales, siendo este un acto - que reviste, según el autor, los mismos caracteres que el acto de creación de la Ley, pero con signo contrario.

"Ahora bien, anular una ley, equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una - función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano de poder legislativo." (8)

Por lo que respecta al alcance de la función de control, es decir, a la competencia del órgano investido de la "jurisdicción constitucional" y reforzando la idea de la concentración de su - ejercicio (sistema concentrado), Kelsen propone una amplísima gama de cuestiones constitucionales atribuida al tribunal constitucional, en calidad de facultades exclusivas, conforme a la Tesis de que "... es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el derecho". (9)

Estas son los supuestos teóricos que fundamentan el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, cuyos rasgos generales resumimos a continuación:

(8) Ibid, pág. 491.

(9) Ibid, pág. 498.

1.- El sistema se denomina "concentrado" porque de las cuestiones de constitucionalidad conoce y resuelve un sólo tribunal, - una vez que éstas son sometidas a su jurisdicción por alguno de los sujetos expresamente facultados para hacerlo.

2.- Normalmente se plantea la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos en que opera simultáneamente la vía de excepción. (10)

3.- Los alcances del pronunciamiento sobre la constitucionalidad, hecho por el Tribunal, tienen efectos erga omnes o generales.

4.- El tribunal, en calidad de jurisdicción única y excluyente, emite una sola resolución sobre la constitucionalidad o anti-constitucionalidad del acto de autoridad que tratándose de una - Ley es válida para todos los casos en que ésta deba ser aplicada. (11)

Antes de proceder al estudio concreto del caso de Austria, - es de señalarse que la creación de la Corte Constitucional de es-

(10) Sobre estos casos, véase por ejemplo, España, capítulo séptimo, pág. 362, así como Alemania, capítulo quinto, pág. 284 de esta obra.

(11) A manera de aclaración, en virtud de que en este sistema no opera el principio de "Stare decisis", la ley pierde su vigencia en cuanto se produce la declaración de anticonstitucionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de "Judicial Review", - en el cual, la ley va cayendo "bajo los golpes redoblados de la jurisprudencia", para emplear la conocida frase de Tocqueville.

te país, atribuida justamente a Kelsen, constituyó una trascendente innovación teórica y práctica en el gran tema de la defensa de la Constitución.

La importancia y la eficacia de este medio de Control han sido objetos de numerosos estudios e investigaciones, siendo el lugar oportuno para fijar nuestra posición en la materia, el último capítulo de esta obra. De momento conviene apuntar que la influencia que el sistema concentrado o austriaco de control ha tenido y tiene, no se circunscribe a Europa, región donde funcionan grandes tribunales o cortes constitucionales que se han ido creando y consolidando durante este siglo, sino se extiende a América, continente en el que gradualmente han ido estableciéndose tribunales según el modelo europeo, en países como Guatemala, Ecuador y Chile, o formas de control de constitucionalidad de características muy similares a él, como la prevista en la Constitución colombiana vigente. (12)

(12) En la última parte de este capítulo nos referiremos en lo general a los tribunales constitucionales de Estados de los que escasamente se ocupa el Derecho Constitucional Comparado como Mónaco, Liechtenstein, Turquía o Yugoslavia entre otros. En los capítulos siguientes abordamos el estudio detallado de los grandes Tribunales Constitucionales europeos, como el alemán, el italiano o el español. En cuanto a los tribunales latinoamericanos con clara influencia del modelo austriaco, hacemos referencia en el último capítulo de esta obra.

LA CONSTITUCION DE AUSTRIA
DE 1929. (13)

La Constitución austriaca de 1929 define al Estado como una República democrática, basada en el principio de soberanía popular. De la voluntad del pueblo nacen las leyes. Su forma de gobierno es federal y parlamentaria, si bien el modelo de parlamentarismo austriaco presenta peculiaridades a las que nos referiremos, aunque sea brevemente, pues su análisis detenido excede el objeto central de esta obra.

Las regiones (Länder) que componen el Estado austriaco son autónomas, estructurándose constitucionalmente con base en la Carta Federal, en general y específicamente en sus artículos 95 al 107, que conforman el capítulo titulado "actividad legislativa y poder ejecutivo de los Länder".

Las regiones se subdividen en Comunidades (Gemeinde) que equivalen a Municipios, dotados también de autonomía.

(13) La actual Constitución de Austria es producto de una importante reforma a la Carta Fundamental de 1920, emitida dos años después de que se proclamara la República austriaca en 1918. Después de la suspensión de la vigencia de la Constitución, en el año de 1934 y de la "Anschluß" alemana de 38 a 45, Austria volvió a la normalidad constitucional, reiniciando la observancia de la Ley de 1920, reformada en 29 y reestableciendo el régimen democrático, parlamentario y federal.

LOS ORGANOS CONSTITUCIONALES

Los órganos federales son los siguientes:

- A) El Consejo Nacional
- B) El Consejo Federal
- C) La Asamblea Federal
- D) El Presidente de la Federación
- E) El Gobierno Federal
- F) La Corte Suprema
- G) La Alta Corte administrativa
- H) La Corte Constitucional

Además existen otros órganos especiales como la Corte de --
Cuentas, dependiente del Consejo Nacional, cuya competencia se -
circunscribe a la fiscalización del gasto público y del ejercicio -
presupuestal; y el Colegio de Procuradores de Derecho Público, -
elevado a rango constitucional en 1981, que equivale a nuestra -
Comisión de Derechos Humanos.

El Poder Legislativo se deposita en el Consejo Nacional y en
el Consejo Federal.

El Consejo Nacional se compone de 183 representantes que son
electos por los ciudadanos en base al derecho igual, -
secreto y nominal, por períodos de cuatro años (período legislati

vo). Tienen derecho a votar todos los ciudadanos que hayan cumplido los 19 años de edad en el plazo señalado, mientras que son elegibles todos los hombres y mujeres que hayan cumplido los 21 años de edad al cumplirse el mismo plazo. Los miembros del Consejo Federal, que en su calidad de segunda cámara del parlamento representa el principio federal del sistema legislativo, son elegidos por las cámaras regionales de los Estados federales en un número que es proporcional a sus respectivas poblaciones. Este número vuelve a ser fijado después de cada censo de la población.

El Consejo Nacional y el Consejo Federal componen juntos la Asamblea Federal cuyos cometidos principales son la toma del juramento del Presidente de la República al momento de dar inicio a su mandato, así como la adopción de decisiones relativas a posibles acusaciones contra el Presidente de la República y a una declaración de guerra. El Consejo Nacional discute los proyectos de ley en comisiones especializadas en la materia y los aprueba luego, en sesión plenaria, en base a las propuestas presentadas por dichas comisiones. En el caso de las leyes normales es suficiente que una mayoría simple de representantes den su voto para que que den sancionadas. Leyes de carácter constitucional, esto es, leyes que complementan o modifican la Constitución, requieren una mayoría especial de dos tercios de los votos emitidos por al menos, la mitad de los representantes, siendo ésta la mínima asistencia requerida. Una modificación de la Constitución en su totalidad exige además un referéndum popular.

El Consejo Federal puede vetar una ley aprobada por el Consejo Nacional, pero dicho veto sólo tiene un efecto dilatorio. El Consejo Nacional puede, en dicho caso, adoptar una medida llamada "de insistencia" que ya no puede ser vetada por el Consejo Federal.

Proyectos de ley pueden ser presentados por los representantes del Consejo Federal, por la población (iniciativa popular) y por el Gobierno Federal. Una iniciativa popular debe contar con el apoyo de por lo menos 100,000 ciudadanos con derecho a votar, o de por lo menos la sexta parte de los ciudadanos con derecho a votar en tres estados federales respectivamente, a fin de poder ser considerada. El Consejo Nacional está, en dichos casos, obligado a tratar las propuestas presentadas por iniciativa popular, pero no tiene la obligación de sancionarlas.

Todo acto de legislación tratado por el Consejo Nacional puede ser sometido a referéndum si así lo requiere una mayoría simple de representantes. En caso de una enmienda parcial de la Constitución es suficiente que la tercera parte de los representantes requieran un referéndum para que éste tenga lugar. Una reforma total de la Constitución requiere siempre un referéndum para su aprobación.

El poder legislativo de los Estados federales es ejercido por las cámaras regionales. El Gobierno federal central tiene

derecho de veto si es que considera que debe salvaguardar los intereses de la federación. Dicho veto sólo tiene un efecto dilatorio, pudiendo la cámara regional sancionar la ley aplicando una medida de insistencia.

El Presidente federal (Presidente de la República) es elegido mediante sufragio popular y obligatorio sólo en aquellos Estados federales en que dicha obligatoriedad está establecida por la ley local. El mandato presidencial es de seis años de duración y sólo puede ser reelecto una vez para un período inmediatamente consecutivo. Mientras dure su mandato, el Presidente federal no puede ejercer otras actividades profesionales.

Las funciones principales del Presidente federal son las siguientes: nombramiento y destitución del Gobierno federal, nombramiento de los funcionarios de la administración pública, convocatoria y disolución del Consejo Nacional, representación de la República frente al exterior, firma de tratados y acuerdos internacionales, acreditar representantes diplomáticos de otros Estados y otorgar indultos a personas condenadas por la ley.

El Jefe de Estado responde ante la nación desde el punto de vista político y ante la Asamblea Federal desde el punto de vista jurídico. La Asamblea Federal puede encausar al Presidente federal frente al Tribunal de Garantías Constitucionales en caso de

que aquél realice una cto de violación o inobservancia de la Constitución federal. El Presidente federal designa, por regla general, al jefe del partido político mayoritario, para ocupar el cargo de Canciller federal y a propuesta de éste, los restantes miembros del Gobierno federal.

La dirección de los asuntos gubernamentales y administrativos que no se encuentran dentro de la esfera de responsabilidades del Presidente federal es conferida al Canciller federal, al Vicecanciller y a los Ministros que constituyen en su conjunto el Gobierno federal, al frente del cual se encuentra el Canciller de la Federación.

Los miembros del Gobierno federal tienen derecho a asistir a todas las sesiones y deliberaciones del Consejo Nacional y del Consejo Federal, así como a todas las sesiones de las comisiones. El número de ministros y sus respectivas esferas de actividades son determinados mediante simples leyes (la última de éstas es la Ley de Ministerios Federales del año 1991). Un ministro puede recibir la asistencia de un Secretario de Estado que le es subalterno y por lo tanto sujeto a sus instrucciones.

Las actividades administrativas del Estado son normalmente llevadas a cabo en tres instancias. La primera es, por regla general, la capitanía o jefatura del distrito, esto es, la autori--

dad administrativa competente para un determinado distrito en un estado federal. En segunda instancia figura, por regla general, - el Gobernador del Estado federal, y en tercera y última instancia figura el Ministro federal competente. Sin embargo, hay casos de excepción que difieren del esquema, como, entre otros, en lo que - atañe a las cuestiones tributarias.

La administración está supeditada a una autoridad superior. - El Ministro federal tiene el derecho de impartir instrucciones a los órganos de las autoridades administrativas. Este derecho, - que también se mantiene frente a los Gobernadores estatales, debe entenderse a la luz de la responsabilidad del Ministro federal ante el Consejo Federal, frente al cual responde personalmente por todo lo que sucede en las instancias subordinadas a su Ministerio.

La Corte Suprema es el tribunal superior del Poder Judicial y conoce en última instancia de las cuestiones de derecho común, entendiendo por tales las no administrativas, ni las constitucionales. La Oberstergerichtshof tiene su sede en Viena.

La Alta Corte administrativa (Verwaltungstergerichtshof), es el tribunal competente para asegurar la legalidad de todos los actos de la administración pública y despacha también en Viena. -- (Art. 129 Constitucional).

Es de señalarse que en Austria están claramente diferenciadas las funciones de control de legalidad y de control de constitucionalidad. Las Altas Cortes mencionadas desempeñan en el ámbito de sus respectivas competencias, la primera de ellas, mientras que la Corte Constitucional ejerce la segunda. Esta diferenciación es connatural al sistema de control concentrado, en el que el único órgano que conoce de las cuestiones de constitucionalidad coexiste con tribunales típicamente judiciales que cuidan del respeto a las Leyes y demás normas en el nivel de la producción derivada del derecho.

Los jueces de las "Cortes de legalidad" son designados por el Presidente de la Federación a propuesta del Gobierno o por el ministro del ramo, previamente autorizado por el Presidente (Art. 86 de la Constitución).

Es muy importante señalar que las dos Altas Cortes y en general los tribunales inferiores no puede juzgar sobre la correspondencia de una ley con la Constitución. Si uno de estos tribunales tiene reservas sobre la constitucionalidad de una Ley, debe plantear la cuestión a la Corte Constitucional, [Arts. 89, p. 2) y 140 p. 1) de la Constitución Federal], antes de resolver el conflicto o la causa de que conoce, en la que deberá aplicar la Ley de dudosa validez.

Por lo que respecta concretamente a la Corte administrativa, puede acudir a su jurisdicción, previa observancia del principio de definitividad (agotamiento de todos los recursos previstos), - aquel que considere lesionados sus derechos por la autoridad administrativa y por los ministros que forman parte del gobierno, - según la materia del conflicto (Art. 131 Constitucional).

De la competencia de esta Corte, compuesta por un Presidente, un Vicepresidente, magistrados y funcionarios están expresamente excluidas las cuestiones que pertenecen al ámbito de atribuciones de la Corte Constitucional; las cuestiones disciplinarias relativas a los funcionarios públicos; y las controversias en materia - de patentes. (Art. 133 Constitucional).

LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional austriaca, constituye el primer tribunal de su tipo y el paso inicial de una nueva concepción de la defensa de la Constitución. Como se ha dicho, su creador fue el ilustre Hans Kelsen el cual desempeñó el cargo de magistrado de - este tribunal desde su fundación hasta el año de 1929.

A la Corte corresponde una cantidad muy importante de atribuciones, siguiendo el criterio del maestro vienés, en el sentido de que en la medida de lo posible es preferible conferir la facul

tad de decir el derecho, en el más alto nivel, al menor número -
de autoridades.

El control concentrado de la constitucionalidad ejercido por la Verfassungsgerechtshof, configuró en el momento de su creación, una verdadera innovación en la materia. Si bien existen algunos antecedentes en el siglo pasado de tribunales europeos que conocían de cuestiones de constitucionalidad, (14) se trataba más - bien de recursos legalmente previstos de que disponían los gobernados y que al emplearlos, excitaban al juzgador a pronunciarse - sobre la violación de sus derechos. En realidad, esos recursos - y las Cortes que los desahogaban estaban muy lejos del sólido y - bien estructurado sistema de control concentrado de la constitu- cionalidad de Leyes y actos de autoridad, atribuido a un tribunal supremo de competencia exclusiva, instaurado como medio directo - de defensa de la Constitución.

El sistema de control "difuso", desde luego más antiguo, tuvo una influencia decisiva en los medios de control de constitu- cionalidad empleados hasta principios de este siglo. Sin embar- go, a partir del nacimiento des liebsten Kindes Kelsens, (de la -

(14) Al respecto véanse dos espléndidos estudios de M. Cappelletti: "La giurisdizione costituzionale delle libertà", Varese, Italia, - 1957; y "La justicia constitucional", UNAM, México 1987. Entre - estos antecedentes, encuéntrase el recurso ante el tribunal fede- ral suizo por violación de garantías, de 1848 y la Beschwerde -- austriaca por lesión de derechos individuales de 1867.

más querida criatura de Kelsen), como él mismo denominaba a la Corte Constitucional austriaca, el sistema "concentrado" de control ha ejercido una influencia acelerada y permanente en las constituciones europeas de este siglo y muy notoriamente en algunas latinoamericanas, como hemos dicho ya.

"Pero si bastante grande ha sido la difusión del más antiguo sistema ("difuso") de control de constitucionalidad, notable es también la difusión que, especialmente en los últimos años, ha tenido el otro sistema "austriaco" o "concentrado". Aparte de las efímeras tentativas de adoptarlo en Checoslovaquia en 1920 y en España en 1931 -tentativas y experimentos poco indicativos también a causa de la breve y tumultuosa vida de aquellas dos Repúblicas-, el sistema concentrado ha sido escogido y adoptado, además que en la Vigente Constitución de la República italiana del 19 de enero de 1948, donde está en vigor desde la fecha de la creación de la Corte Constitucional o sea desde 1956, también por la Constitución de Bonn del 23 de mayo de 1949, como asimismo por la Constitución de la República de Chipre del 16 de agosto de 1960, por la Constitución de la República Turca del 9 de julio de 1961, y en fin por la Constitución del 7 de abril de 1963 de la República Socialista Federativa de Yugoslavia. Esta ha sido la primera, y hasta ahora la única, entre las Constituciones de un país de régimen comunista, en introducir un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, control confiado a una Corte especial constitucional federal además que, en plano regional, a Cortes especiales constitucionales de las seis Repúblicas federales." (15)

La Corte austriaca ha pasado por diversas etapas hasta su plena consolidación. Creada en 1920 de conformidad con la Consti

(15) M. Cappelletti, "La Justicia Constitucional", UNAM, México, - 1987, págs. 64, 65 y 66.

tución confeccionada por Kelsen, reformada substancialmente en 1929, suspendió su actividad en 1934 en virtud del Golpe de Estado del Canciller Dollfuss. A partir de 1938 desapareció en Austria cualquier posibilidad de control del ejercicio del Poder de los órganos del Estado debido a la anexión (Anschluß), de que fue objeto este Estado por el tercer Reich alemán.

No es sino en el año de 1945 cuando la Corte vuelve a entrar en funciones, no interrumpiéndolas hasta la fecha.

Diversas reformas constitucionales han ampliado su competencia, como la propia de 1929 que autorizó a las Altas Cortes (Suprema y Administrativa) a plantear en vía de excepción, una cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, y la de 1964 que la facultó para resolver sobre la constitucionalidad de tratados internacionales.

Además de los preceptos constitucionales que norman el funcionamiento, la organización y la competencia de la Corte, regulan su actividad la Ley de la Corte Constitucional de 1953, (Verfassungsgerichtshofsgesetz) y la ley que amplía sus atribuciones y las de la Alta Corte de Administración de 1976, (Bundesverfassungsgesetz über die Erweiterung der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes).

ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO

La Corte se compone de doce miembros, un Presidente, un Vice presidente y seis integrantes suplentes. [Art. 147 1)].

El presidente, el Vicepresidente, seis miembros propietarios y tres suplentes son designados por el Presidente de la Federa---ción, a propuesta del Gobierno, de entre jueces, funcionarios ad---ministrativos y profesores de las facultades jurídicas y políti---cas de las Universidades. El resto de los magistrados son nombra---dos por el Presidente de la Federación a propuesta del Consejo - Nacional (3 miembros y dos suplentes, de los cuales escoge) o -- bien, del Consejo Federal (3 miembros y un suplente). [Art. 147 - 2)].

Todos estos magistrados deben poseer grado académico jurídi---co o político y diez años de experiencia en el ramo.

No pueden formar parte de la Corte quienes pertenezcan a un Partido Político o integren cualquiera de los Poderes Constitui---dos federales o locales.

Desde luego, estos magistrados son independientes e inamovi---bles de su cargo, pudiendo serles revocado sólo en caso de res--

ponsabilidad, de conformidad con la Constitución y las leyes aplicables. También por razones de edad, el magistrado debe retirarse de su cargo una vez llegado el último día del año en que cumplía 70 años.

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La competencia de la Corte Constitucional es muy amplia y no se constriñe a la revisión de la constitucionalidad de los actos de autoridad, lato sensu.

Separaremos para su estudio las facultades de la Corte que no se refieren al control de constitucionalidad, de aquellas --- otras de las que está dotada para cumplir con esta función.

FACULTADES DE LA CORTE NO RELATIVAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En tres grandes apartados puede dividirse esta parte de la competencia de la Corte que no se refiere concretamente a la verificación de la correspondencia entre los actos de autoridad y la Constitución del Estado.

A) Facultades para resolver conflictos de competencia jurisdiccional entre órganos administrativos y tribunales y de tribunales entre sí.

B) Competencia en materia contencioso-electoral.

C) Competencia para conocer de los casos en que se impute -
responsabilidad constitucional (16) a un miembro de un órgano Federal o Local del Estado.

**FACULTADES PARA RESOLVER CONFLICTOS
DE COMPETENCIA ENTRE ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y TRIBUNALES**

En esta materia la Corte ejerce una función jurisdiccional -
ordinaria suprema, consistente en resolver las dudas sobre si un
asunto específico debe ser conocido por uno u otro de los Tribunal
les del Estado. En otros términos, "dice el derecho", aclarando
la competencia de los tribunales federales y locales con carácter
de instancia superior, cuyas resoluciones son inapelables.

De conformidad con la Constitución Federal, la Corte se pro-
nuncia sobre conflictos de competencia entre:

(16) Esta expresión es equivalente a la responsabilidad oficial -
que se desahoga mediante el Juicio Político en el Derecho consti-
tucional mexicano.

- 1.- Tribunales y autoridades administrativas;
- 2.- La Alta Corte administrativa y todos los demás tribunales;
- 3.- La Alta Corte administrativa y la propia Corte constitucional;
- 4.- Un tribunal ordinario y otro. (17)

En el propio precepto que confiere a la Corte estas facultades jurisdiccionales, se incluyen casos en que este tribunal resuelve controversias típicamente constitucionales, como son las que pueden suscitarse entre: la Federación y un Land; un Land y otro; y la Federación y los Länder en materia Legislativa o administrativa.

Es de señalarse que las cuestiones comprendidas en los numerales anteriores no se refieren a una invasión de la autonomía de una Land por la Federación o viceversa, ni a la lesión de la autonomía de un Land por otro, casos que como hemos dicho antes, sí son materia del control de constitucionalidad. Los supuestos que aquí se presentan inciden exclusivamente en el aspecto de reparto competencial entre órganos de niveles o jurisdicciones distintos, cuyo ámbito de acción, en caso de ser dudoso, es precisado por la Corte Constitucional.

(17) Artículo 138 de la Constitución.

**COMPETENCIA EN MATERIA
CONTENCIOSO-ELECTORAL**

La Corte Constitucional conoce también de todas las cuestiones contencioso-electorales, federales, provinciales y comunales.

Según lo dispone el art. 141 de la Constitución la Corte juzga:

A) Sobre las impugnaciones a la elección del Presidente de la Federación, o a la elección de los representantes populares;

B) Sobre las impugnaciones a la elección de Gobiernos regionales o de autoridades comunales con poder ejecutivo;

C) Sobre la aplicación de una autoridad de representación popular, de las medidas en caso de pérdida del puesto de uno de sus miembros;

D) Sobre la pérdida de un escaño en una elección, por actos o procedimientos electivos, llevados a cabo por una autoridad administrativa, una vez agotados todos los recursos legales previos.

En todos estos casos, la Corte examina si las infracciones reclamadas influyen en el resultado electoral. En estos procedi-

mientos las autoridades administrativas dotadas de poder ejecutivo, cualquiera que sea su ámbito territorial de competencia, tienen el status de partidos contendientes.

COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL

La denominada responsabilidad constitucional en el Derecho austriaco se refiere al conjunto de actos de autoridad violatorios de la Constitución o de las leyes, que cometidos por miembros de los Poderes Constituidos, causen un agravio a las Instituciones Públicas del Estado. No se trata de una materia estrictamente referida al control de constitucionalidad, toda vez que la responsabilidad en que incurre un funcionario público se configura, independientemente de los efectos del acto contrario a la Constitución, por el hecho mismo de no acatarla, o de no respetar los términos de las leyes. Evidentemente de un acto anticonstitucional que lesiona por ejemplo, derechos individuales, puede desprenderse además responsabilidad oficial. Sin embargo, las facultades de la Corte, en cuanto a la anulación del acto que vulnera derechos de la persona pueden distinguirse claramente de aquéllas relativas al fincamiento de la responsabilidad en que ha incurrido el funcionario ejecutante de dicho acto. Cuando la Corte anula el acto que contraviene la Constitución, ejerce funciones de control de constitucionalidad, en cambio, cuando juzga sobre

la actuación del funcionario o miembro del órgano constituido de que se trate, per se, resuelve con carácter de jurisdicción materialmente ordinaria, es decir, como cualquier tribunal que condena o absuelve.

"La Corte Constitucional juzga sobre las acusaciones - con las cuales se señale responsabilidad constitucional de los supremos órganos federales o regionales, por violación del derecho, de los cuales sean culpables en el - ejercicio de sus funciones." (18)

Los sujetos contra los cuales puede presentarse la acusación por responsabilidad constitucional son los siguientes:

A) El Presidente de la Federación, previa deliberación de la Asamblea Federal, (19) por violaciones a la Constitución Federal;

B) Los miembros del Gobierno Federal y los funcionarios públicos que señalen las leyes, previa deliberación de la Asamblea Federal;

C) Los miembros de los Gobiernos regionales y las personas equiparables a ellos, por violación de la Constitución o de la Ley, previa deliberación de la Dieta Local competente.

(18) Art. 142, p. 1) de la Constitución austriaca.

(19) Recordamos que la Asamblea Federal es un órgano constituido que se integra por el Consejo Nacional y el Consejo Federal actuando conjuntamente.

D) Los Gobernadores, Vicegobernadores y miembros de los Gobiernos regionales por violación de la ley o por inobservancia de las ordenanzas y otras disposiciones de las autoridades federales, en materia de Administración Federal indirecta, y también cuando se trate de un miembro del Gobierno regional, por inobservancia de las instrucciones del Gobernador;

E) Las autoridades de la Capital Federal, cuando al interior de su esfera de autonomía ejerzan funciones de dominio del poder ejecutivo federal, por violaciones de la ley previa deliberación del Gobierno Federal;

F) Los Gobernadores regionales por falta de cumplimiento de leyes relativas a la educación y los Presidentes de los consejos escolásticos de cada región, previa deliberación del Gobierno Federal.

En esta materia la Corte tiene una especie de facultad de atracción, consistente en que, si de los actos que subtrahen el juicio de responsabilidad constitucional, se desprende infracción a las normas penales, el tribunal competente para aplicar la Ley penal, es exclusivamente la Corte Constitucional. Si ya existe una causa de que conoce un juez ordinario, ésta deberá ser turnada a la Corte, la cual resolverá, con exclusión del tribunal penal ante el cual se ventilaba el caso. (Art. 143, Constitución de Austria).

La sentencia condenatoria de la Corte establece, en cualquier caso de los casos de responsabilidad de funcionarios y miembros de los Gobiernos mencionados, la pérdida del cargo, o, en circunstancias de alta gravedad, la privación temporal de derechos civiles.

**COMPETENCIA DE LA CORTE
EN CUANTO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Abordamos en este rubro la parte más amplia y significativa de las facultades de la Corte Constitucional, esto es, la relativa al control de constitucionalidad.

Conviene recordar que esta porción de la competencia de la Corte configura el aspecto innovador de la obra de Hans Kelsen, consistente en atribuir a un órgano jurisdiccional exclusivamente, la función de defensa o garantía constitucional.

**CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS LEYES**

La Corte Constitucional está facultada para juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes federales o locales, con base en los siguientes principios:

1.- La cuestión de constitucionalidad puede plantearse en vía de acción o de excepción:

a) En vía de acción por el Gobierno Federal respecto a leyes locales; por un gobierno regional respecto a leyes federales; por un tercio de los miembros de los Consejos Nacional, Federal y Locales.

b) En vía de excepción, por la Corte Suprema (Oberstergerichtshof) y por la Alta Corte Administrativa (Verwaltungsgerichtshof), cuando estos tribunales tengan duda sobre la constitucionalidad de la ley que deban aplicar a la causa sub judice.

2.- La cuestión de constitucionalidad puede ser presentada en cualquier momento, debiendo notificarse inmediatamente al Gobierno federal o regional.

3.- La sentencia de la Corte con la cual es declarada inconstitucional una Ley o una parte de ella, obliga al Canciller federal o al Gobernador del Land, a su inmediata publicación. La anulación de la Ley entra en vigor a partir de esa publicación (ex nunc), salvo el caso de que la Corte fije otro término, el cual nunca podrá ser mayor de un año.

4.- La resolución de la corte, por lo tanto, tiene efectos - generales, (erga omnes), oponibles a toda clase de autoridades federales o locales.

5.- El control de la constitucionalidad de las leyes --- (Normenkontrolle), de acuerdo al criterio de Kelsen, (20) no - prevé, en tratándose de la Ley fundamental austriaca, la posibilidad de que la acción de constitucionalidad sea presentada por la ciudadanía directamente (acción popular).

**CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS ORDENANZAS ADMINISTRATIVAS**

La Corte juzga:

A) Sobre la inconstitucionalidad de ordenanzas de las autoridades administrativas, sea a petición de los tribunales, sea de oficio, cuando la ordenanza forme el presupuesto de la sentencia de la Corte;

B) Sobre la inconstitucionalidad de las ordenanzas regionales, a petición del Gobierno Federal o vice-versa.

(20) Véase, Hans Kelsen, *op. cit.* pág. 507.

C) Sobre la inconstitucionalidad de las ordenanzas de las -- autoridades de supervisión de las comunidades (Municipios), cuando aquéllas incidan en las funciones internas de éstos.

En estos casos la sentencia de la Corte que declara la in--- constitucionalidad entra en vigor el mismo día de su publicación o seis meses después a lo sumo, teniendo efectos y alcances generales.

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES

Por reforma constitucional de 1964, se confieren a la Corte, conforme al artículo 140 a, facultades de revisión de tratados - internacionales.

En esta materia, la Corte juzga sobre los términos de un tratado internacional sancionado por el Consejo Nacional, los cuales, de ser encontrados contrarios a la Ley Suprema, carecen de validez. La sentencia de la Corte surte efectos de inmediato, previa publicación por el Presidente de la Federación, a menos que este alto Tribunal decida en forma distinta. Sin embargo, el término para la suspensión de la validez del Tratado no puede exceder de dos años.

**CONFLICTOS DE COMPETENCIA
ENTRE PODERES CONSTITUIDOS DEL ESTADO**

El artículo 138 apartados primero, inciso c) y segundo, confiere a la Corte constitucional facultades para resolver conflictos constitucionales en los casos siguientes:

- A) Cuando se produce un conflicto competencial entre un Land y otro;
- B) Cuando se suscita una controversia competencial entre la Federación y un Land;
- C) Cuando esa controversia se refiere específicamente a materias legislativas o administrativas que reclama como parte de su ámbito competencial la Federación o un Land. (21)

En los casos de los incisos A) y B) los sujetos legitimados para plantear la controversia debe ser un órgano Federal o uno local.

Por lo que respecta a los conflictos previstos en el inciso C), están legitimados para acudir a la Corte sea el Gobierno federal o un gobierno local.

(21) Los artículos 10 al 15 de la Constitución austriaca establecen las reglas de distribución de competencias administrativas y legislativas entre la Federación y los Länder.

**PROTECCION CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES**

Es necesario señalar que la Constitución austriaca no contiene un capítulo de derechos individuales. Sin embargo, su artículo 149 considera como parte de la Constitución, por lo que respecta a los derechos fundamentales a:

1.- La Ley fundamental del 21 de octubre de 1867 sobre los derechos generales del ciudadano;

2.- La Ley del 27 de octubre de 1862, sobre la tutela de la libertad individual;

3.- La Ley de la misma fecha sobre la inviolabilidad del domicilio; y

4.- La Ley del 3 de abril de 1919, sobre la supresión de la nobleza y de títulos de dignidad.

De esta suerte, en Austria quedan consagrados a nivel constitucional los derechos humanos, los cuales están protegidos por la institución, de larga tradición en ese país y en otros europeos, denominada Beschwerde (literalmente, queja o reclamación).

El artículo 144 constitucional señala que la Corte Constitucional juzga sobre los recursos presentados contra actos de la autoridad administrativa que lesionen derechos individuales tutelados por la Constitución. Este recurso solo puede presentarse una vez agotadas las instancias legales previas.

La resolución de la Corte tiene efectos particulares, constrinidos al caso de que se trata, pues se juzga sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad específico.

Es importante señalar finalmente que si la Corte no encuentra ninguna violación constitucional, una vez desahogado el recurso, puede remitirlo a la Alta Corte Administrativa para que ésta verifique si no se ha violentado algún otro derecho del recurrente. [Art. 144, p. 2) Constitucional].

INFLUENCIA DEL MODELO AUSTRIACO EN EUROPA

Pasaremos ahora a examinar los Tribunales Constitucionales europeos, sobre los que claramente ha ejercido influencia el modelo kelseniano de control de constitucionalidad.

En este capítulo nos referiremos a las Cortes menos conocidas, dejando el análisis detallado de los grandes Tribunales para los capítulos siguientes.

L I E C H T E N S T E I N

Liechtenstein pertenece a la unión aduanal Suiza y emplea la moneda de esta Nación, pero fuera de éstos vínculos comerciales y financieros, es un Estado independiente y soberano, cuyo territorio abarca poco menos de 160 Km². Está constituido bajo la forma de gobierno monárquico-parlamentaria. La monarquía es hereditaria y el parlamento (Dieta) es de elección popular directa.

El Jefe del Estado es un Príncipe, cuya sanción es necesaria para la validez de las leyes. (22) El Príncipe es irresponsable política y jurídicamente, calidad que la Constitución expresa en estos términos: "Su persona será inviolable y sagrada". (23) El representa al Estado en sus relaciones exteriores, aplica las leyes y en los casos de urgencia, se hace cargo de la seguridad y la preservación del Estado. Asimismo nombra funcionarios del Estado y tiene el derecho de indulto a propuesta de la Dieta. El Príncipe puede igualmente disolver la Dieta, ante ella misma en pleno. El derecho de disolución compete también al electorado y a los municipios, los cuales podrán convocar a una votación popular (Volksabstimmung), para determinarla. (24)

(22) Art. 9°. , Constitución de Liechtenstein.

(23) Art. 7°. , Constitución de Liechtenstein.

(24) Art. 48°. , Constitución de Liechtenstein.

En caso de disolución se procede a nuevas elecciones en las seis semanas siguientes. La Dieta ejerce funciones legislativas, ratifica tratados internacionales, aprueba el Presupuesto anual y vigila su aplicación por los órganos administrativos del Estado. Igualmente emite votos de confianza y de censura, pudiendo éstos - últimos ser totales (referidos a todo el Gobierno), o parciales - (relativos a un sólo miembro de él).

El Gobierno se compone del Jefe de Gobierno y de cuatro consejeros, responsables ante el Príncipe y la Dieta simultáneamente y designados por aquél, a sugerencia de ésta. El mandato de los miembros del Gobierno tiene la misma duración que el de los de la Dieta, es decir, cuatro años. El Jefe del órgano gubernativo refrenda las leyes y los decretos u ordenanzas emitidos por el Príncipe. Este funcionario firma también los decretos y las resoluciones adoptados colegiadamente por los consejeros.

Los Tribunales principales que integran el Poder Judicial en Liechtenstein son:

A) El Tribunal Administrativo, juzgado superior en materia contenciosa administrativa;

B) El Tribunal Supremo o de tercera instancia;

- C) El Tribunal de Apelación o de Segunda Instancia; y
- D) El Tribunal Nacional regio o de primera instancia.

Existe, un Tribunal más, específicamente relevante para nuestro estudio, denominado Tribunal de Estado (Staatsgerichtshof).

Este órgano es al que la Constitución de Liechtenstein encomienda la función de control de constitucionalidad.

Der Staatsgerichtshof

La Constitución de Liechtenstein señala que el Tribunal de - Estado se encargará de:

- A) Controlar la constitucionalidad de las leyes;
- B) Salvaguardar los derechos garantizados por la Constitución.
- C) Resolver los conflictos de competencia entre los tribunales y las autoridades administrativas;
- D) Interpretar en última instancia la Constitución, ante un conflicto de exégesis entre el Gobierno y la Dieta. (25)

(25) Esta facultad está prevista en el art. 112. Las demás, en el 104.

E) Verificar la legalidad de los decretos del Gobierno.

F) Resolver conflictos electorales.

El tribunal se compone de un Presidente y cuatro vocales, elegidos por la Dieta, de los cuales dos por lo menos, deben ser "versados en Derecho". (26) El Presidente del Tribunal será ratificado por el Príncipe.

Algunas consideraciones pueden hacerse sobre la competencia de este Tribunal.

Resulta evidente que se trata de un órgano de control dotado de atribuciones estrictamente de control de constitucionalidad y de facultades de otra naturaleza.

Las funciones contenidas en los incisos A, B Y C, configuran la porción de atribuciones de control de constitucionalidad del Tribunal.

Notamos que la facultad de Tribunal consistente en verificar la legalidad de los decretos del Gobierno, que en el caso de --- otros Sistemas de control europeos forma parte de la competencia de control de constitucionalidad, en Liechtenstein parece ser objeto de una conceptualización distinta.

(26) Art. 105 Constitucional.

En efecto, la Constitución emplea el término *Gesetzmässigkeit* (literalmente conformidad con la ley, o legalidad), para referirse a la condición que deben cumplir los decretos del gobierno, mientras que al plantear la constitucionalidad de una Ley, aplica el vocablo *Verfassungsmässigkeit*, donde *Verfassung* es Constitución. Lejos de ser una cuestión terminológica, la propia Ley Suprema señala en su art. 104 que en relación a la *Gesetzmässigkeit*, el Tribunal de Estado actúa como Tribunal de casación. Si tomamos en cuenta que en materia de constitucionalidad, la correspondencia entre el precepto de la Ley Fundamental y el decreto del Gobierno también debe examinarse y controlarse, no podemos sino concluir que los constituyentes de Liechtenstein confundieron los conceptos Control de Legalidad y Control de Constitucionalidad, dejando fuera del ámbito de este último una materia tan importante como la que comentamos.

Por último es de señalarse que el Tribunal de Estado actúa también como Tribunal electoral y es competente para sancionar por responsabilidad oficial a los miembros del Gobierno (incisos F) y G).

M O N A C O

Mónaco es un Estado Soberano independiente en el marco de los principios generales del derecho internacional y de los convenios específicos con Francia.

Esto lo establece el art. 1º. de la Constitución de este País.

La forma de Gobierno de este Principado es la monarquía hereditaria y constitucional.

El Poder Ejecutivo es ejercido por el Príncipe y por el Ministro de Estado, dependiente de él. El uno personifica al Jefe de Estado y el otro al Jefe de Gobierno.

El Poder Legislativo está a cargo del Príncipe y del Consejo Nacional.

El Poder Judicial lo ejercen tribunales y juzgados.

Otros órganos constituidos son el Consejo de la Corona (27) y el Consejo de Estado. (28)

(27) Este órgano se compone de 7 miembros, 4 designados por el Príncipe y 3 por el Consejo Nacional. Es un órgano de apoyo y de consulta del Jefe de Estado.

(28) El Consejo de Estado emite dictámenes sobre los proyectos de Ley y de órdenes que el Príncipe somete a su examen.

El Príncipe representa al Estado ante la comunidad internacional, firma y ratifica los tratados y ejerce los derechos de indulto y amnistía, previa consulta al Consejo de la Corona.

El Gobierno está sujeto a la autoridad suprema del Príncipe, el cual, en el desempeño de sus funciones es asistido por un Consejo de gobierno, además del Jefe de Gobierno.

El Ministro y los Consejeros son responsables políticamente ante el Príncipe.

El Consejo Nacional (órgano Legislativo del Estado), es elegido por voto directo por los ciudadanos cada cinco años.

Su función principal, la legislativa, se realiza con la concurrencia del Príncipe el cual comparte con el Consejo la facultad de iniciativa y además sanciona las Leyes y las promulga. Es importante señalar que el Príncipe firma todos los proyectos de Ley, una vez refrendados por el Jefe de Gobierno. (29)

El Consejo Nacional aprueba también los Presupuestos y las Leyes de Ingresos. El órgano Legislativo puede ser disuelto, correspondiendo el derecho de disolución al Príncipe.

(29) Art. 67 de la Constitución de Mónaco.

En Mónaco, el Tribunal Supremo es el órgano superior del Poder Judicial. Está compuesto de cinco miembros nombrados todos por el Príncipe, a propuesta de un juez por los siguientes órganos: Consejo Nacional, Consejo de Estado, Consejo de la Corona, Tribunal de Apelación y Tribunal Civil de primera Instancia.

Al Tribunal Supremo confiere la Constitución en su artículo 90, la función de control de constitucionalidad en los siguientes términos:

A) "En materia constitucional el Tribunal se pronunciará soberanamente:

1° Sobre la conformidad del Reglamento interior del Consejo Nacional con las disposiciones constitucionales, y en su caso, legislativas, en las condiciones previstas por el artículo 61. (30)

2° Sobre los recursos de anulación, de examen de validez y de indemnización que versen sobre alguna violación de las libertades y derechos consagrados por el título III de la Constitución y que no sean de los especificados en el apartado B del presente artículo.

.....
.....

C) El Tribunal Supremo se pronunciará sobre los conflictos de competencia jurisdiccional".

Es oportuno señalar que este tribunal es también jurisdicción de última instancia en materia administrativa, según lo dispone el propio artículo noventa en su apartado B.

(30) Este artículo señala precisamente que el funcionamiento del Consejo Nacional se regulará por un reglamento, el cual antes de entrar en vigor deberá ser sometido a la revisión del Tribunal Supremo.

Es de observarse que en el caso de Mónaco, al igual que tratándose de Liechtenstein nos hallamos ante un órgano de control de constitucionalidad, que ejerce atribuciones adicionales, en la especie, contencioso-administrativas.

P O R T U G A L

La Constitución de Portugal de 1976 en vigor, ha sido modificada en 1982 y muy señaladamente por la Ley constitucional del 8 de julio de 1989.

En esta Ley Suprema el Estado portugués es definido como una República soberana fundada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular, cuya finalidad es la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.

Esta República es un "Estado de Derecho" democrático basado en el principio de soberanía popular, en el pluralismo de expresiones y en organizaciones políticas democráticas y en el respeto de las libertades esenciales, así como, en la garantía de su ejercicio y su uso. La República tiene como objetivo, el de realizar - la democracia económica, social y cultural y profundizar la democracia participativa.

En su artículo 113 esta Constitución establece, con terminología impropia que son "órganos de soberanía":

- 1.- El Presidente de la República
- 2.- La Asamblea de la República
- 3.- El Gobierno
- 4.- Los Tribunales

El Presidente representa al Estado portugués (Jefe de Estado) y garantiza su unidad y el funcionamiento regular de sus instituciones. Es electo por sufragio universal, directo y secreto cada cinco años.

Dentro de las atribuciones más importantes del Presidente son de señalarse las siguientes:

- A) Presidir el Consejo de Estado (31).
- B) Disolver la Asamblea previa consulta con los partidos políticos que la integren y con el consejo de Estado.
- C) Hacer dimitir al Gobierno y revocar el nombramiento del primer ministro.
- D) Nombrar y revocar a los ministros a propuesta del primer ministro.
- E) Presidir el Consejo de ministros.
- F) Nombrar cinco miembros del Consejo de Estado y dos del Consejo superior de la magistratura. (32)

(31) Este órgano se compone de: el presidente de la Asamblea de la República, el primer ministro, el presidente del Tribunal constitucional, el proveedor o procurador de justicia, los ex-presidentes de la República y diez ciudadanos electos 5 por el Jefe de Estado y 5 por la Asamblea. Dentro de las atribuciones de este Consejo se incluye la facultad de pronunciarse sobre la disolución de la Asamblea, sobre la dimisión del gobierno, sobre la declaración de la guerra, y sobre la nominación y revocación de los ministros asignados a las regiones autónomas.

(32) Este órgano es presidido por el presidente del Tribunal su-

- G) Promulgar y hacer publicar las Leyes, decretos Ley y decretos reglamentarios.
- H) Declarar estado de sitio o estado de urgencia.
- I) Solicitar al Tribunal constitucional la apreciación preventiva de la constitucionalidad de leyes, decretos, Ley y tratados internacionales.
- J) Solicitar al Tribunal constitucional la decisión sobre la inconstitucionalidad de leyes o sobre la existencia de una "inconstitucionalidad por omisión".
- K) Nombrar embajador y acreditar representantes extranjeros; ratificar tratados internacionales y declarar la guerra en los términos de la Constitución.
- L) Ejercer el derecho de veto a los decretos de la Asamblea de la República.

La Asamblea es el órgano legislativo del Estado; es de elección popular directa en circunscripciones electorales, según el sistema de representación proporcional. Su duración es de cuatro años, si no es disuelta antes.

Además de las facultades típicamente legislativas, competen a este órgano entre otras, las siguientes:

premo de justicia y se integra por los miembros designados por el Presidente de la República. Siete de sus integrantes son electos por la Asamblea y siete jueces electos por sus pares.

- A) Aprobar las modificaciones a la Constitución en los términos y con las limitaciones que esta determina.
- B) Aprobar el estatuto de las regiones autónomas.
- C) Autorizar la concreción de empréstitos.
- D) Proponer al Presidente la convocatoria a referéndum para decidir cuestiones de interés nacional.
- E) Autorizar la declaratoria de estado de sitio y de urgencia.
- F) Revisar el ejercicio presupuestal.
- G) Examinar los reportes anuales sobre la ejecución de programas económicos.
- H) Votar las mociones de censura y confianza dirigidas al Gobierno.
- I) Elegir cinco miembros del Consejo de Estado.
- J) Elegir por mayoría de dos tercios de los miembros presentes, siempre que ésta sea superior a la mayoría absoluta de los diputados en funciones, a diez jueces del Tribunal Constitucional y a siete miembros del Consejo superior de la magistratura.

El Gobierno es el órgano que conduce la política general del País y el órgano superior de la administración pública. Esta -- constituido por el Primer ministro, ministros, secretarios y sub-secretarios de Estado.

El Consejo de ministros es el órgano supremo del Gobierno; -- se compone del Primer ministro y de los ministros de Estado.

El Primer ministro es nombrado por el Presidente, en función de los resultados electorales que determinen la composición de la Asamblea. Los ministros por el Presidente a propuesta del Primer ministro.

El Gobierno es responsable ante el Presidente y ante la Asam blea.

Al Gobierno competen las funciones políticas y administrati-vas correspondientes a un Sistema parlamentario en el que el Poder Ejecutivo se halla dividido en dos: Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

En cuanto al Poder Judicial, éste se deposita en tribunales de primera y segunda instancia, en un Tribunal Supremo de Justi--cia, en un Tribunal Supremo administrativo y en tribunales espe--ciales (de cuentas y militares). Estos juzgados ejercen funcio--

nes exclusivamente relativas a la jurisdicción ordinaria, correspondiendo a un Tribunal Constitucional la facultad de controlar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El artículo 223 de la Constitución portuguesa señala que el Tribunal constitucional es específicamente competente para administrar justicia en relación a las cuestiones de naturaleza jurídico constitucional.

Este tribunal se compone de trece jueces, diez designados por la Asamblea de la República y los otros tres cooptados por aquéllos. Seis de los trece son forzosamente seleccionados entre los jueces ordinarios y los demás entre juristas. Su duración es de seis años.

La competencia de este órgano abarca aspectos relativos al control de constitucionalidad y a cuestiones de naturaleza electoral, concernientes a la responsabilidad del Presidente de la República y relacionadas con la legalidad de los referenda.

En materia de control de constitucionalidad la Constitución preve tres casos distintos, a saber:

- A) Control preventivo
- B) Control concreto
- C) Control abstracto

A) Control preventivo de la constitucionalidad.- El Presidente y los ministros pueden solicitar al Tribunal una declaratoria de constitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos o tratados internacionales que les sean enviados, según corresponda en cada caso, para su ratificación y promulgación.

Tratándose de leyes orgánicas, la solicitud puede ser presentada también por una quinta parte de los diputados de la Asamblea.

En caso de que el Tribunal determine la inconstitucionalidad de la ley, del decreto o del tratado, el órgano que los haya emitido deberá modificar el proyecto, o bien confirmarlo por votación calificada de dos tercios de la Asamblea. (Art. 279, parágrafo). Esto significa que la decisión del Tribunal no es definitiva, pudiendo ser contradicha por la Asamblea, lo cual resulta desde cualquier punto de vista inaceptable si se toma en cuenta que este alto Tribunal es, por disposición de la propia Constitución, instancia única en materia de control de constitucionalidad.

B) Control concreto de constitucionalidad.- El artículo 280 señala lo siguiente, en cuanto al control concreto de constitucionalidad:

- a) El recurso de inconstitucionalidad procede contra las decisiones de los tribunales que se rehusan a aplicar una norma cuya inconstitucionalidad haya sido invocada en el curso de un proceso;
- b) El recurso puede emplearse también contra decisiones de tribunales que no apliquen una norma local por violación del estatuto regional o de la Constitución de la República; o una norma federal por violación de un estatuto regional.
- c) Cuando la norma en cuestión esté contenida en un tratado internacional, en un acto legislativo o en un decreto reglamentario, el control se ejerce de oficio.
- d) Cuando la cuestión de inconstitucionalidad surge en el curso de un proceso, el control procede a instancia de parte.

C) Control abstracto de la constitucionalidad.- El artículo 281 de la Ley suprema establece lo siguiente en cuanto al control abstracto de constitucionalidad:

- a) El Tribunal aprecia y declara con fuerza obligatoria sobre la constitucionalidad de cualquier norma en general;-

de una norma local que viole un Estatuto regional o la -
Constitución de la República. Y de cualquier norma fede-
ral que viole un Estatuto regional.

- b) La inconstitucionalidad puede ser planteada por el Presi-
dente de la República, el Presidente de la Asamblea, el -
Primer ministro, el Procurador de Justicia, el Procurador
General de la República, una décima parte de los diputa--
dos y por los ministros y órganos regionales. Estos últi-
mos están facultados para actuar cuando la norma en cues-
tión vulnere la autonomía de las regiones o su Estatuto.

- c) Los efectos de la declaración en este caso y tratándose -
del control concreto de la constitucionalidad son genera-
les y obligatorios para todos los órganos del Estado y de
las regiones.

Por último, dos cuestiones son de señalarse especialmente en
cuanto al sistema de control portugués:

1.- Si el Tribunal ha juzgado en tres casos concretos, prom-
vidos a petición de parte, que la norma es inconstitucional, la -
declaratoria tiene efectos erga omnes y definitivos.

2.- Al igual que la constitución española, la portuguesa pre-
ve en su artículo 283, el caso de la "inconstitucionalidad por -
omisión".

A solicitud del Presidente de la República, del Procurador - de Justicia o de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal constata la inobservancia "por omisión" de la Constitu-- ción del Estado.

Al hacerlo y de juzgar que ésta se ha producido, lo hace del conocimiento del órgano legislativo competente para que éste ac-- túe, en la esfera de su competencia y subsane la omisión.

S U I Z A

Como es de sobra conocido el Sistema Constitucional Suizo - es muy peculiar. Su Poder ejecutivo colegiado; la amplia autonomía de que gozan las partes territoriales integrantes del Estado; y las instituciones democráticas directas y semidirectas que lo - caracterizan, hacen de Suiza un País sui géneris, "de cauto espíritu conservador y sobria tendencia racionalista." (33)

La tierra natal del celeberrimo "Ginebrino", posee una estructura constitucional en más de un sentido única, basada en -- instituciones firmes y de apariencia sempiterna ahí, si bien de tiempo atrás rebasados por la complejidad real de las demás Naciones de Europa y de otras latitudes.

La organización territorial en cantones con gobierno autónomo y ejercido de manera semi-directa por sus ciudadanos en --- cuanto a numerosos asuntos es un buen ejemplo de lo anterior.

Los ventitrés cantones suizos tienen sus propias constituciones democráticas y republicanas a las cuales la Federación da la garantía siempre que no contradigan a la Constitución Federal. (34) En estas comunidades las instituciones de democracia -

(33) Nicolás Pérez Serrano. Tratado de Derecho Político, Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, pág. 512.

(34) Art. 6°. , Constitución de Suiza.

semidirecta como el referéndum y la iniciativa popular tienen una extensa amplitud. Existe también el Abberufungsrecht (derecho de revocación) y los tres poderes locales, son de elección popular directa. Hay cantones, ciertamente los menos, que aun conservan la Landesgemeinde, equivalente a la Ekklesia griega.

A pesar de que las formas de gobierno de democracia directa efectivamente van desapareciendo gradualmente de los cantones de la Federación, en Suiza dejan un rastro inconfundible de espíritu y costumbre de democracia que permea la estructura constitucional y el ejercicio del poder real en este País.

El órgano Legislativo Supremo de Suiza es la Asamblea Federal integrada por dos cámaras denominadas Consejo Nacional y Consejo de los Estados.

Sus miembros son electos por voto popular directo y designados por los cantones, respectivamente.

Las facultades de estos Consejos actuando como Asamblea Federal son legislativas en su mayoría, aún cuando no exclusivamente.

El art. 95 de la Constitución Suiza establece que "l'autorité directoriale et exécutive supérieure de la Confederation est exercée par un Conseil Fédéral composé de sept membres".

Estos miembros son designados por la Asamblea Federal para un mandato de cuatro años y de entre ellos se selecciona anualmente al Presidente y al Vicepresidente.

Es oportuno destacar que a pesar de que el Gobierno es formado por la Asamblea, la estructura constitucional de Suiza no se identifica con el Sistema Parlamentario. No existe ni la institución del voto de confianza, ni la del voto de censura. El Presidente del Consejo Federal está muy lejos de los Jefes de Gobierno europeos, que a pesar de depender de los Parlamentos, poseen influencia política y potestad gubernativa y administrativa. El Consejo Federal y su presidente, más bien se asemejan a un "ensemble" de expertos en la cosa Pública, similares a los que integran un Consejo de Administración de empresa, cuya pericia y cuyos conocimientos son puestos al servicio del gobierno del País. Esto no quiere decir, valga la aclaración, que se trata de un órgano meramente consultivo. El Consejo sí gobierna, ejerce funciones ejecutivas y administrativas, tiene mando de la fuerza pública y derecho de iniciativa en materias legislativas federales. Lo que pretendemos destacar es que el carácter colegiado del gobierno suizo, diluye mucho su propio peso político real y el de su Presidente.

Existe en Suiza además una cancillería federal que de conformidad con el art. 105, está encabezada por un canciller electo por la Asamblea cada 4 años y ejerce funciones de secretaria de la Asamblea Federal y del Consejo Federal.

Refirámonos ahora al Tribunal Federal Suizo.

La Constitución en su art. 106 establece:

"il y a un Tribunal Fédérale pour l'administration de la justice en matière Fédérale".

Este tribunal, compuesto de 24 jueces, nombrados por la Asamblea, la cual deberá procurar que las tres lenguas oficiales estén en él representadas, tiene facultades de control de constitucionalidad y de jurisdicción ordinaria.

Para ser miembro del tribunal se establecen los mismos requisitos que para ser miembro del Consejo Nacional, es decir ser ciudadano suizo, de veinte años cumplidos y laico.

Los integrantes de los Poderes Federales no pueden formar parte simultáneamente del Tribunal Federal.

La competencia jurisdiccional ordinaria del Tribunal comprende de materias como la civil y la penal, (35) no así la contencioso-administrativa, de la cual conoce la corte federal administrativa.

(35) Arts. 110 y 112, Constitución de Suiza.

El Tribunal Federal, actúa también como jurisdicción constitucional.

Su competencia en este ámbito está determinada por el artículo 113 de la Constitución.

"Le Tribunal federal connaît, en outre:

1. Des conflits de compétence entre les autorités fédérales, d'une part, et les autorités cantonales, --- d'autre part;

2. Des différends entre cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public;

3. Des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités. Sont réservées les contestations administratives à --- déterminer par la législation fédérale.

Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral -- appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et -- les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que -- l'Assemblée fédérale aura ratifiés." (36)

(36) "El tribunal federal conoce, además:

1. De los conflictos de competencia entre las autoridades federales, por una parte, y las autoridades cantonales, por la otra;

2. De las diferencias entre cantones, cuando esas diferencias sean del dominio del derecho público;

3. De las reclamaciones por violación de derechos constitucionales de los ciudadanos, así como de las reclamaciones de particulares por violación de acuerdos o de tratados.

Se reservan las controversias administrativas para ser determinados por la legislación federal.

En todos los casos mencionados, el Tribunal federal aplicará las leyes votadas por la Asamblea federal y las decisiones de esta Asamblea que tienen un alcance general. También se adecuará a los tratados que la Asamblea federal haya ratificado".

Es de advertir que la competencia del Tribunal en cuanto a cuestiones de constitucionalidad es de atribución y que en general pueden agregarse facultades adicionales a las previstas en la constitución federal Suiza, mediante leyes federales, según lo dispone el art. 111 de la norma suprema.

TURQUÍA

La forma de gobierno turco es parlamentaria.

La Gran Asamblea Nacional es el órgano Legislativo Supremo y está dividido en dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores.

La primera es electa por voto popular directa cada cuatro años. Los Senadores, en cambio, son designados por el Presidente cada seis.

El Ejecutivo es dual y se compone de un Presidente, Jefe de Estado y de un primer ministro, Jefe de Gobierno. Ambos surgen de entre los miembros de la Asamblea Nacional. El primer ministro y los demás miembros del gobierno, propuestos por él y nombrados por el Presidente, integran el Consejo de Ministros, órgano superior gubernativo en Turquía.

La correlación entre los dos Poderes está fijada con base en los principios generales del Parlamentarismo. Existe el derecho a emitir votos de confianza y de censura a favor de la Asamblea, la responsabilidad política del Gobierno ante ella, pero no la del Presidente y el derecho de disolución de la Asamblea que éste último tiene.

Sin embargo, dos rasgos apartan al modelo parlamentario turco del parlamentrismo clásico.

A) El voto de censura debe promoverse por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea; (37)

B) El derecho de disolución sólo puede ejercerse cuando la Asamblea haya negado dos veces su confianza al Gobierno dentro de un lapso de 18 meses, y se vote posteriormente una tercera negativa de confianza. La petición de disolución compete al Primer Ministro y la disolución como decisión política queda potestativamente al buen juicio del Presidente quien puede acordarla o no. (38)

Por lo que respecta al Poder Judicial, la jurisdicción ordinaria no se encarga de las cuestiones consitutcionales. Estas competen exclusivamente al Tribunal Constitucional de Turquía.

Además de las instancias judiciales comunes a cualquier otro Estado, en Turquía existen tribunales militares, un Tribunal de conflictos que dirime las cuestiones de competencia jurisdiccional entre los juzgados civiles, penales, militares y administrati

(37) Art. 89, Constitución turca.

(38) Art. 108, Constitución turca

vos y un Consejo Superior de la Magistratura que es un órgano de -
Gobierno dentro del Poder Judicial. Existe también un Tribunal -
de Cuentas.

El Consejo de Estado turco es por su parte, el órgano a ve--
ces de primera instancia y siempre de instancia superior en mate--
ria contencioso-administrativa.

El Tribunal Constitucional Turco

El Tribunal se compone de 15 vocales, designados de la si---
guiente manera:

- A) Cuatro por el pleno del tribunal de Casación;
- B) Tres por el pleno de Consejo de Estado;
- C) Uno por el Tribunal de Cuentas;
- D) Tres por la Asamblea Nacional;
- E) Dos por el Senado; y
- F) Dos por el Presidente de la República.

Es de notarse que en la composición de este tribunal predo--
minan los vocales designados por el Poder Judicial.

Uno de los quince vocales funge como Presidente y otro como vicepresidente de este órgano.

Es muy interesante observar que para ser designado miembro del Tribunal deben reunirse ciertos requisitos, a saber:

1. Tener 40 años.
2. Haber sido miembro del Poder Judicial; o
3. Haber impartido durante cinco años cátedra universitaria en las áreas de derecho, economía o ciencia política; o
4. Haber ejercido durante cinco años la profesión de abogado.
5. No tener más de 65 años, edad en la que los vocales se jubilan.

La competencia de control de constitucionalidad de este Tribunal consiste en:

- A) Controlar la conformidad de las leyes con la Constitución;
- B) Revisar la observancia del procedimiento para reformar la Constitución en cada caso en que ésta se modifique;

C) Verificar la constitucionalidad de los reglamentos internos de la Gran Asamblea Nacional;

Además, ya no como Tribunal Constitucional, sino como Alto Tribunal de Justicia, juzga a los miembros de los Poderes por responsabilidad oficial.

Para plantear la inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento procede la vía de acción y la de excepción.

El recurso en vía directa (acción) pueden interponerlo el Presidente de la República, los grupos parlamentarios de los partidos políticos, los partidos que estén representados en la Gran Asamblea que hayan obtenido el 10 por ciento de los votos válidos en las últimas elecciones y un número de miembros de las Cámaras que represente una sexta parte de sus componentes.

Igualmente pero sólo para las materias relativas a su constitución y funcionamiento, pueden emplear el recurso directo, el Consejo Superior de la Magistratura, el Tribunal de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación Militar y las universidades.

Resulta atendible la amplitud de sujetos legitimados para recurrir en vía directa, siendo éstos mayoritariamente miembros

del órgano político más fuerte en Turquía, que es la Asamblea Nacional. No deja de ser excepcional también la inclusión de las universidades en el elenco de personas jurídicas titulares del recurso de inconstitucionalidad.

La acción respectiva debe ejercerse dentro de los noventa días siguientes a la publicación de la Ley o del decreto recurrido.

La vía indirecta o de excepción corresponde a la estructura común de este recurso, a saber:

A) Existencia de un juicio que debe resolverse mediante la aplicación de una Ley presuntamente inconstitucional.

B) La presentación de la excepción ante el Tribunal por el juez a quo o por alguna de las partes;

C) La suspensión del proceso principal mientras resuelve el Tribunal Constitucional sobre el recurso;

D) Los efectos particulares de la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley, aún cuando la Constitución faculta al Tribunal Constitucional para que decida si su resolución tendrá alcances restringidos al caso concreto, o bien, erga omnes.

En términos generales, salvo el caso previsto en el inciso -
D), las resoluciones del Tribunal tienen alcances generales y -
siempre son definitivas e inapelables, vinculando a todos los Po-
deres Públicos, a todas las autoridades y a todas las personas -
físicas y morales.

YUGOSLAVIA

El Estado yugoslavo, hoy envuelto en una crisis social que, cualquiera que sea su resultado final, repercutirá necesariamente en su estructura constitucional, vivía, antes de su desmembramiento bajo las prescripciones de la Constitución de 1974.

En el texto de esta Ley Suprema se encuentra, del artículo 375 al 396, descrita la composición, el funcionamiento y la competencia de un órgano de Control de Constitucionalidad denominado "Tribunal de Garantías Constitucionales".

Hemos decidido hacer una breve referencia a este Tribunal, debido a que la inserción de un órgano de control, en un Sistema autocrático de Poder Político, no deja de llamar la atención y no debe pasar inadvertida.

Por más que el ensayo yugoslavo haya constituido una vía especial al Socialismo, (39) y a pesar de la intención de hacer copartícipes de la gestión pública al Estado y a la clase obrera, -

(39) La vía yugoslava al socialismo ha sido recurrentemente definida a partir de dos Tesis esenciales: "in política interna la scelta dell'autogestione, e sul piano internazionale, quella del no alineamento", prefacio de Franco Petrone, a la obra "Socialismo Jugoslavo" de Editori Riuniti, Roma, 1969, pág. IX. "En política interna, la selección de la autogestión y sobre el plano internacional, la del no alineamiento".

nadie pone en duda el carácter concentrado del ejercicio del Poder Político en el Estado Federal yugoslavo, que gradualmente va desmembrándose, sin saberse aún cuál será la suerte final del grave conflicto interno por el que atraviesa.

De esta manera, la existencia del Tribunal de Garantías en Yugoslavia representa un caso poco común en relación a las características de la estructura constitucional a la que está integrado.

El Tribunal de Garantías Constitucionales

En el artículo 375 de la Constitución de 1974 se establece que:

"Corresponde al Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia:

- 1) resolver sobre la conformidad de las leyes con la Constitución de la RSFY;
- 2) resolver sobre la cuestión de saber si una Ley de la República o de la Provincia se opone a la Ley federal;
- 3) resolver sobre la conformidad de las resoluciones y otros actos generales de los órganos federales con la Constitución de la RSFY y la Ley federal;
- 4) resolver sobre la cuestión de saber si las disposiciones y otros actos federales de los órganos de las Comunidades sociopolíticas y los actos generales de la autogestión son conformes a la Constitución de la RSFY o en oposición con una Ley federal de cuya ejecución sean responsables los órganos federales;
- 5) resolver los conflictos sobre derechos y deberes, surgidos entre la Federación y las Repúblicas o Provincias Autónomas, entre Repúblicas, entre Repúblicas y Provincias Autónomas y entre otras Comunidades sociopolíticas de los territorios de diferentes Repúblicas, si para la solución de tales litigios la Ley no hubiere establecido la jurisdicción de otro Tribunal;

6) resolver los conflictos de competencias entre los -
Tribunales de Garantía Constitucionales de las Repúbli-
cas y las Provincias Autónomas, entre los Tribunales y -
los órganos federales, entre los órganos federales y los
órganos de las Repúblicas o las Provincias Autónomas y -
entre los Tribunales y otros órganos estatales de dos o
más Repúblicas o Repúblicas y Provincias Autónomas.

El Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugosla--
via podrá enjuiciar la constitucionalidad de las leyes -
y la constitucionalidad y la legalidad de las disposicio-
nes y actos generales de los órganos de las Comunidades
sociopolíticas y las de los actos generales de autoges-
tión cuya vigencia haya cesado, si no hubiere pasado más
de un año desde la cesación de la vigencia hasta el --
inicio del procedimiento." ().

Como podrá observarse se trata de una vastísima competencia
de la que prácticamente no escapa ninguna cuestión de constitucio-
nalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que los siguientes dos
artículos, la completan, facultando al Tribunal a amparar los de-
rechos ciudadanos y a informar a la Asamblea, para que ésta dis-
ponga lo conducente, cuando:

A) Considere que deben promulgarse nuevas leyes o modificar
se las existentes para asegurar la constitucionalidad; (40) y

B) Constate que un órgano competente no hubiere dictado las
normas de ejecución de la constitución, estando obligado a ha-
cerlo. (41)

(40) Art. 376, Constitución de 1974.

(41) Art. 377. idem.

Igualmente la competencia del Tribunal se amplía, según el artículo 378, de conformidad con el cual, el órgano de control presenta a la Asamblea sus juicios sobre si la Constitución de una República o de una Provincia está en oposición con la Constitución de la República Federal.

En cuanto a la legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad, el artículo 387 autoriza a toda persona para hacerlo y además a:

1) La Asamblea de la RSFY, las Asambleas de República, las Asambleas de Provincia Autónoma o la Asamblea de otra Comunidad sociopolítica;

2) La Presidencia de la RSFY, las Presidencias de República y las Presidencias de Provincia Autónoma;

3) El Consejo Ejecutivo Federal, los Consejos Ejecutivos de República o los Consejos Ejecutivos de Provincia Autónoma salvo en los casos de examen de la constitucionalidad y la legalidad de disposiciones adoptadas por las Asambleas de las Comunidades sociopolíticas correspondientes;

4) Los tribunales de Garantías Constitucionales de República o de Provincia Autónoma;

5) El Tribunal, si la cuestión de constitucionalidad y legalidad se hubiere planteado en el procedimiento ante el Tribunal;

6) El Fiscal Federal, el de la República o el de la Provincia Autónoma y el Fiscal Militar correspondiente, si la cuestión de la constitucionalidad y la legalidad se hubiere planteado con motivo de la actuación de los mismos;

7) El Procurador Social de la Autogestión;

8) La Organización de Trabajo Asociado, la Comunidad Local, la Comunidad Autogestionada de Intereses u otra organización y comunidad autogestionada, si hubieren sido afectados sus derechos establecidos por la Constitución de la RSFY o la Ley federal;

9) El Secretario General de la República o de la Provincia Autónoma u otro funcionario que dirija un órgano administrativo federal de la República o de Provincia Autónoma, cada uno en el marco de sus atribuciones, salvo en los casos de examen de la constitucionalidad de una ley, del conflicto entre una Ley de República o de Provincia Autónoma y la Ley federal, así como en los casos de examen de la constitucionalidad o la legalidad de disposiciones dictadas por el Consejo Ejecutivo de la Comunidad socio-política del que fuere órgano;

10) El órgano autorizado por la Constitución y la Ley para suspender la ejecución de la disposición o de otros actos generales de órganos de las Comunidades sociopolíticas o de un acto general de autogestión, a causa de su incompatibilidad con la Constitución de la RSFY;

11) El Servicio de Contabilidad Social en la Federación, en las Repúblicas y en las Provincias Autónomas.

El Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia podrá promover de oficio el procedimiento de examen de constitucionalidad y legalidad.

Por último, los efectos de las sentencias del Tribunal son generales y vinculantes para todos los órganos. Tratándose de leyes declaradas inconstitucionales, las mismas dejan de tener aplicación, a menos que las Asambleas armonicen su contenido con la Ley Suprema.

Es de señalarse, para concluir, que en las Provincias o Regiones autónomas existen Tribunales Constitucionales de Jurisdicción Local, cuyas resoluciones deben ser en ciertos casos, remitidas al Tribunal Federal para su sanción definitiva. Un ejemplo -

sería en tratándose de la apreciación de la constitucionalidad de actos de autoridad locales, al Tribunal Federal de Garantías Constitucionales para sentencia irrevocable, basada en el análisis de la correspondencia entre el acto de autoridad y las Constituciones Federal y Local.

CAPITULO IV

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA

1.- La Constitución de 1948; 2.- La Corte Costituzionale; 2.1.- Organización y Funcionamiento; 2.2. Competencia; 2.3.- Control de Constitucionalidad.

Terminada la Segunda Guerra Mundial se inicia en Italia el proceso de desmantelamiento del régimen fascista, cuyas instituciones habían, sido sobrepuestas al Estatuto Albertino (1) que formalmente nunca se abrogó.

La substitución del régimen fascista comienza a partir del decreto que anunciaba para el último día de la guerra, elecciones libres para la reconstrucción de la cámara de diputados, la reordenación del senado y la vigencia de todas las garantías estatutarias. De ahí que se pensara que el fin de la guerra señalaba el inicio de la reinstalación del régimen anterior al fascismo. Sin embargo, al Estado italiano real, nacido de la guerra, habrían de corresponder estructuras jurídicas y políticas nuevas, muy distintas a las del Estatuto original, modificado a lo largo de su historia.

A los gobiernos Badoglio y Bonomi, (2) tocó la importante función de preparar el surgimiento de la nueva Constitución que habría de promulgarse en 1948.

(1) El Estatuto Albertino fue la Carta Constitucional concedida por el rey Carlos Alberto, bajo cuya normatividad se organizó el Estado italiano desde 1848 hasta 1947. Durante el régimen de Mussolini la organización fascista del Estado se yuxtapuso a las instituciones escuetamente descritas en el Estatuto en términos de "monarquía representativa". (Art. 2º. Estatuto Albertino).

(2) Badoglio llegó al poder una vez derrocado Mussolini. Bonomi representó a las seis corrientes políticas, organizadas en otros tantos partidos, del comité de liberación nacional.

Sobre el contexto histórico en que nace la nueva Constitución, opina N. Bobbio.

"Non si possono comprendere il significato ideale della Costituzione e la sua importanza per il futuro del nostro paese, se non si tien conto che essa nacque in diretta antitesi al regime instaurato dal fascismo, il quale aveva soffocato la libertà dei cittadini, posto tra i cittadini discriminazioni ingiuste ed arbitrarie e fondato un sistema di governo in cui il popolo non aveva la possibilità di far valere la propria volontà, e solo un gruppo ristretto, quello dei capi del Partito fascista, possedeva gli incontrollati strumenti di dominio: dei quali si servi, alla fine, per gettare la nazione nel baratro del secondo conflitto mondiale e della sconfitta". (3)

Es muy importante señalar que esta Constitución es además la primera que el pueblo italiano se dió a si mismo, pues el Estatuto fue concedido por el Rey.

"La differenza fondamentale tra questo statuto e la Costituzione del 1948, che, come si dirà poco più oltre, è stata elaborata ed approvata da un'Assemblea costituente eletta dal popolo italiano, sta in ciò, che esso era una Carta concessa al popolo dal sovrano, o Carta ottriata (in francese octroyée)". (4)

(3) N. Bobbio e F. Pirandrei, "Introduzione alla Costituzione", -- Laterza, Bari, 1960, pág. 33. "No se pueden comprender el significado ideal de la Constitución y su importancia para el futuro de nuestro país, si no se toma en cuenta que ella nació en directa antítesis al régimen instaurado por el facismo, el cual había sofocado la libertad de los ciudadanos, establecido discriminaciones injustas y arbitrarias entre los ciudadanos y fundado un sistema de gobierno en el cual el pueblo no tenía la posibilidad de hacer valer la propia voluntad y sólo un grupo restringido, el de los jefes del Partido fascista, poseía los instrumentos ilimitados de dominio: de los cuales se sirvió, al final, para arrojar a la Nación en el abismo del segundo conflicto mundial y de la derrota".

(4) N. Bobbio e F. Pirandrei, op. cit. pág. 34. "La diferencia fundamental entre este Estatuto y la Constitución de 1948, que, como se dirá un paso más adelante, fue elaborada y aprobada por una Asamblea constituyente elegida por el pueblo italiano, está --

Durante el período transitorio de referencia se expidieron las siguientes leyes, decretos y convocatorias relevantes:

A) Decreto-ley del 25 de Junio de 1944, estableciendo que - después de la liberación del territorio nacional, las reformas - institucionales serían escogidas por el pueblo italiano, que para tal fin, elegiría con el sufragio universal directo y secreto, - una asamblea constituyente para deliberar la nueva constitución - del Estado;

B) Convocatoria para la integración de una Asamblea Nacio-- nal que funcionó de 1945 a 1946, en calidad de consultora del -- ejercicio del Poder Legislativo, asumido por el gobierno;

C) Ley para la elección de los diputados a la Asamblea Cons tituyente, expedida con la colaboración de la Asamblea Nacional;

D) Ley para la celebración del referendum nacional de 1946, mediante el cual los italianos debían escoger como forma de Go--- bierno, entre monarquía y república.

El voto ciudadano favoreció a la república. La Asamblea - Constituyente, bajo esta determinación popular, inició sus traba- jos los cuales culminaron el 27 de diciembre de 1947, con la ex-- pedición de la nueva Constitución que entró en vigor el primero - en que, aquél era una Carta concedida al pueblo por el soberano, o Carta otorgada (en francés octroyée)".

de enero de 1948. Durante el período constituyente, habría de ser seleccionado un jefe de Estado provisional, por la propia Asamblea, el cual ejercería el cargo hasta que fuese substituído por el Jefe de Estado electo bajo la nueva Constitución. Las funciones legislativas quedarían en ese lapso, a cargo del gobierno, salvo la ratificación de tratados y la expedición de leyes electorales. Se afirmaba desde esos momentos la responsabilidad política del gobierno frente a la Asamblea.

LA CONSTITUCION ITALIANA DE 1948

La experiencia fascista que anuló el Estado de Derecho y concentró el poder en manos de un sólo hombre, il Duce, motivó a los constituyentes italianos a reafirmar enfáticamente el postulado esencial de que el Poder Político debe provenir del pueblo y reflejarse en la o las Asambleas de elección popular que lo representan.

Al igual que en la IV República Francesa contemporánea de la Italiana del 48, en ésta, la configuración del Poder Político se inclina a favor del Parlamentarismo, (5) cuyos únicos órganos de Poder electos popular y directamente son las Asambleas.

(5) En el caso de la Italia post-fascista, algunos constitucionalistas como G. Maranini, se refieren al Sistema Parlamentario del 48, con el término "pseudoparlamentarismo", no en tanto la fuerza del Parlamento no fuese mayor a la del Gobierno, sino en

Los órganos fundamentales de la República italiana son: el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Ministros, los magistrados del Poder Judicial, la Corte Constitucional y el Parlamento. Ninguno de ellos salvo el Parlamento, desde luego, son de elección popular. Este órgano designa al Jefe de Estado, sostiene o hace caer al Gobierno, participa en la elección de la Corte Constitucional y en la del Consejo Superior de la magistratura. (6) En la República Italiana el Parlamento es el órgano de mayor peso político dentro de todo el Sistema.

El Parlamento se compone de dos Asambleas, ambas de elección popular, universal y directa. La Cámara de Diputados se elige cada cinco años sobre base demográfica. El Senado se renueva cada cinco años sobre la base regional.

Ambas cámaras deben emitir voto de confianza al Gobierno y pueden revocarlo mediante voto de censura.

La moción de desconfianza debe ser firmada por al menos una décima parte de los componentes de la Cámara que la emite y debe

función del peso de los partidos políticos, no necesariamente coincidente con el sentido de la voluntad electoral, al sostener o derribar gobiernos mediante la emisión de votos de confianza o de censura.

(6) Este Consejo delibera en cuanto a la organización del Poder Judicial, admisión de magistrados, transferencias y promociones, y normas disciplinarias. Está formado por el Presidente de la República, el Presidente de la Corte de Casación, el Procurador General de la Casación, veinte miembros electos de entre y por los magistrados ordinarios y de diez miembros electos por el Parlamento en sesión común de ambas Asambleas. Este órgano garantiza la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo, el cual sólo ejecutará con decisiones del Consejo.

ser explícita, es decir, debe señalar la voluntad adversa al Gobierno que lo obliga a retirarse. En cambio, el voto contrario de una o ambas Cámaras a una propuesta del Gobierno no implica la obligación de dimitir. (Art. 94 Constitución Italiana).

El Presidente de la República es designado por el Parlamento en sesión conjunta por mayoría calificada de dos terceras partes de votos. De no lograrse tal mayoría en tres votaciones sucesivas, en la cuarta basta la mayoría absoluta de sufragios. El Presidente se elige cada 7 años al igual que en Francia, con la gran diferencia de que en este País la elección es directa. En sus faltas temporales es substituido por el Presidente del Senado y en caso de falta absoluta procede una nueva designación hecha por el Parlamento.

El Presidente de la República es el Jefe de Estado y representa la Unidad Nacional.

Tiene por ende las facultades correspondientes a esta figura política-jurídica al igual que algunas más excepcionales como el nombramiento del Primer Ministro o Presidente del Consejo de ministros y de los miembros del Gabinete a propuesta del Jefe de Gobierno.

Asimismo, el Presidente promulga las leyes emanadas del par-

lamento y formula reglamentos; promueve referenda en los casos previstos por la Constitución; nombra funcionarios del Estado; ejerce funciones diplomáticas y de protocolo; tiene el mando de las fuerzas armadas; preside el Consejo superior de la magistratura; disuelve una o ambas Cámaras, escuchando a sus presidentes; etc.

El Jefe del Estado es irresponsable políticamente ante el Parlamento y sólo puede ser acusado, durante su gestión por alta traición o por atentado a la Constitución.

Por lo que respecta al Gobierno éste se compone del Presidente del Consejo y de los ministros que en conjunto constituyen el Consejo de ministros.

El Gobierno es políticamente responsable ante el Parlamento, mediante la institución del voto de censura. El Gobierno carece del derecho de disolución del Parlamento, el cual es facultad del Presidente de la República. Los ministros son responsables colegialmente de los actos del Consejo e individualmente de los actos de su ministerio. Además de esta responsabilidad, los miembros del gobierno pueden ser acusados ante el Parlamento por ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. El Primer Ministro, Jefe de Gobierno o Presidente del Consejo de Ministros dirige la Política general del Gobierno y coordina la actividad del resto de los miembros del gabinete.

LA CORTE CONSTITUCIONAL

Nos ocuparemos ahora del estudio detallado de la Corte Costituzionale italiana, respetando el mismo orden que hemos seguido en el caso de la Corte austriaca. Examinaremos su estructura, su funcionamiento y su competencia, enfatizando, en el caso de esta última, la parte relativa al control de constitucionalidad.

El art. 138 (7) de la Constitución Italiana, al fijar un procedimiento formalmente diverso al legislativo ordinario, para reformar las normas constitucionales, distingue a la Ley Fundamental por su carácter rígido.

(7) Art. 138: "Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione.

Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.

Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti".

("Las leyes de revisión de la Constitución y las otras leyes constitucionales son adoptadas por cada Cámara con dos sucesivas deliberaciones con un intervalo no menor de tres meses, y son aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara en la segunda votación.

Las leyes mismas son sometidas a referéndum popular cuando, dentro de tres meses de su publicación, lo demanda la quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Concejos regionales. La Ley sometida a referéndum, no es promulgada, sino es aprobada por la mayoría de votos válidos.

No hay lugar a referéndum si la ley ha sido aprobada en la segunda votación de cada una de las Cámaras por mayoría de dos tercios de sus miembros".)

Por otra parte, los arts. 116 y 117 (8) constitucionales, al establecer que el poder de legislar sobre ciertas materias, compete explícitamente a las regiones, fija otro límite al poder legislativo ordinario.

De ambas circunstancias se desprende la posibilidad de que las leyes ordinarias de la República o las regionales, resulten contrarias a la Constitución; y de ahí la necesidad, percibida por los constituyentes, de instituir un órgano apropiado que garantice el respeto de la Ley Fundamental, anulando las normas que contradigan sus preceptos. La Constitución Italiana del 48 crea la Corte Costituzionale con el objeto de salvaguardar el principio de supremacía constitucional fundamentalmente, superando el esquema restringido de control que le precedió. En efecto, antes de la existencia de la Corte, en la península operaba un Sistema de control de la constitucionalidad estrictamente formal, confinado a verificar únicamente si la ley se había formado con apego al procedimiento legislativo previsto en las normas supremas. Al efecto, era competente la jurisdicción ordinaria.

La Corte, en cambio, como se verá más adelante, realiza una función de control propiamente, en tanto verifica la conformidad substancial de la Ley y no sólo la formal, con la Constitución.

(8) El art. 116 señala que a las regiones en él enumeradas corresponde una autonomía especial, según estatutos adoptados con leyes constitucionales. El 117 explicita las materias de legislación regional, cuyos límites genéricos son los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado y el interés nacional y/o de otras regiones.

Es importante recordar que la creación de la Corte Constitucional corresponde a la del nuevo Estado italiano substitutivo del régimen fascista. (9)

Es fácil advertir el valor concreto que tiene el establecimiento de una institución como la Corte, garante del incipiente Estado de Derecho, el cual pretende organizar en lo sucesivo la vida de una sociedad muy poco tiempo atrás asfixiada por estructuras totalitarias. (10)

Sorprende en principio que la Corte Constitucional no haya empezado a funcionar sino ocho años después de promulgada la Constitución.

(9) En el art. XII transitorio de la Constitución se lee: "E vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista". ("Está prohibida la reorganización, bajo cualquier forma, del disuelto partido fascista".

(10) K. Loewenstein incluye al fascismo italiano en el elenco de regímenes totalitarios. "Die markantesten Beispiele des modernen Totalitarismus sind der Faschismus in Italien, der Nationalsozialismus in Deutschland und der Kommunismus in der Udssr". ("Los más marcados ejemplos del totalitarismo moderno son el fascismo en Italia, el nacional socialismo en Alemania y el comunismo en la URSS.") K. Loewenstein, op. cit. pag. 55. La perspectiva político-jurídica de este autor alemán, es notoriamente distinta a la de un pensador como Poulantzas, quien concibe al fascismo italiano como una "fase imperialista del Capitalismo" (cfr. N. -- Poulantzas, Fascismo y Dictadura". siglo XXI, México, pag. 7). -- En cualquier caso lo que nos interesa destacar es que el contexto histórico en que surge el Estado constitucional italiano del 48 -- es muy peculiar. La inclusión en su carta fundamental de un Sistema de control de la constitucionalidad parece paso obligado en el tránsito de un régimen antidemocrático por definición, a otro basado en el imperio del Derecho.

Sin embargo, de la lectura de los intensos debates que siguieron a su propuesta de creación, en la Asamblea Constituyente, así como a su reglamentación en las Cámaras, se desprende la relevancia que se concedió en Italia a la cuestión, la atención que se puso en estructurar debidamente a este órgano de control y el cuidado que se tuvo al fijar su competencia.

"Affermata la necessità della creazione di una Corte costituzionale, occorre prendere in esame il delicatissimo problema dei limiti delle attribuzioni di tale organo. - E questo un campo nel quale si proietano tutti i riflessi della nuova struttura statale". (11)

Tres leyes constitucionales reglamentarias de los arts. 134 a 137 de la Constitución italiana, se expidieron entre 1948 y 1953, a saber:

1. Ley Constitucional del 9 de febrero de 1948, N. 1, sobre las normas de los juicios de legitimidad constitucional y sobre las garantías de independencia de la Corte Constitucional;

2. Ley Constitucional del 11 de marzo de 1953, N. 1, conteniendo normas complementarias de las constitucionales relativas a la Corte.

(11) "Afirmada la necesidad de la creación de una corte constitucional, hace falta examinar el delicadísimo problema de los límites de las atribuciones de tal órgano. Este es un campo en el cual se proyectan todos los reflejos de la nueva estructura del Estado". Asamblea Costituyente. Atti della Commissione Costituzionale, Vol. IV, Roma, Segretario Generale della Camera dei Deputati, pagg. 96-98.

3. Ley del 11 de Marzo de 1953 N. 87, sobre las normas concernientes a la estructura y el funcionamiento de la Corte Constitucional.

Por último, el 22 de Abril de 1956, fue expedido el reglamento general de la Corte, empezando a funcionar ésta al día siguiente de su promulgación.

El 23 de Abril de 1956 se llevó a cabo la sesión inaugural de la Corte, con la presencia del Jefe de Estado, Enrico de Nicola quien afirmó:

"La Corte può finalmente funzionare con assoluta fiducia ed é destinata a inattesi sviluppi. La Costituzione é finalmente attuata in uno dei suoi settori basilari -- sicché -almeno in questa parte- non potrà essere paragonata da un grande Maestro della scienza del diritto a una celebre sinfonia di Schubert: L'incompiuta". (12)

COMPOSICION DE LA CORTE

La Corte está formada por 15 jueces, nombrados proporcionalmente por el Presidente de la República, por el Parlamento en --

(12) "La Corte puede finalmente funcionar con absoluta confianza y está destinada a desarrollos inesperados. La Constitución está finalmente terminada en uno de sus sectores fundamentales, de tal suerte que -almenos en esta parte- no podrá ser comparada por un gran Maestro de la ciencia del derecho, a una célebre sinfonía de Schubert: la Inconclusa".

sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. (13) Es decir que cada una de estas instancias nombra a 5 jueces.

Por lo que respecta a los miembros de la Corte designados -- por el Presidente, éstos deben contar con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (Jefe de Gobierno) (14). Esto se desprende del hecho de que el Decreto con base en el cual el Presidente de la República los nombra, tiene que llevar la contrafirma ministerial para ser válido, según dispone la Constitución en su Art. 89.

"Nessun atto del Presidente della Repubblica é valido se non é controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità". (15)

Así, si bien el primer ministro no propone a los Jueces de la Corte, facultad que corresponde al Presidente, en principio puede rehusarse a firmar el decreto respectivo. En este caso, el desacuerdo entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno sería resuelto por el Parlamento. (16)

(13) Arts. 135 Const.; 3°. L. Const. 9 feb. 1948; 3°. L. Const.- 11 Marzo 1953 N. 1; 1-4 L. Const. 11 Marzo 1953, N. 87.

(14) Art. 4°. L. Const. 11 de Marzo de 1953, N. 87.

(15) "Ningún acto del Presidente de la República es válido si no es contrafirmado por los ministros que proponen, los cuales asumen la responsabilidad por él".

(16) Recordamos que al Presidente lo nombra el Parlamento y que al primer ministro lo nombra el Presidente. (Arts. 83 y 92 de la Constitución Italiana).

Por lo que respecta a los miembros de la Corte provenientes de las magistraturas, tres son seleccionadas de la Corte de Casación, uno del Consejo de Estado (17) y otro de la Corte de Cuentas. (18)

Por último, los jueces que nombra el Parlamento son electos en sesión común de ambas Cámaras por mayoría calificada de tres quintas partes de la Asamblea. (19)

Los jueces constitucionales duran en su cargo nueve años, sin poder ser nombrados nuevamente para ejercer el cargo. Estos deben ser designados de entre los magistrados de las jurisdicciones ordinaria y administrativa, los profesores de universidades de materias jurídicas y los abogados después de veinte años de ejercicio. A diferencia de los miembros del Conseil Constitutionnel francés que prácticamente no deben llenar ningún requisito en especial prescrito por la ley, a los jueces de la Corte Italiana se les fijan éstos requisitos mínimos. En cambio al igual que sus homólogos franceses los italianos deben observar las disposiciones relativas a las incompatibilidades entre la pertenencia a la Corte y el desempeño de otras actividades y funciones.

(17) El Consejo de Estado es el órgano máximo en materia administrativa, competente para dirimir controversias entre los particulares y la administración pública.

(18) La Corte de Cuentas ejerce funciones relativas a la contabilidad pública.

(19) Art. 3°. Ley del 11 de Marzo de 1953, N. 87.

En efecto, el cargo de Juez constitucional inhabilita para el desempeño de funciones o empleos públicos, y privados, así como para el ejercicio de actividades profesionales, comerciales, o industriales.

Por otra parte, los magistrados en servicio y los profesores universitarios, deben suspender sus funciones mientras ejerzan la magistratura constitucional. (20)

Es interesante señalar que estas últimas incompatibilidades no rigen por ejemplo, en el Derecho francés. Su justificación la expresaba en estos términos el relator del dictamen respectivo en el senado, On. Giovanni Persico:

"L'ufficio di giudice della Corte e così elevato, che -
deve essere considerato assolutamente incompatibile con
l'esercizio di qualsiasi altra funzione.

"Sarebbe assai strano pensare che un magistrato appartenente alla Corte costituzionale possa seguitare ad ---
esercitare le funzioni di consigliere di Cassazione, o
di consigliere di Stato, o di consigliere della Corte
dei conti, anche per le eventuali possibili interferenze
tra esse e quelle della nuova altissima magistratura. -
Neppure sembra possibile la continuazione dell'insegnamento universitario in materie giuridiche, per i con---
trastidottrinali che potrebbero derivarne". (21)

(20) Art. 135 Const. y Art. 7, L. 11 Marzo, 1953, No. 87.

(21) "El cargo de Juez de la Corte es tan elevado, que debe ser absolutamente incompatible con el ejercicio de cualquier otra función.

Sería muy extraño pensar que un magistrado perteneciente a la Corte Constitucional pueda seguir ejerciendo las funciones de consejero de apelación o consejero de Estado, o consejero de cuentas, también por las posibles interferencias entre ellas y las de

Igualmente, la función de juez constitucional no puede combinarse con una actividad inherente a una asociación o partido político. (22)

A efecto de garantizar la independencia del Consejo y de sus miembros, así como la imparcialidad de sus decisiones, es el propio órgano el que juzga sobre la admisión de sus miembros y sobre la inobservancia de las incompatibilidades referidas, deliberando por mayoría absoluta de votos. (23)

Además, se garantiza su inamovilidad y su inmunidad, respectivamente, exigiéndose decisión de la corte para que un juez constitucional sea removido de su cargo y declaratoria de procedencia del propio órgano para que uno de sus miembros pueda ser perseguido penalmente. (24)

Por último, los miembros de la Corte tienen una retribución mensual que no puede ser inferior a la del más alto magistrado de

la nueva altísima magistratura. Ni siquiera parece posible la confirmación de la enseñanza universitaria en materias jurídicas, por los contrastes doctrinales que podrían derivar de ella". A.p., doc. N. 23 A.

(22) Art. 135 Const. y Art. 8 L. 11 Marzo 1953, N. 87.

(23) Art. 3°. Ley Const. 9 Febrero de 1948 y art. 3°. L. Const. 11 Mayo 1953, N. 1.

(24) Esta declaratoria, equivalente mutatis mutandis a la que exige la Constitución Mexicana en los términos y para los efectos del Art. 11, título IV, implica, que el legislador ordinario italiano se percató de la importancia de proteger constitucionalmente al miembro de la Corte y de la omisión de la Ley Fundamental del 48 al respecto. Para suplirla, empleando la técnica de rinvio, establece el Art. 3°. párrafo tercero de la Ley Constitucional del -

la jurisdicción ordinaria. En el caso del Presidente de este órgano, está prevista legalmente una percepción adicional.

FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Las normas relativas al funcionamiento de la Corte están dispersos en las tres leyes constitucionales que hemos venido citando, es decir, la del 9 de Febrero de 1948 y las del 11 de Marzo - de 1953, Nrs. 1 y 87.

El Presidente de la Corte, es electo por mayoría absoluta de votos de sus componentes. Si no se logra la mayoría absoluta, se procede a una nueva votación y de no lograrse aquélla, se produce una tercera en la que participan los dos candidatos que hayan obtenido las más altas votaciones en la ronda anterior, siendo proclamado Presidente el que consiga el número mayor de sufragios.

En caso de empate, es Presidente el juez más antiguo y en su defecto el más viejo.

9 de Febrero de 1948, que los jueces constitucionales "godono - della immunità accordata nel secondo comma dell'art. 68 della - Costituzione ai membri delle due Camere". ("gozan de la inmunidad concedida en el segundo párrafo del art. 68 de la Constitución a los miembros de ambas cámaras".)

El Presidente permanece en su cargo tres años y es reelegible.

Al Presidente competen la representación de la Corte, la atribución de convocarla, el derecho de presidir sus sesiones y la facultad de administrar su presupuesto.

El conjunto de normas que regulan detalladamente el funcionamiento de la Corte está contenido en su reglamento general, en vigor a partir de 22 de Abril de 1958, expedido con base en el art. 14, de la Ley del 11 de Marzo de 1953, Nr. 87. (25)

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

Pasemos a examinar los rasgos generales del procedimiento ante la Corte Constitucional.

En cuanto a las distintas atribuciones de la Corte, pueden distinguirse dos clases de procedimientos:

(25) Art. 14: "La Corte può disciplinare l'esercizio delle due funzioni con regolamento approvato a maggioranza dei suoi componenti. Il regolamento é pubblicato nella Gazzetta Ufficiale". ("La Corte puede regular el ejercicio de sus funciones por medio de reglamento aprobado por mayoría de votos de sus componentes. El reglamento es publicado en el Diario Oficial").

A) El que se aplica cuando la Corte ejerce funciones de control de constitucionalidad.

B) El que emplea cuando la Corte actúa como Alto tribunal (26) ante el que se acusa al Presidente de la República (27) y a los Ministros (28), en los términos de la Constitución.

El primer procedimiento es el que se utiliza en tratándose de la parte más amplia de las atribuciones de la Corte. Se trata del procedimiento general en contraposición al que se aplica excepcionalmente para el caso exclusivo referido en el inciso B).

La Corte Constitucional Italiana es un órgano de control de naturaleza jurisdiccional. Recordemos que dentro del Sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad se distingue el caso en que la función de salvaguarda de la Constitución se confía a los Tribunales ordinarios encabezados por una Corte Suprema (E.E.U.U.), de aquél en que dicha función se encomienda a un tri-

(26) Esta atribución la tiene en Francia la Haute Cour de Justice y queda fuera, por ende, del ámbito de competencia del Conseil Constitutionnel.

(27) El art. 90 Constitucional señala que el Presidente sólo es responsable durante el tiempo de su encargo y en el ejercicio de sus funciones por alta traición y atentado a la Constitución, casos en que es puesto en estado de acusación por el Parlamento por mayoría absoluta de votos. El órgano sentenciador es la Corte Constitucional.

(28) El art. 96 Constitucional establece que los ministros y el Presidente del Consejo de Ministros pueden ser acusados por el Parlamento por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, mediante mayoría simple de votos. Igualmente, la Corte resuelve en este caso.

bunal especial, creado apposta, distinto a los ordinarios, con competencia exclusiva en materia de constitucionalidad, pero de naturaleza jurisdiccional. Las características del control en ambos casos coinciden en tanto se trata de sistemas jurisdiccionales (29) y sus diferencias particulares se reflejan en normas concretas de procedimiento o en los efectos de las sentencias. En cualquier caso, el sistema de control jurisdiccional de especie norteamericana y las de especie italiana o alemana, se diferencian claramente del Sistema de control denominado político, por antonomasia, el francés. (30)

En cuanto al proceso jurisdiccional vale la pena recordar aquí a un lúcido e incansable estudioso de la "Justicia Constitucional", esto es, del control jurisdiccional de la constitucionalidad.

"El juez, como "tercero" que decide sobre una relación que no es suya, sólo sobre demanda de parte y en congruencia con la demanda; la existencia de parte y el repetto al principio de defensa o principio de contradicción.

(29) Es oportuno tener presente que a pesar de la similitud del mecanismo de designación de los Jueces constitucionales italianos y de los franceses, no son iguales, en cuanto a su naturaleza, los respectivos órganos de control, pues las condiciones, los requisitos formales y el procedimiento para llegar a la resolución de los asuntos de que conocen en el primer caso se asemejan más a los de un juicio propiamente dicho, que en el segundo. A pesar de que en ambos países, el control de constitucionalidad lo ejercen órganos Ad Hoc, en Italia siempre se presupone una controversia sobre la constitucionalidad del acto de autoridad controlable, en sentido lato, mientras que en Francia no.

(30) Sobre los diversos Sistemas de control, véase, el capítulo II de esta obra.

Se trata, insisto, de garantías de carácter estructural y formal-procesal. En particular, la "tercería" del juez no significa que éste no pueda participar en la creación del Derecho, ni menos aún que deba ser extraño o insensible a los valores que se deducen en el proceso. Significa sólo que la estructura del proceso ha de permitir que la "controversia" sea llevada a juicio por aquellos a quienes el ordenamiento considera titulares de la situación o relación controvertida, o por sus representantes. Y, además, que tales titulares, o sus representantes, se encuentren en situación de poder hacer valer ante el juez sus pretensiones con argumentos y pruebas". (31)

Este mismo autor opina que la estructura del proceso ante la Corte italiana, corresponde a la de una jurisdicción.

Se requiere una demanda o acción, en sentido procesal, deducida por el Estado, por un juez a quo, por las partes del proceso a quo, o por una Región. Además, la Corte ni actúa de oficio, ni resuelve más allá de la substancia o del contenido de la acción.

"La Corte dichiara, nei limiti dell'impugnazione, - quali siano le disposizioni legislative illegittime". (32)

Desde sus primeras jurisprudencias la Corte ha establecido, sin embargo, la que podríamos denominar "inconstitucionalidad derivada o conexas", con base en el Art. 27 de la Ley del 11 de Marzo de 1953, Nr. 87, última parte en el que se le faculta para declarar cuales son las otras disposiciones legislativas cuya inconstitucionalidad deriva como consecuencia de la decisión adoptada.

(31) Mauro Cappelletti, "La Justicia Constitucional", UNAM 1987, pág. 293.

"La Corte costituzionale deve dichiarare quali sono, oltre le norme oggetto della impugnativa, le altre disposizioni la cui illegittimità deriva come conseguenza dalle - decisioni adottate.

Corte cost., sent. 1 del 5 giugno 1956.

Corte cost., sent. 11 del 19 giugno 1956.

Una norma non espressamente impugnata può essere dichiarata incostituzionale solo quando la incostituzionalità derivi come conseguenza della dichiarazione di illegittimità di un'altra norma impugnata, ma non può il collegamento con altre norme qualificate incostituzionali, --- essere semplicemente affermato nell'ordinanza di --- rinvio". (33)

Corte cost., sent. n. 53 del 9 aprile 1957.

Por otra parte, la naturaleza jurisdiccional del procedimiento ante la Corte queda de manifiesto en diversos preceptos constitucionales y ordinarios.

(32) "La Corte.... declara, dentro de los límites de la impugnación, cuáles son las disposiciones legislativas ilegítimas". Art. 27, L. Const. 11 de Marzo de 1953, Nr. 87.

(33) "La Corte Constitucional debe declarar cuáles son, además - de las normas objeto de la impugnación, las otras disposiciones - cuya ilegitimidad deriva como consecuencia de las decisiones adoptadas".

Corte Const. sent. N. 1 Junio 5, 1956.

Corte Const. sent. N. 11 Junio 19, 1956.

"Una norma no expresamente impugnada puede ser declarada inconstitucional sólo cuando la inconstitucionalidad derive como - consecuencia de la declaración de ilegitimidad de otra norma impugnada, pero la relación con otras normas calificadas de inconstitucionales, no puede ser simplemente señalada en la ordenanza de reenvío".

Corte Const. sent. N. 53, Abril 9, 1957.

El art. 135 Constitucional, que fija la competencia genérica de la Corte, señala que ésta "juzga" de las "controversias".... y de los "conflictos".... (34), exigiendo por ende que exista una "litis", para que el órgano de control pueda actuar.

La Ley del 11 de Marzo de 1953, Nr. 87, establece que en el procedimiento de la Corte, salvo tratándose de la acusación del Presidente en los términos de la Constitución, se observan en lo que sea conducente las normas procesales aplicables ante el Consejo de Estado. (35)

Los aspectos más importantes del procedimiento jurisdiccional son los siguientes:

- A) La Corte no actúa de oficio, sino a instancia de alguna autoridad o persona jurídica facultada por la Ley para recurrir ante él;
- B) Pueden recurrir a la Corte:
 - 1. El Presidente del Consejo de Ministros cuando una Región invada la competencia del Estado;
 - 2. Las Regiones cuando el Estado invada su competencia.

(34) No nos referimos aquí detalladamente al art. 135 porque la competencia de la Corte se estudia en un apartado especial. Véanse las págs. 200 y sigs.

(35) Art. 22, L. Const. 11, Marzo 1953, Nr. 87. Il Consiglio di Stato es la máxima jurisdicción administrativa en Italia.

3. Los órganos máximos del Estado en caso de conflictos de atribución entre ellos;

4. Un juez que al no poder, controlar la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al juicio de que conoce, se dirige a la Corte para que ésta se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad;

5. De manera indirecta, por medio del juez a quo, las partes del proceso o el ministerio público, los cuáles si bien no tiene acceso directo a la Corte, si pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad en forma incidental.

C) El Juicio de constitucionalidad se inicia tanto en vía de acción como en vía de excepción. Tienen acción los órganos del Gobierno del Estado y los de las Regiones. Promueve en vía de excepción el juez a quo.

D) La Corte no emite juicios a priori, sino a posteriori.

E) Sus resoluciones pueden ser:

1. Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de la ley, del acto reclamado con fuerza de ley; o bien sentencias que diriman la controversia entre el Estado y las Regiones.

2. Ordenanzas desechando o rechazando la cuestión de in constitucionalidad, o resolviendo que no hay tal.

- F) Los efectos de la sentencia son erga omnes, tienen carácter de cosa juzgada y no admiten por ende, recurso alguno en su contra;
- G) Para que las decisiones sean válidas se requiere un quórum de 11 jueces y la mayoría de votos;
- H) El Presidente tiene voto de calidad;
- I) Las audiencias son públicas;
- J) Las resoluciones de la Corte se comunican por medio de la Gaceta Oficial.

Antes de entrar al estudio de la competencia de la Corte, - conviene hacer un par de consideraciones sobre el procedimiento correspondiente a la acusación contra el Presidente de la República y los ministros.

Se trata de un procedimiento totalmente distinto al que se - aplica cuando la Corte actúa como Tribunal Constitucional, previsto en la Constitución.

Las normas que lo regulan están contenidas en la Ley del 11 de Marzo de 1953 Nr. 87, Art. 43 y sigs. y en la Ley del 27 de -

Noviembre de 1962, que contiene las "Norme integrative per i giudizi di accusa davanti alla Corte Costituzionale".

El art. 135 Constitucional establece que en estos juicios intervienen además de los jueces constitucionales, 16 ciudadanos elegidos por sorteo de una lista que el parlamento prepara cada nueve años. Estos individuos deben reunir los requisitos para ser senadores.

La Cámara de diputados presenta la acusación ante la Corte, la cual procede, en audiencia pública, a celebrar el sorteo de los 16 ciudadanos mencionados. Prestado el juramento por éstos, se entiende constituido el Colegio sin posibilidad de substitución.

Se nombra a un juez instructor y relator el cuál, desahogado el proceso, prepara la sentencia.

En síntesis puede afirmarse que ambos procedimientos son típicamente jurisdiccionales, diferenciándose por ser uno constitucional y el otro de responsabilidad oficial, con efectos distintos, en cada caso, de la resolución de la Corte, la cual en ninguna ocasión puede ser impugnada.

COMPETENCIA DE LA CORTE

La Corte Constitucional tiene una competencia de atribución. Es decir que este órgano de control no puede revisar la constitucionalidad de cualquier clase de acto de autoridad lato sensu, - sino sólo en tratándose de las materias que la Constitución le - confiere.

La Ley Fundamental Italiana establece:

"La Corte costituzionale giudica:
sulle controversie relative alla legittimità costituzio--
nale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, -
dello Stato e delle Regioni;
sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e
su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni;
sulle accuse promosse contro il Presidente della Re--
pubblica ed i ministri, a norma della Costituzione". (36)

La competencia de la Corte Constitucional puede dividirse en dos grandes apartados:

(36) Art. 134 de la Const. Italiana. "La Corte Constitucional - juzga:

de las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, que tenga fuerza de ley, del Estado y de las Regiones;

de los conflictos de atribución entre los Poderes del Estado y de aquéllos entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones;

de las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y los ministros, según la Constitución.

- A) Competencia constitucional de control de constitucionalidad;
- B) Competencia relativa al juicio de responsabilidad contra el Presidente y los ministros, y a la admisibilidad del referéndum.

Procedamos a su análisis empezando por el inciso B), para que, una vez desahogado éste, dediquemos atención especial a la competencia de la Corte relativa al control de constitucionalidad, objeto central de este estudio.

Conviene aclarar, antes de referirnos a esta porción de las atribuciones de la Corte, que al separar la competencia de este órgano en dos apartados, para efectos de exposición, agrupamos por un lado, las facultades de control de constitucionalidad, y por el otro los que no tienen ese carácter, a pesar de ser diferentes entre sí.

**COMPETENCIA RELATIVA A LA ACUSACION
CONTRA EL PRESIDENTE Y LOS MINISTROS,
ASI COMO A LA ADMISIBILIDAD DEL REFERENDUM**

Lo primero que debemos diferenciar aquí es que la competencia de la Corte en estas materias deriva de la Constitución, en

cuanto a las acusaciones (Art. 134 Const.) y de la Ley Constitucional del 11 de Marzo de 1953, N. 1, por lo que respecta al referéndum (Art. 2°.).

**ACUSACIONES FORMULADAS CONTRA EL
PRESIDENTE Y LOS MINISTROS**

En este ámbito la Corte ejerce una jurisdicción penal, ya que juzga al Presidente por los delitos de alta traición y de atentado a la Constitución y a los ministros por los "delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones". (Art. 96, Const.).

La acusación es formulada por el Parlamento en sesión común, por mayoría de votos, tratándose de los ministros o el Presidente del Consejo y por mayoría absoluta si el acusado es el Presidente de la República.

La deliberación del Parlamento se toma por voto secreto, formándose para los efectos, del caso, una comisión de 10 diputados y de 10 senadores, la cual ejerce las funciones de Ministerio Público al realizar la acusación. El propio Parlamento elige también a uno o más Comisarios encargados de sostener la promoción frente a la Corte Constitucional.

El acta de acusación debe contener los cargos imputados al - acusado y ser transmitida por el Presidente de la Cámara de Diputados, al Presidente de la Corte, el cual le notificará al Presidente de la República o al ministro indicado, según sea el caso.

Si la Corte encuentra culpable al imputado, lo sentencia al tenor de la legislación penal aplicable. En la propia sentencia la Corte puede establecer sanciones políticas (destitución definitiva), administrativas, e inclusive civiles. Durante el juicio de responsabilidad pueden dictarse medidas preventivas sobre el patrimonio del inculcado o bien limitativas de su libertad personal (arresto domiciliario).

Es interesante señalar que en la especie, se aplica, en lo correspondiente lo preceptuado en el Código Penal adjetivo. Al respecto, cabe recordar que el art. 22 de la L. Const. N. 87 del 11 de Mayo de 1953, expresamente señala que las normas procesales que regulan el procedimiento ante el Consejo de Estado son aplicables en lo conducente, al de la Corte Constitucional, salvo en lo relativo a los juicios de acusación contra el Presidente y los Ministros. (37)

(37) La propia Ley referida regulaba inicialmente el procedimiento de acusación en su capítulo IV, el cual fue derogado por la L. del 25 de Enero de 1962. En esta última Ley y en la del 27 de noviembre del mismo año se norma la instrucción ante la Corte, de los procesos que comentamos.

Vale la pena mencionar, antes de concluir este apartado, un atendible punto de vista expresado en los debates que suscitara, en la Cámara de Diputados, la discusión original del artículo 43 de la Ley de 53, Nr. 87.

"L'attività in parola e' caratterizzata da poteri molto più ampi di quelli che normalmente ha il giudice penale, in tanto non essendo in via legislativa predeterminati nei particolari i fatti che possono dar luogo all'accusa e non essendo previste le sanzioni da applicare ai fatti stessi, e' lasciata alla Corte la facoltà di determinare, quando sussitano le forme di illeciti della massima gravità e quali siano le sanzioni adeguate tenuto conto delle esigenze costituzionali generali e di quelle particolari relative all'attività del capo dello Stato..... L'indeterminatezza e la genericità della incriminazione e' connotata alle particolari caratteristiche dell'illecito, soprattutto per l'ambiente in cui si verifica. Si ha, nel campo costituzionale, una situazione particolare, -- analoga a quella che per la più completa tutela dei cittadini nei confronti dell'amministrazione ha indotto il legislatore penale a prevedere come reati forme generiche ed indeterminate di illiceità". (38)

(38) "La actividad que comentamos se caracteriza por poderes mucho más amplios de los que normalmente tiene el juez penal, en tanto, no estando predeterminados en particular, en vía legislativa, los hechos que pueden dar lugar a la acusación y no estando previstas las sanciones por aplicarse a esos hechos, se deja a la Corte la facultad de determinar cuándo subsisten las formas de ilícitos de la máxima gravedad y cuáles son las sanciones adecuadas, teniendo en cuenta las exigencias constitucionales y las particulares relativas a la actividad del Jefe de Estado La interdeterminación y la generalidad de la incriminación es conatural a las características particulares del ilícito sobretodo por el ambiente en que se verifica. Se tiene en el campo constitucional, una situación particular análoga a la que, para la más completa tutela de los ciudadanos de frente a la administración, ha inducido al legislador penal a prever como delitos, formas genéricas e indeterminadas de ilicitud". Intervención en la -- Cámara de Diputados del Onorevole: Alfonso Tessauro, A.P. doc. - n. 469-A.

Esto se debe a que la Constitución no tipifica la alta traición en que puede incurrir el Presidente, ni los delitos de los ministros en el ejercicio de sus funciones, ni fijan las funciones correlativas, conforme a las máximas nullum crimen sine -- previa lege penale y nulla pena sine previa lege penale. Porque nos desviaría demasiado detenernos en estas cuestiones y abordar los profundísimos temas de la antijuridicidad y de la tipicidad penales, bástenos señalar que más que ausencia de tipo penal en la especie, no hallamos ante una necesidad de tipicidad genérica derivada de una antijuridicidad que reviste el mismo carácter.

Los actos en que pueden incurrir el Jefe de Estado y los -- miembros del Gobierno, atentatorios de la Constitución, son de una variedad y naturaleza tales, que difícilmente podría encuadrárselos en descripciones normativas limitativas y específicas. Se -- deja por ello a la Corte la delicada tarea en su carácter de -- guardián de la Constitución, de concretar la generidad del tipo -- penal amplio y de fijar la sanción correspondiente. Si el delito cometido está tipificado la Corte se atiene al tipo y a la pena -- prevista, pero si del acto no tipificado se deriva lesión de la Con -- titución, la Corte ejerce la amplia facultad jurisdiccional que -- le confiere esta Carta. Al respecto, el Art. 15 de la Ley -- Const. N. 1 de 1953 dispone:

"Per i reati di attentato alla Costituzione e di alto --
tradimento commessi dal Presidente della Repubblica la --
Corte costituzionale, nel pronunciare sentenza di ---

condanna, determina le sanzioni penali nei limiti del -- massimo di pena previsto dalle leggi vigenti al momento del fatto, nonché le sanzioni costituzionali, amminis--- trative e civili adeguate al fatto.

Le norme contenute nelle leggi penali relative alla -- sussistenza del reato, alla punibilità ed alla persegui- bilità sono applicabili nei giudizi di accusa nei con-- fronti del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei Ministri, ma la Corte può aumentare la pena fino ad un terzo anche oltre la misura stabilita, in caso di -- circostanze che rivelino l'eccezionale gravità del -- reato. La Corte può infliggere, altresì, le sanzioni - costituzionali e amministrative adeguate al fatto". (39)

LA ADMISIBILIDAD DEL REFERENDUM ABROGATORIO

La ley del 11 de Marzo de 1953, N. 1, prescribe en su artí-- culo 2° .:

(39) "Por los delitos de atentado a la Constitución y de alta - traición cometidos por el Presidente de la República la Cor--- te Constitucional, al pronunciar sentencia condenatoria, deter- mina las sanciones penales en el límite máximo de la pena pre- visto en las leyes vigentes al momento del hecho, así como las sanciones constitucionales, administrativas y civiles adecuados al hecho.

Las normas contenidas en las Leyes penales relativas - a la existencia del delito, a la punibilidad y a la imputabi- lidad son aplicables en los juicios de acusación, en las con-- frontaciones del Presidente del Consejo de Ministros y de los ministros, pero la Corte puede aumentar la pena hasta - en un tercio más allá de la medida establecida, en caso de cir- cunstancias que revelen la excepcional gravedad del delito.- La Corte puede establecer inclusive, las sanciones constitu- cionales y administrativas adecuadas al hecho".

"Spetta alla Corte Costituzionale giudicare se le richi--
este di referendum abrogativo presentate a norma ---
dell'art. 75 della Costituzione siano ammissibili ai -
sensi del secondo comma dell'articolo stesso". (40)

Al respecto es necesario señalar que en Italia existen dos -
clases de referéndum:

1. El referéndum aprobatorio de Leyes constitucionales y de
revisión de la Constitución; y
2. El referéndum abrogatorio de leyes o actos que tengan -
fuerza de ley.

El primero está previsto en el artículo 138 de la Constiutu-
ción y opera cuando, una vez aprobada la reforma o la ley consti-
tucional en un término de tres meses, lo demande una quinta parte
de los miembros de una de las Cámaras, 500 mil electores o cinco
Consejos regionales. (41)

El segundo, es decir el abrogatorio, está contemplado en el
Art. 75 Constitucional, del cual transcribimos los párrafos con-
ducentes:

(40) "Corresponde a la Corte Constitucional juzgar si las peti--
ciones de referéndum abrogatorio presentadas según el art. 75 de
la Constitución son admisibles, en el sentido del segundo párrafo
del propio artículo".

(41) Los Consejos regionales ejercen las funciones legislativas
y reglamentarias atribuidas por el art. 117 a las Regiones. (Art.
121 Constitucional).

"E indetto il referendum per deliberare la abrogazione, - totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali".

Non é ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali". (42)

De esta suerte, la competencia atribuida a la Corte por la Ley Constitucional N. 1, del 53, consiste en que este órgano debe constatar si la ley vigente, cuya abrogación se solicita, no es una ley tributaria, de amnistía, etc., caso en el cual el referéndum es admisible.

En caso contrario, la Corte, cuyas decisiones son inapelables, declara que el referéndum abrogatorio no procede, quedando firme la Ley.

Por supuesto, mediante el procedimiento legislativo constitucionalmente previsto, la Ley, a pesar de la decisión de la Corte puede ser modificada o substituida con otra, por el Parlamento.

Esto se debe a que la competencia de la Corte se limita a declarar la procedencia del referéndum siempre que la Ley que se pretende abrogar no esté comprendida en el elenco del párrafo segundo del art. 75 Constitucional. La Corte no puede resolver sobre

(42) "Esta prescrito el referéndum popular para deliberar la abrogación, total o parcial, de una ley o de un acto que tenga fuerza de ley, cuando lo demanden quinientos mil electores o cinco consejos regionales.

No se admite el referéndum para las leyes tributarias y de hacienda, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales".

la inmodificabilidad de la Ley en cuestión, pues de hacerlo, invadiría la esfera de competencia del Parlamento.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La competencia relativa al control de constitucionalidad de la Corte italiana está contenida en los dos primeros párrafos del Art. 134 de la Constitución del Estado.

Para efectos de exposición separaremos en tres partes las facultades de control de la Corte, en estos términos:

1. Facultades de control de constitucionalidad de las Leyes de la República;
2. Facultades de control de constitucionalidad de las Leyes de las Regiones; y
3. Facultades de control de constitucionalidad ante el conflicto de atribuciones de los órganos superiores del Estado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DE LA REPUBLICA

Las Leyes ordinarias y los actos del Poder ejecutivo que tienen fuerza de ley (decretos-ley), pueden dar lugar a una cuestión

de constitucionalidad (43), cuando su contenido contradiga las - normas de la Constitución de la República.

Desde luego puede distinguirse una cuestión de constitucio-- nalidad estrictamente formal, de una específicamente material.

Se plantea la primera cuando se trata de verificar si una - Ley ha emanado del Parlamento con apego al procedimiento legisla-- tivo previsto para su creación. La segunda en cambio, se desaho-- ga cuando la ley sometida a revisión presuntamente contradice a - la Constitución..

La Corte Constitucional italiana, es el órgano facultado pa-- ra realizar ambas formas de control de constitucionalidad de las leyes de la República.

Para hacerlo, sin embargo, tiene que ser recurrida por cual-- quiera de las personas jurídicas facultadas al efecto, toda vez - que la Corte no tiene atribuciones para revisar las leyes por de-- cisión propia.

En el caso del control de la constitucionalidad de Leyes de la República, la Corte es recurrida en vía de excepción.

(43) En la teoría Constitucional italiana se emplea frecuente-- mente la expresión "legittimità costituzionale di una legge", pa-- ra referirse a lo que en México se denomina "constitucionalidad - de una Ley".

La excepción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta de oficio, (44) por el juez ordinario, o bien por una de las partes, (45) en el curso de un juicio cualquiera, en el cual se aplique la ley recurrida.

"La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, - rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta manifestamente infondata, é rimessa alla Corte Costituzionale por la sua decisione". (46)

Cada una de estas posibilidades opera de la siguiente forma:

1. El juez, a quo, en el curso de un proceso, plantea la cuestión de constitucionalidad ante la Corte al percatarse de que una ley que debe aplicar está viciada de inconstitucionalidad. (Planteamiento d'ufficio). Es oportuno advertir que el juez

(44) El término "de oficio" tiene, en el Derecho público italiano, una connotación distinta a la del Derecho mexicano. No se trata, en la especie, de un recurso que en vía de excepción de inconstitucionalidad, de manera automática interponga el juez a quo por estar obligado a hacerlo. Se emplea el término para diferenciar la cuestión de constitucionalidad que plantea el juez por decisión propia (d'ufficio), de aquella que él mismo somete a la consideración de la Corte, a petición de alguna de las partes, las cuales no están facultadas para plantearla de manera directa.

(45) Una de esas partes puede ser el Ministerio Público.

(46) "La cuestión de constitucionalidad de una ley o de un acto que tenga fuerza de ley, de la República, planteada de oficio o por una de las partes en el curso de un juicio y no considerada por el juez manifestamente infundada, es remitida a la Corte Constitucional para su decisión". Art. 1º, L. Const. del 9 de Febrero de 1948, N. 1.

a quo no puede resolver sobre la constitucionalidad de una Ley, - pronunciándose en un sentido o en otro. Su facultad consiste exclusivamente en ejercer la excepción de inconstitucionalidad ante el único órgano competente para resolverla, es decir, la Corte. - Se observará claramente el carácter "concentrado" del procedimiento, esencialmente diverso al Sistema "disperso o difuso" norteamericano, en el cual el juez a quo sí determina si la Ley es o no constitucional. (47)

2. Una de las partes de la causa considera que una Ley aplicada al proceso es inconstitucional, motivo por el cual demanda al juez que plantee la cuestión ante la Corte para que ésta re-suelva. El juez examina la procedencia del recurso en cuanto a la forma y en cuanto a su relevancia para el juicio en curso.

Asimismo, la autoridad judicial debe determinar si la excepción de inconstitucionalidad no es manifiestamente infundada. - Verificadas estas condiciones, el juez desecha la excepción o turna la ordenanza de rinvio a la Corte.

Sea que la excepción la presente el juez d'ufficio o por instancia de alguna de las partes, en cualquier caso debe indicarse la o las normas viciadas de inconstitucionalidad y las disposiciones constitucionales violadas.

(47) Ver capítulo octavo, en el que se examina el sistema de control de Estados Unidos.

"Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale -- mediante apposita istanza indicando.

a) le disposizioni della legge o dell'atto avante forza di legge dello stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale;

b) le disposizioni della Costituzione o delle --- leggi costituzionali che si assumano violate.

.....

La questione di legittimità costituzionale può essere - sollevata d'ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a e b del -- primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente". (48)

Una vez que el juez de mérito ha determinado que se han cumplido los requisitos señalados en el Art. transcrito en sus partes conducentes, y ha confirmado que la resolución de la litis depende de la declaratoria de constitucionalidad de la Ley aplicable al caso sub iudice, remite la ordenanza di rinvio a la Corte y suspende el juicio en curso. (49)

(48) "En el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional una de las partes o el ministerio público pueden plantear la cuestión de constitucionalidad mediante instancia adcauda, indicando:

a) las disposiciones de la ley o del acto que reviste fuerza de ley del Estado o de una Región, viciadas de inconstitucionalidad;

b) las disposiciones de la Constitución o de leyes constitucionales que se suponen violadas.

.....

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada de oficio, por la autoridad jurisdiccional ante la cual se desahoga el juicio, con ordenanza que contenga las indicaciones previstas en las letras a y b del primer párrafo y las disposiciones relativas al párrafo precedente". Art. 23, L. Const. 11 de Marzo de 1953, Nr. 87.

Debe destacarse el hecho de que el particular no puede presentar en vía de acción una cuestión de constitucionalidad, además de la circunstancia de que la excepción que plantea, por medio del juez, por razones obvias, tiene que esperar el inicio de un juicio en el que sea parte. Esto adicionalmente a la relevancia de la ley atacada de inconstitucionalidad en función de la causa que se ventila.

Al decir de algunos tratadistas:

"Questa disposizione é stata dettata per evitare una pleora di azioni giudiziarie di incostituzionalità non fondate su concrete lesioni di pretese giuridiche riconosciute ai privati dalla costituzione, ma, per lo più, derivate da prevenzioni politiche astratte". (50)

Todas estas circunstancias han hecho pensar que en Italia, el control de constitucionalidad está estructurado nitidamente con base en elementos típicos del Sistema de control norteamericano: la revisión a posteriori de la conformidad de la ley con la Constitución; la vía de excepción en que se plantea; la instancia de parte; la obligación del recurrente de señalar las disposiciones inconstitucionales y las normas constitucionales violadas; y los efectos particulares de la sentencia.

(49) Art. 23, L. Const. del 11 de Marzo de 1953, Nr. 87, párrafo tercero..

(50) "Esta disposición se ha dictado para evitar una plétora de acciones judiciales de inconstitucionalidad no fundados en lesiones concretas de intereses jurídicos reconocidos a los particulares por la Constitución, sino muy frecuentemente, derivadas de prejuicios políticos abstractos". "La Costituzione italiana", Riccardo Monaco, 10a. Edizione, 1963, Giappichelli Editore, Torino, Italia.

Sin embargo, esta caracterización tajante del Sistema italiano no es exacta por las siguientes razones, principalmente:

1. Porque los efectos de la sentencia de la Corte que declara inconstitucional una ley son erga omnes. (Art. 136 Const.).

2. Porque existe una amplia sección de atribuciones de la Corte, en materia de control de constitucionalidad, que no corresponde al esquema descrito, por ejemplo en cuanto al carácter indirecto de la revisión de la ley.

Sobre este último aspecto, legalmente está prevista una acción de inconstitucionalidad que puede promover una Región, cuando una ley aprobada por el Parlamento invada su competencia legislativa. En este caso, la Región promueve directamente la acción de inconstitucionalidad ante la Corte en el término de 30 días contados a partir de la publicación de la Ley impugnada. Esto significa que la Región no tiene que esperar a que la Ley presuntamente inconstitucional se aplique a un caso concreto para poder atacarla en vía de excepción, previo juicio iniciado y en su carácter de parte agraviada. Basta la publicación de la Ley para que la Región pueda plantear su inconstitucionalidad. (51)

(51) Art. 2°. L. Const. 9 Febrero 1948, N. 1.

Resulta evidente la diferencia entre este sistema y el típicamente norteamericano en el cual el control se realiza de manera difusa. Ahora bien, es de notarse que la Corte no puede actuar - motu proprio, revisando la Ley de oficio una vez que es promulgada. Es indispensable que, en el caso que analizamos, la Región - promueva la acción de constitucionalidad, sin que sea requisito, - como ya señalamos, la aplicación de la Ley. El establecimiento de un término para la promoción de la acción resulta obviamente necesario dado el carácter a priori de la revisión de la Ley. - Fenecido este término, el ordenamiento ya no puede ser impugnado en un juicio principal de constitucionalidad, quedando a salvo la posibilidad de combatirlo en vía de excepción, previo proceso instaurado, reunidos los requisitos de Ley.

LEYES REGIONALES

También las leyes regionales pueden provocar el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad cuando contrasten con normas constitucionales o con leyes del Estado, o bien en el caso de que su expedición implique una extralimitación de la esfera de -- competencia de la Región.

En relación a estas leyes, procede la excepción de inconstitucionalidad de oficio, promovida por el juez a quo, o a petición de alguna de las partes del proceso. Al igual que en tratándose

de las leyes del Estado, el juez remite la cuestión de constitucionalidad a la Corte, salvo el caso de que, planteada por una de las partes, resulte manifiestamente infundada o irrelevante para el juicio en curso.

En esta materia es procedente también la vía de acción a favor del Gobierno de la República o de otra Región, a efecto de recurrir a la Corte directamente, iniciando un juicio principal de constitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad promovida por el Gobierno, en contra de una ley regional opera de la siguiente forma:

1. Existe un derecho de veto del Estado sobre las leyes regionales;

2. Las Leyes regionales deben ser sometidas a la aprobación del Gobierno del Estado, el cual tiene 30 días para ejercer su derecho de veto. (52)

3. El Gobierno puede objetar la Ley cuando ésta: a) excede la competencia de la Región; (53) b) contrasta con los intereses nacionales o de otras regiones;

(52) Art. 127 Constitucional.

(53) La competencia legislativa de las Regiones está determinada por los arts. 116 y 117. Hay una competencia genérica regional y una especial más amplia para ciertas Regiones establecida en estatutos particulares de cada una de ellas, p. ej., Sicilia y Sardegna.

4. En cualquiera de estos casos, el Gobierno no aprueba la Ley, expedida por el Consejo Regional; órgano al cuál se la remite para una segunda deliberación;

5. Si la Región aprueba nuevamente la Ley, por mayoría absoluta de votos, el Gobierno del Estado, en un plazo de 15 días - después de recibida la comunicación del Consejo Regional, puede - ejercer la acción de inconstitucionalidad ante la Corte.

5. La Ley atacada de inconstitucionalidad no puede ser promulgada, ni puede entrar en vigor hasta que la Corte se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Por lo que respecta a la acción que en vía de juicio principal de constitucionalidad puede promover una Región contra la Ley expedida por otra, al considerar que su competencia ha sido invadida, debe ejercerse en un término máximo de 60 días contados a partir de la publicación de la Ley que habrá de impugnarse. Se advertirá que tanto la acción que procede por vicio de inconstitucionalidad en contra de Leyes regionales, como la que puede ejercerse para controvertir Leyes del Estado están sujetas a término de caducidad, a efecto de garantizar un mínimo de estabilidad de las normas jurídicas, después de un lapso de su publicación. Reiteramos, la acción que puede promover el Estado o la Región no requiere que la Ley produzca efectos en un caso concreto. El partido

cular, en cambio, debe promover sólo en vía excepcional dentro -
del juicio principal en el que es parte.

La resolución de la Corte que declara inconstitucional la -
Ley o el acto con fuerza de Ley, provoca la cesación de la vigen-
cia de éstos a partir del día siguiente a la publicación de la -
sentencia del órgano de control.

Así lo determina el Art. 136 constitucional párrafo primero,
en virtud de que mientras no ha sido declarada la inconstituciona-
lidad de la Ley por la Corte (único órgano facultado para valo---
rarla en definitiva), la norma es obligatoria y surte efectos. -
El pronunciamiento de inconstitucionalidad, por ende, una vez for-
malmente publicado, quita eficacia a la Ley solamente ex nunc y -
no ex tunc.

Reiteramos por último que los efectos de la sentencia de la
Corte no consisten en la abrogación de la Ley, sino en su declara-
toria de inconstitucionalidad. Sin embargo, por ser su deci---
sión obligatoria e inapelable y tener alcances erga omnes, provo-
ca que el Parlamento o el Consejo Regional abroguen la Ley, emi---
tan otra no viciada de inconstitucionalidad, o bien que, tratándo-
se del órgano legislativo del Estado, se inicie un proceso de re-
visión constitucional dirigido a modificar las normas superiores
para hacerlas compatibles con la Ley impugnada.

CONFLICTOS DE ATRIBUCION

La Corte juzga sobre tres clases de conflictos de atribución:

- A) Conflictos de atribución entre los Poderes del Estado;
- B) Conflictos de atribución entre los Poderes del Estado y los de las Regiones;
- C) Conflictos de atribución entre las Regiones.

La resolución de estos conflictos es incuestionablemente materia de control de constitucionalidad, toda vez que la Corte se debe pronunciar sobre el respeto de las normas constitucionales que delimitan los ámbitos de competencia de los máximos poderes del Estado y de las Regiones que lo integran.

En virtud de que la Constitución no determina a cuáles órganos del Estado se refiere al atribuir a la Corte facultades para dirimir conflictos entre "i Poteri dello Stato", se llegó a plantear la posibilidad de que la competencia del órgano de control se extendiera al caso de controversias entre cualquier clase de autoridades del mismo Poder o de Poderes diversos.

En un sentido lato, tanto el conflicto entre dos órganos judiciales como el que pudiera surgir entre el Poder Ejecutivo y -

el Legislativo, serán "conflitti tra i poteri dello stato" (conflictos entre los Poderes del Estado). Esta interpretación tan amplia del concepto, conduciría a que la Corte conociera de toda clase de controversias al interior del gobierno lato sensu, la mayoría de las cuales tradicionalmente en Italia se vienen dilucidando por medio de la jurisdicción de apelación ordinaria (Corte di Cassazione).

La cuestión quedó resuelta por disposición de la Ley Constitucional del 11 de Mayo de 1953, N. 87, la cual prescribe que

"Il conflitto tra poteri dello Stato é risolto dalla Corte Costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengano e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinate per ivari poteri da norme costituzionali". (54)

Es decir que los conflictos de los que conoce la Corte deben surgir entre los órganos constituidos del Estado, quedando fuera de su competencia aquéllos que se produzcan al interior de cada Poder o entre órganos de distintos poderes sin capacidad para decidir definitivamente en la esfera de su competencia.

Más claros son los otros dos tipos de conflictos de atribución entre Poderes del Estado y las Regiones, y entre una Región y otra.

(54) "El conflicto entre poderes del Estado es resuelto por la Corte Constitucional si surge entre órganos competentes para declarar definitivamente la voluntad del poder al cual pertenecen y para la delimitación de la esfera de atribuciones determinadas para los diversos poderes por las normas constitucionales". Art. 37.

La invasión de competencias en estos casos pueden ser positiva y negativa, respectivamente cuando los poderes se consideran - simultáneamente competentes para actuar y emitir el acto impugnado, o para no emitirlo.

La Corte resuelve el conflicto declarando a cuál poder corresponde la atribución en disputa y llegado el caso, anula el acto - viciado de incompetencia.

Igualmente como en los casos precedentes de control de constitucionalidad de Leyes, tratándose de conflicto de Poderes el - particular sólo puede recurrir a la Corte en vía de excepción.

En cambio, el Estado y la Región pueden recurrir en vía de - acción, el primero por medio del Presidente del Consejo de Ministros y la segunda representada por el Presidente de la Junta Regional, previa deliberación de ésta. El recurso debe presentarse dentro de los 60 días posteriores a la notificación, a la publicación o al conocimiento del acto impugnado.

Por último, es de señalarse que en el recurso debe indicarse la forma como surge el conflicto de atribución, el acto que invade la competencia del órgano recurrente y las disposiciones constitucionales que se transgreden.

CAPITULO V

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ALEMANIA

- 1.- La Ley Fundamental de la Bundesrepublik Deutschland;
- 2.- Das Bundesverfassungsgericht (El Tribunal Federal - Constitucional); 2.1. Organización y Funcionamiento; - 2.2.- Competencia; 2.3.- Control de Constitucionalidad.

LA LEY FUNDAMENTAL DE LA BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

La Ley Fundamental alemana de 1949 está enmarcada por el período de dominación nacional-socialista que culminó con la derrota germana en la Segunda Guerra Mundial y por la altamente significativa reintegración de las "dos Alemanias" en un sólo Estado, - ocurrida en 1990.

Por ende, se puede sostener válidamente que la etapa que antecede a la promulgación de esta Ley, por una parte y la reciente consolidación del Estado alemán, por la otra, representan respectivamente la génesis y el telos de la Carta Fundamental de la -- Bundesrepublik Deutschland.

En efecto, el Estado alemán derrotado y dividido en 1945, hubo de darse a la tarea de reorganizarse constitucionalmente bajo circunstancias políticas, jurídicas, sociales y económicas nuevas, sin dejar de ser naturalmente, la misma Nación antes y después de la Guerra.

Siendo que, normalmente las Constituciones que surgen de una conflagración social son elaboradas por los factores reales de poder triunfantes, paradójicamente la Ley Fundamental de Bonn tuvo su origen en una derrota tan significativa que partió en dos, - mucho más que en un sentido físico, a la sólida y admirable Nación alemana (1).

Lo inaceptable y ficticio para los alemanes, de esta Spaltung (división), queda de manifiesto en el Preámbulo de la Ley, considerada desde su creación, provisional, hasta en tanto una Constitución definitiva, aprobada libremente por el pueblo alemán entre en vigor y la substituya. (2)

La Grundgesetz del 49, en efecto, fue elaborada "um dem -- staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue, Ordnung zu - geben". (3)

Esta declaración, interpretada en relación a la última parte del preámbulo y al artículo 146 de la Ley, explica nítidamente el telos de la Carta de Bonn.

(1) Es poco explicable que tan frecuentemente se pierda de vista el hecho de que Alemania es la única Nación del mundo que en todos los ámbitos del saber humano ha hecho importantes contribuciones a la cultura universal. En las artes, en las ciencias naturales y en las sociales, más de un alemán, en cada rama o disciplina, destaca tan claramente que de manera natural vienen a la mente los nombres de Goethe, Schiller, Beethoven, Mahler, Schopenhauer, Nietzsche, Einstein, Marx, Engels, Schmitt, Loewenstein, etc, etc., sin que sea necesario el menor esfuerzo de la memoria para evocarlos.

(2) Art. 146 de la Ley Fundamental alemana.

(3) "para dar a la vida del Estado, por un período transitorio, un nuevo ordenamiento". (Preámbulo de la Constitución de la República Federal Alemana de 1949).

Dice el párrafo final del preámbulo que el pueblo alemán es exhortado "in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden". (4)

El art. 146 (Schlußartikel), establece:

"Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist". (5)

Cuesta trabajo pensar en un Estatuto Fundamental que estuvo vigente durante 41 años con carácter "provisional". Resulta difícil admitir que una Constitución pretenda organizar la vida de un Estado, partiendo del supuesto de que éste ha perdido su libertad. Parece inconcebible en fin, que una Ley Suprema sea "válida", aunque sea provisionalmente, a pesar del hecho de no haber sido el pueblo -el alemán en este caso-, el que por libre autodeterminación la creó. En estas condiciones nació el nuevo Derecho alemán.

"Des weiteren ist es gerade unter dem Gesichtspunkt, was mit Deutschland in staatlicher Hinsicht geschieht, sehr wichtig, ob es sich dabei nur um eine Neuorganisation, eines an sich noch existenten deutschen Staates oder aber um die Kreation eines völlig neuen Staatsgebildes handelt". (6)

(4) "a completar la unidad y la libertad de Alemania mediante libre autodeterminación".

(5) "Esta Ley Fundamental perderá su validez el día en que entre en vigor una Constitución, la cual sea votada por el pueblo alemán, mediante libre decisión".

(6) "Por lo demás es ahora una cuestión opinable muy importante, lo que ocurre con Alemania, en un sentido estatal, si se trata sólo de una nueva organización, de una transformación de un Estado alemán todavía existente, o bien de la creación de una forma estatal enteramente nueva". Klein Friedrich, Neues Deutsches Verfassungsrecht, Hirschgrabenverlag, Frankfurt am Main 1949, pag. 26.

Toda esta complejidad se derivó de la anulación de los principios básicos del constitucionalismo moderno contenidos en las Teorías de la soberanía popular, del Poder Constituyente y de la representación política, y de la inobservancia de las reglas esenciales a todo Estado de Derecho relativas a la validez formal y material de las normas jurídicas, empezando por la propia Constitución.

Sin embargo, exactamente en esos términos "surgieron" las "dos Alemanias" y específicamente fue promulgada la Constitución de la Bundesrepublik Deutschland.

Circunstancias jurídicas y políticas tan irregulares, fundadoras de la Grundgesetz de Bonn, no se explican a la luz de la Teoría ni de los principios constitucionales, sino simplemente en función de la lucha por el Poder. Pero en ningún caso se justifican. No fue al Estado hitleriano al que sancionó la "triunfante democracia occidental", personificada por los aliados, dividiéndolo en dos. Fue a la Nación alemana culturalmente en muchísimos aspectos profundamente superior al Estado líder de esos aliados, a la que se le obligó a adoptar un nuevo "orden constitucional" y a la que se le pretendió imponer un modo de ser político y jurídico, determinado desde el exterior y no necesariamente coincidente con su voluntad.

Sólo si se tiene en cuenta lo anterior, adquiere sentido el preámbulo y el SchlusBartikel de la Ley de Bonn.

En este contexto debe entenderse la relevancia de la --
Wiedervereinigungsdeutschlands (reunificación de Alemania), ocu-
rrida en 1990.

Consolidado el Estado Alemán, surgió la cuestión de si la -
Ley Fundamental debería ser substituida por otra. Desde luego, -
resultaba claro que al menos serían necesarias diversas modifica-
ciones constitucionales, en caso de optar por la conservación de -
la Ley de Bonn.

Sobre la base de que la Constitución del 49 es considerada -
como la mejor que ha tenido Alemania; de que sus prescripciones -
en gran medida se han traducido en realidades sociales; de que -
bajo su vigencia el Estado alemán no ha sufrido serias crisis --
constitucionales; y de que esta Ley como ninguna otra, ha penetra-
do en la conciencia del pueblo y ha sido aceptada por él, una co-
misión conjunta del Bundestag y del Bundesrat, se avocó al estu-
dio y a la formulación de las reformas a la Ley suprema, que des-
de el 3 de Octubre de 1990 rige la vida de todos los alemanes.

Los principios fundamentales de la Constitución alemana son
los siguientes:

- A) Derechos del Hombre
- B) Forma de gobierno democrática parlamentaria

- C) Sistema federal
- D) Estado social
- E) Estado de Derecho
- F) Protección de la Constitución por un Tribunal Constitucional.

Ciñéndonos a los propósitos de este trabajo, nos limitaremos a examinar brevemente los órganos constituidos del Estado alemán y detenidamente el Tribunal Constitucional.

Al hacerlo nos referimos tangencialmente al resto de las decisiones fundamentales de la Constitución alemana.

INSTITUCIONES POLITICAS DEL ESTADO ALEMAN

Los órganos federales alemanes son;

1. Der Bundespräsident
(El Presidente de la Federación);
2. Die Bundesregierung
(El Gobierno Federal);
3. Der Bundestag
(La Cámara de Representantes Federal);
4. Der Bundesrat
(La Cámara de Representantes de los Länder o Consejo Federal);

5. Die Oberste Gerichtshöfe
(Las Altas Cortes Federales);
6. Das Bundesverfassungsgericht
(El Tribunal Constitucional Federal).

Der Bundespräsident

El Jefe de Estado alemán es el Presidente de la Federación, el cual es electo por la Asamblea Federal (Bundesversammlung) (7) sin discusión por mayoría de votos y dura en su cargo cinco años siendo reelegible para un período inmediato por una sola vez.

El Bundespräsident representa a la República Alemana ante los sujetos de derecho internacional; concluye tratados internacionales; recibe y acredita embajadores; y conduce la política exterior.

En el plano interno participa en la función legislativa solamente en cuanto a la firma y promulgación de Leyes federales; en la de gobierno por lo que respecta a la propuesta del Canciller o Jefe de Gobierno (Bundeskanzler), que es aprobada por el parlamen

(7) La Bundesversammlung es un órgano constitucional que se compone de los miembros del Bundes*ag y de un número igual de miembros electos por las representaciones populares de los Länder según los principios del sistema electoral proporcional (Art. 54, 3 Const. alemana). Esta Bundesversammlung es un órgano que sólo se reúne para este propósito.

to, así como en la designación y revocación de los ministros, propuestos por el Canciller; en la función judicial, al estar facultado para nombrar y remover a los jueces federales. Tiene igualmente la facultad de indulto y de disolución del parlamento a petición del Canciller.

El Presidente personifica la unidad de la comunidad política. Para tal efecto está colocado más allá de cualquier vinculación con intereses o partidos políticos específicos. Se le identifica con el Estado y con el orden constitucional. Actúa en determinadas ocasiones como un poder neutral y como un factor de equilibrio en la lucha política cotidiana por el Poder.

Para estar en condiciones de cumplir con una función de esta naturaleza, el Presidente no puede formar parte del Gobierno ni de ninguna asamblea legislativa, ni ejercer ninguna profesión ni actividad remunerativa ni lucrativa.

Si bien es cierto que el Presidente posee importantes atribuciones constitucionales y está investido de un prestigio nacional derivado de su calidad de representante de la unidad del Estado alemán, no lo es menos que se trata de un Presidente debilitado o disminuido si se le compara con el de la Constitución de Weimar o con sus homónimos francés y norteamericano.

"Die Stellung des Bundespräsidenten ist im Verhältnis zu anderen Verfassungen schwach. Vorschläge auf Einführung eines -Präsidialsystems- nach dem Muster der nordamerikanischen und Schweizer Verfassung wurden abgelehnt. Der Bundespräsident ist aber auch erheblich schwächer als der Reichspräsident der Weimarer Verfassung. Vor allem fehlt ihm das Notverordnungsrecht, das dem Reichspräsidenten nach Art. 48 der Weimarer Verfassung zustand. Ihm steht weiter das Recht der Parlamentsauflösung nur im beschränkten Maße zu; seine Stellung gegenüber Kanzler und Bundesregierung ist erheblich geschwächt". (8)

Die Bundesregierung

El Gobierno federal se compone del Canciller y de los ministros federales.

"(1) Der Bundeskanzler wird auf Vorschlag des Bundespräsidenten vom Bundestage ohne Aussprache gewählt.

(2) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt. Der Gewählte ist vom Bundespräsidenten zu ernennen". (9)

(8) "La Situación del Presidente de la Federación es en relación a otras constituciones débil. Propuestas sobre la introducción de un sistema presidencial según el ejemplo de las Cartas suiza y norteamericana fueron rechazadas. Sin embargo, el Presidente es también notoriamente más débil que el Presidente del Reich de la Constitución weimariana. Sobre todo le faltan las facultades extraordinarias en materia legislativa que competían al Presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución weimariana. Además al Presidente de la federación compete en una medida limitada el derecho de disolución del Parlamento; su situación frente al Canciller y al Gobierno es claramente débil". Hamann Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, - Luchterland 3. Auflage, Berlin 1970, pag. 486.

(9) (i) El Canciller federal es electo sin discusión por el Bundestag a propuesta del Presidente federal".

"(1) Die Bundesminister werden auf Vorschlag des Bundeskanzlers vom Bundespräsidenten ernannt und entlassen". (10)

Dentro del Gabinete, así conformado, el Canciller ocupa una posición independiente y sobresaliente. El dirige las sesiones del Gabinete; a él compete el derecho de "formar gobierno" (Recht zur Kabinettsbildung) y el de revocación de nombramiento de ministros (Entlassung der Minister), con aprobación del Presidente.

El Bundeskanzler fija el número y las áreas de competencia 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.

Este tipo de "parlamentarismo controlado" (11), también conocido como "Kanzlerdemokratie" ("democracia del Canciller"), fue la forma de gobierno adoptada por la Ley de Bonn para evitar la inestabilidad y los riesgos políticos inherentes a ella, del sistema prescrito en la Constitución de Weimar.

2) Es electo quien reúne para sí la mayoría absoluta de votos de los miembros del Bundestag. El electo debe ser nominado por el Presidente federal". (Art. 63 Const. alemana).

(10) (1) Los ministros federales son nombrados y revocados por el Presidente a propuesta del Canciller". (Art. 64 Const. alemana).

(11) Cfr. K. Loewenstein, "Verfassungslehre". El célebre tratadista alemán denomina "kontrollierter Parlamentarismus", a la forma de gobierno de su país.

En efecto, la responsabilidad política del canciller ante el parlamento se expresa mediante la figura del "Konstruktives Mißtrauensvotum" (voto de censura constructivo), consistente en - que al mismo tiempo en que el parlamento emite su voto de desconfianza debe reunir la mayoría de votos necesaria para seleccionar al sucesor. Esto ocasiona que prácticamente durante los cuatro - años en que funciona cada legislatura del Bundestag, el canciller dure en su cargo sin ser removido.

"Diese beneidenswerte Stabilität der Regierung, die sich besonders vorteilhaft von Weimar oder Frankreich unterscheidet, ist dadurch erreicht worden, daß man das Recht der Regierung zur Auflösung des Bundestages und umgekehrt die Möglichkeit zum Sturze der Regierung durch den Bundestag im Wege des Mißtrauensvotums stärkstens beschnitten hat. Das präsidentielle Auflösungsrecht des Artikels 25 der Weimarer Verfassung ist weggefallen weil es als unvereinbar mit den rein zeremoniellen oder symbolischen Aufgaben des Bundespräsidenten galt. Nach dem Bonner Grundgesetz ist eine Auflösung des Bundestages praktisch unmöglich. In gleicher Weise ist die Kontrolle des Parlaments über die Regierung durch Mißtrauensvotum eingeschränkt. Der Bundeskanzler kann vom Bundestag nur gestürzt werden (Artikel 67), wenn das Parlament gleichzeitig seinen Nachfolger wählt (das sog. -konstruktive-Mißtrauensvotum). Dieser Fall kann jedoch nur eintreten, wenn eine der Parteien der Regierungskoalition sich zu der Opposition verwandelt". (12)

(12) "Esta envidiable estabilidad del gobierno que se diferencia muy ventajosamente de Weimar o de Francia se ha alcanzado, habiendo cercenado fuertemente el derecho del gobierno de disolver al Parlamento y viceversa, la posibilidad del Bundestag de hacer caer al gobierno mediante un voto de censura. El derecho presidencial de disolución del parlamento del artículo 25 de la Constitución weimariana ha sido suprimido, porque fue considerado incompatible con las funciones puramente ceremoniales o simbólicas del Bundespräsident. De acuerdo a la Ley Fundamental de Bonn, una disolución del Parlamento es prácticamente imposible. De igual manera, el control del Parlamento sobre el Gobierno por medio del voto de desconfianza, está limitado. El Canciller puede ser removido por el Bundestag sólo cuando el Parlamento al mismo tiempo elija a su sucesor (el llamado voto de desconfianza 'constructivo'). Este caso puede sobrevenir, sin embargo, sólo cuando uno de los partidos de la coalición del Gobierno se une a la oposición". K. Loewenstein Verfassungslehre H. Laupp Tübingen, Deutschland, 1958, pag. 92.

Efectivamente, al voto de desconfianza constructivo, corresponde un derecho de disolución del parlamento a favor del gobierno de muy difícil aplicación, en virtud de que la propuesta de Auflösung (disolución) que hace el Canciller al Presidente, una vez que se ha planteado el conflicto entre poderes, se extingue tan pronto el Parlamento por mayoría absoluta ha elegido un nuevo Bundeskanzler.

"(1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt". (13)

La reestructuración de estas dos instituciones básicas del parlamentarismo (voto de censura y derecho de disolución) en la Ley fundamental de Bonn se introdujo con el objeto de renunciar conscientemente a las disposiciones relativas de la Constitución de Weimar. Se trató de evitar que grupos parlamentarios de oposición, sin ningún programa común alternativo de gobierno y con el único propósito de rechazar al gobierno, pudieran hacerlo caer.

(13) "1) Si una petición del Canciller de un voto de confianza ante el parlamento no logra la aprobación de la mayoría de sus miembros, puede el Presidente a propuesta del Bundeskanzler disolverlo dentro de 21 días. El derecho de disolución se extingue tan pronto elija el parlamento, por mayoría absoluta de sus miembros, otro canciller". Art. 68 Const. alemana.

Hasta antes de la reunificación de Alemania sólo dos veces se puso en práctica el MiBtrauensvotum, teniendo éxito en una de ellas. En 1982 fue electo Bundeskanzler Helmut Kohl, tras el voto de censura emitido en contra de Helmut Schmidt. Es necesario señalar que la Constitución alemana no prevé voto de censura contra los otros ministros miembros del gobierno.

Por último es de señalarse que uno de los ministros es designado por el Canciller como su substituto; que el cargo de todos los miembros del gobierno comprendido el Bundeskanzler, cesa cuando se reúne un nuevo parlamento y que el de los Bundesminister, termina igualmente en el caso de que el jefe de gobierno haya sido separado de sus funciones.

Der Bundestag

El Bundestag (Cámara de representantes) es la representación popular de la República Federal alemana. Sus miembros son electos por voto popular directo cada cuatro años tanto mediante el sistema de elección uninominal como plurinominal(14). Una legislatura termina al cabo de cuatro años de su instalación o bien, eventualmente como consecuencia de su disolución por el Presidente en los términos del art. 68 de la Constitución.

(14) 518 diputados integran el Bundestag, de los cuales 259 se eligen mediante el primer sistema y 259 por medio del segundo. Art. 1º. de la Bundeswahlgesetz (Ley Federal Electoral).

El Bundestag alemán cumple las dos funciones esenciales del Poder legislativo en un sistema parlamentario, a saber: la función legislativa (compartida en este caso con el Bundesrat) y la de conformación y control del gobierno.

En cuanto a lo primero, la Constitución Federal establece materias de legislación exclusiva, competencia del Bundestag y materias de legislación concurrente entre él y los Länder. (15)

Las Leyes se discuten primero en este órgano y después en el Bundesrat, a pesar de que éste último 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 éste órgano, será turnada para su aprobación de nuevo al Bundesrat. Si el proyecto proviene del Bundesrat (16), deberá analizarse y aprobarse también inicialmente en el Bundestag. Si los miembros de éste último son los que elaboran la iniciativa, ésta será discutida en su propio órgano para pasar después al Bundesrat.

Por lo que respecta a las funciones de control del gobierno, ejercidas por el Parlamento son de mencionarse las siguientes:

(15) Arts. 71, 72, 73 y 74 constitucionales.

(16) En Alemania el derecho de iniciativa compete al gobierno, a los miembros del Bundestag y a los del Bundesrat, tratándose de leyes federales.

A) Designación del Bundeskanzler a propuesta del Presidente.

B) Voto de censura en los términos del art. 67.

C) Facultad de citar a los miembros del gobierno ante el pleno o ante comisiones, (17) sin que exista responsabilidad política de aquéllos frente al Parlamento.

D) Facultad de designar comisiones de investigación de funcionarios y asuntos públicos.

E) Derecho de nombrar comisiones para la vigilancia de asuntos exteriores, de defensa del territorio del Estado y de los derechos humanos.

Por último es necesario mencionar, aunque sea de paso, que el funcionamiento del Bundestag en la práctica, depende desde luego, de la composición de fuerzas electorales que lo integran en un momento específico, así como de las alianzas y coaliciones que periódicamente puedan concretarse entre los distintos partidos políticos presentes en una legislatura determinada.

Der Bundesrat

En este cuerpo colegiado están representados los 16 Länder (18) que integran la federación alemana. Al contrario de la se-

(17) Esta facultad equivale a la del Congreso Federal mexicano, - también en cuanto a sus efectos más bien políticos que jurídicos (Art. 93 de la Const. mexicana).

(18) Alemania está constituida como un Estado Federal, cada una - de cuyas partes integrantes se denomina Land. Los Länder tienen

gunda cámara norteamericana o mexicana, los miembros del Bundesrat no son de elección popular, sino son integrantes de los gobiernos de los Länder o representantes designados por éstos. Dependiendo de la población de cada Land, se envían al Bundesrat 3, 4, 5, ó 6 representantes, lo cual constituye también una diferencia con los Senados del continente americano.

El Bundesrat comparte con el Bundestag la función legislativa federal. A pesar de esta circunstancia, los miembros del Bundesrat no son precisamente parlamentarios. 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 substituir a los miembros que ha enviado al Bundesrat.

También al Bundesrat compete la facultad de control del gobierno mediante la convocatoria a comisiones a los miembros del gobierno.

Una de las facultades más importantes de este órgano consiste en que en determinados casos puede tanto bloquear en definitiva

un gobierno propio, en sentido lato (3 poderes) y participan en las decisiones federales mediante su presencia en el Bundesrat. Los Länder tienen además autonomía legislativa en todo lo no expresamente reservado para Das Bund (La Federación), autonomía administrativa, hacendaria y financiera. Algunos de ellos tienen órganos de control de constitucionalidad internos (Landesverfassungsgesichtshöfe).

va ciertas leyes federales aprobadas por el Bundestag, (19) como expedir otras, sin requerir del asentimiento del órgano de representación popular. (20)

Por último son de señalarse como parte de su competencia, la ratificación de tratados internacionales, la acusación del Presidente y, como se verá más adelante, la participación que le corresponde en la designación de los jueces del Tribunal Constitucional.

Die Oberste Gerichtshöfe

El art. 92 de la Constitución establece que:

"Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt". (21)

(19) De esta clase de leyes denominadas Zustimmungsgesetze, tratan los art. 73 Nr. 8, 74 y 98. Para su expedición se requiere forzosamente el consentimiento (Zustimmung) del Bundesrat.

(20) Esto ocurre cuando en términos del art. 68 se produce una crisis parlamentaria, que el Bundestag no es capaz de superar. Esta situación permite al canciller pasar una Ley con la sola aprobación del Bundesrat.

(21) "El poder jurisdiccional se confía a los jueces; el será ejercido por medio del Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales previstos en esta Ley Fundamental y por los Tribunales de los Länder".

A pesar de que la Constitución se refiere en el mismo apartado al Tribunal Constitucional y a los demás Tribunales Federales, en Alemania existe una clara distinción entre la Justicia Constitucional y la Justicia ordinaria. Es decir, están claramente diferenciadas las funciones de control de constitucionalidad y de control de legalidad, la cual es parte de la jurisdicción ordinaria.

La primera de ellas, objeto central de nuestro estudio corresponde de manera exclusiva al Bundesverfassungsgericht. La segunda, a los altos tribunales federales, cuya competencia está distribuida por materias.

De esta suerte existen las siguientes cortes federales en Alemania:

1.- Der Bundesgerichtshof (Corte Federal), dividida en 9 salas civiles y 5 penales.

2.- Das Bundesverwaltungsgericht, competente en materia administrativa.

3.- Der Bundesfinanzhof.

4.- Das Bundesarbeitsgericht, de jurisdicción laboral.

5.- Das Bundessozialgericht.

La Constitución contempla la creación de otros altos tribunales federales para cuestiones relativas a la propiedad industrial o a la Justicia penal militar.

DAS BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

El Tribunal Constitucional Federal alemán es tal vez la institución más importante del Estado. Tiene su razón de ser esencial en la expresión de voluntad que estructura políticamente al Estado como un Rechtsstaat (Estado de derecho). Siendo Das Grundgesetz (Ley Fundamental), un conjunto de normas superiores, constituye la base jurídica vinculante de la vida política y social. Todos los órganos del Estado, federales y locales, así como sus titulares están sometidos a ella. Cada uno de los actos de estos órganos debe respetar sus términos y no contradecirla.

El estado de constitucionalidad, que no es sino la conformidad permanente de los actos de los poderes públicos con las prescripciones de la Ley Fundamental, es el objetivo esencial del Rechtsstaat.

La Constitución alemana de 1949, establece una jurisdicción especial y exclusiva, para los casos en que ese estado de constitucionalidad se ve amenazado por el ejercicio anticonstitucional

del poder político. Esa jurisdicción constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit), compete al Bundesverfassungsgericht. Este órgano, sito en Karlsruhe tiene como misión fundamental la vigilancia del respeto y de la observancia de la Constitución.

Este Tribunal representa el medio más importante para lograr der Schutz der Verfassung (la defensa de la Constitución).

El concepto de protección o defensa de la Ley fundamental, - ampliamente explorado y desarrollado en la teoría constitucional alemana, tiene una clara aplicación en la Grundgesetz de Bonn.

La protección de la Constitución puede intentarse a través - de diversos medios jurídico-políticos. En 1928 escribía C. -- Schmitt:

"Die strafrechtlichen Bestimmungen über den Hochverrat - haben im Wesentlichen den Schutz der Verfassung zum -- Gegenstand". (22)

El Control entre los propios órganos constituidos del Estado, investidos de facultades limitadas conforme al principio general de distribución de competencias, es otro mecanismo de defensa de

(22) "Las disposiciones penales sobre la alta traición tienen como finalidad esencialmente la protección de la Constitución". - C. Schmitt, Verfassungslehre, Duncker u. Humblot, Berlin, 1928, - pág. 145.

la constitución, cuyo objetivo básico radica en evitar la concentración del poder político en un sólo detentador que lo ejerce ilimitadamente.

"Die Kontrolltechniken sind in struktureller Hinsicht - von zweierlei Art. Wenn die Kontrolleinrichtungen --- innerhalb der Organisation des einzelnen Machträgers - wirksam werden, werden sie hier als Intra-Organ-Kontrollen bezeichnet. Wenn sie jedoch zwischen den mehreren, im Staatsbetrieb zusammenwirkenden Machträgern funktionieren, werden sie als Interorgankontrollen angesprochen". (23)

Otra forma de protección de la Constitución la proporciona el denominado principio de rigidez constitucional, que como se sabe, consiste en establecer un procedimiento de reforma a la Ley fundamental más complicado que el que se emplea para modificar las leyes ordinarias, o bien en prohibir cambios a determinados preceptos de la constitución (24).

(23) "Las técnicas de control son desde el punto de vista estructural, de dos tipos. Cuando las instituciones de control tienen efecto dentro de la organización de un solo detentador del poder, son designadas aquí como controles intra-órganos. Cuando en cambio, funcionan entre los diversos detentadores del poder que actúan conjuntamente en la gestión estatal son llamados controles inter-órganos". K. Loewenstein op. cit. pág. 167.

(24) El artículo 79 de la Grundgesetz Deutschlands prescribe una votación de dos tercios de los miembros tanto del Bundestag, como del Bundesrat, para aprobar una ley que reforme la Constitución y prohíbe además, que la modificación se refiera a la forma de gobierno, a los derechos fundamentales, o que anule los derechos de los Länder.

"Wichtige Vorkehrungen zum Schutze der Verfassung sind - die oben behandelten Erschwerungen der Verfassungsänderung und die verfassungsrechtlichen Unantastbarkeiten. - Sie haben den Sinn, Verfassung und Verfassungssubstanz gegen Verfassungsvernichtung, Verfassungsbeseitigung und Verfassungsdurchbrechung zu schützen. Diese Vorkehrungen wirken vor allem gegen die,, VerfassungsmiBachtung von - oben', also gegen Angriffe, die Staatsorgane selbst -- gegen die Verfassung führen. In die Geschichte sind -- solche Verfassungsbrüche als Staatsstreiche eingegan---gen". (25)

Pueden agregarse a esta relación de medios de defensa de la Constitución, el principio mismo de división de poderes, los procedimientos de creación de leyes y de emisión de actos de autoridad en general, que requieren del ejercicio de facultades de más de un Poder constituído; los mecanismos institucionalmente previstos para hacer frente a estados de excepción o de necesidad; e - inclusive, la publicidad de los actos de las autoridades del -- Estado.

(25) "Importantes disposiciones para proteger la Constitución son tanto el procedimiento rígido de reforma constitucional, como la intangibilidad de ciertas prescripciones constitucionales, referidos arriba. Tienen el sentido de proteger a la Constitución y a la esencia constitucional contra su destrucción, su supresión o - la ruptura del orden constitucional. Estas disposiciones tienen - efecto sobre todo contra el 'desprecio por la Constitución desde arriba', también contra ataques que los propios órganos estatales dirijan contra la Constitución. En la historia, estas violaciones constitucionales se conocen como Golpes de Estado." Stern - Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, - C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977.

La característica común a todas estas instituciones de protección de la Constitución es que preservan la constitucionalidad contra determinados actos de los poderes públicos y no logran, ni aisladamente, ni en su conjunto, asegurar el Estado constitucional de Derecho, ante cualquier caso que ponga en peligro su vigencia.

Por lo que respecta concretamente a Alemania, la introducción normativa en un texto constitucional de un medio de control de constitucionalidad específicamente, es relativamente novedosa.

La Constitución del Reich de 1871 no contenía ningún mecanismo de control de constitucionalidad. Algunas Leyes fundamentales de los Länder, plantean instituciones como la Verfassungsbeschwerde (reclamación o queja constitucional), la Carta fundamental de Weimar - de 1919 estructuraba un método jurisdiccional de control (Verfassungsgerichtsbarkeit) limitado y sobre todo orientado más bien a la defensa del Estado (26) que a la de la Constitución.

La Constitución de Bonn, en cambio, estructura un medio de control jurisdiccional que procura tanto un cambio de tendencia, como una mayor amplitud de sus alcances.

(26) El órgano de control de Weimar se denominaba Staatsgerichtshof (Corte del Estado).

"Im Gegensatz zu früheren Verfassungen hat das Grundgesetz die Verfassungsgerichtsbarkeit stark ausgebaut"(27)

El Bundesverfassungsgericht es definido como un

" allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes". (28)

Este tribunal en más de un sentido superior al Staatsgerichtshof de Weimar decide en un proceso judicial sobre los Verfassungstreitigkeiten (conflictos constitucionales). Debido a que su función genérica consiste en interpretar la Constitución y preservar su observancia, el tribunal tiene el derecho y el deber de verificar, en los términos de Ley, que los actos de autoridad federales y locales, no vulneren las normas supremas del Estado.

Antes de iniciar su estudio particular en cuanto a organización, funcionamiento y competencia, conviene señalar que en tanto órgano de poder autónomo, el Tribunal adquiere un carácter político al ejercer su misión de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, a pesar de que su composición y -

(27) "En contraste con Constituciones anteriores, la Constitución (de Bonn) ha ampliado considerablemente el control jurisdiccional de la constitucionalidad". (Hamann Andreas, op. cit. pág. 600.

(28) "Tribunal federal independiente y autónomo frente a todos - los demás órganos constitucionales". Art. 1°. 1) Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Ley del Tribunal Constitucional federal).

los procedimientos que norman su funcionamiento, sean de naturaleza jurisdiccional. Esto no debe sorprender a nadie. La substancia de todo conflicto constitucional es necesariamente política, como político tendrá que ser el carácter de la decisión que lo resuelva, aunque esté revestida de formas típicamente judiciales. Sin embargo, estas circunstancias no equivalen a que el contenido de la decisión sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad o las motivaciones y los criterios de la resolución misma no estén fundamentados en la ley. Lo único que significa es que cualquiera que sea el órgano que ejerza la función de control, necesariamente al hacerlo y colocarse frente, o hasta en contra de otro órgano del Estado cuyos actos habrá de controlar y eventualmente anular, aquél asume forzosamente una posición política que puede entenderse en estos términos:

1. El Poder que controla y salvaguarda la vigencia de la Constitución representa la fuerza de la constitucionalidad.

2. El Poder que es controlado y que vulnera la constitución, en cambio, representa la fuerza de la anticonstitucionalidad.

El Poder que controla no entra en conflicto con el que es controlado, sino se sitúa ante él, en un plano de autonomía, indispensable para estar en condiciones de dilucidar la controversia de fondo, en la que son partes dos órganos del Estado, federales y/o locales, o bien un órgano constituido y un particular, sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad.

De esta suerte, es claro que, cualquiera que sea el sistema de control de constitucionalidad que se elija, el órgano facultado para cumplir la misión de control, realiza una función, por su propia naturaleza, eminentemente política.

ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO

El Bundesverfassungsgericht se compone de un total de - 16 jueces, distribuidos en dos senados (29) con ocho jueces cada uno.

Los jueces deben tener cuarenta años cumplidos y declarar - por escrito que es su voluntad pertenecer al Tribunal, con lo - cual quedan impedidos de pertenecer al Bundestag, al Bundesrat, - al gobierno y a los órganos correspondientes de los Länder. Tam- poco son compatibles con el cargo de juez, otras ocupaciones pro- fesionales ni académicas, comprendidas las docentes. (Art. 3°. - Abs. 3) y 4) de la Ley del Tribunal).

Los miembros del Tribunal duran en su cargo 12 años, o menos si cumplen la edad límite (Altergrenze) de 68, no siendo admisi--

(29) En alemán el término Senat tiene además de la connotación - común y conocida equivalente a Senado, la de Gericht, es decir, - Corte, por ejemplo, Strafsenate (cortes penales), o Zivilsenate.

ble ni una inmediata, ni una mediata reelección (anschließende oder spätere Wiederwahl). Al terminar su período, el juez sigue en el cargo hasta en tanto se elija a su sucesor. Tres de los jueces de cada senado por lo menos deben ser elejidos del número de magistrados que componen las altas cortes federales (30), que además hayan formado parte de ellas durante un mínimo de tres años (Art. 2°. , Abs. 2) de la Ley del Tribunal).

Los miembros de cada Senado son elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat.

El proceso de elección es indirecto y bastante complejo. Describiremos aquí sus rasgos generales.

"Die Richter jedes Senats werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt. Von den aus der Zahl der Richter an den obersten Gerichtshöfen des Bundes zu berufenden Richtern werden einer von dem einen, zwei von dem anderen Wahlorgan, von den übrigen Richtern drei von dem einen, zwei von dem anderen Wahlorgan in die Senate gewählt". (31)

(30) Sobre las cortes federales véase supra 239.

(31) "Los jueces de cada Senado son electos por mitad por el Bundestag y por el Bundesrat. De los jueces convocados a la magistratura del Tribunal surgidos del número de jueces pertenecientes a las altas Cortes federales serán elegidos uno por el primer órgano y dos por el otro; de los jueces restantes, lo serán tres por el primer órgano de elección y dos por el otro". (Art. 6 Abs. 1) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

La elección que corresponde hacer al Bundestag se efectúa mediante el siguiente método:

A) El Bundestag elige a 12 de sus miembros en calidad de electores, según las reglas de la representación proporcional.

B) Cada fracción parlamentaria hace una propuesta para la conformación de la junta de electores (Wahlmännerausschuß). (Art. 6 Abs. 1) y 2) de la Ley del Tribunal).

C) Una vez estructurada ésta se procede a la elección de jueces de dos clases de listas que envía tanto al Bundestag como al Bundesrat, el ministro federal de la justicia (Bundesminister der Justiz).

D) Una de estas listas está compuesta por todos los jueces federales que reúnen los requisitos para ser miembros del Tribunal constitucional. La otra, por las personas que igualmente los cumplen y que son propuestas para jueces constitucionales por una fracción del propio Bundestag, por el Gobierno federal o por un gobierno local (Landesregierung).

E) Es electo juez aquel candidato que logra por lo menos 8 votos de la junta electoral del Bundestag.

Por lo que respecta a los jueces constitucionales electos - por el Bundesrat, obtendrán la nominación las personas elegibles que consigan dos tercios de los votos de los miembros de este órgano.

Cuando excepcionalmente ni el Bundestag ni el Bundesrat -- eligen a ningún juez para cubrir una vacante del Tribunal, éste - puede hacer la propuesta a los órganos de elección (Wahlorgane).

Esos Wahlorgane eligen también al Presidente y al vicepresidente del Bundesverfassungsgericht debiendo recaer estas responsabilidades en un miembro de cada Senado.

En todos los casos el Bundespräsident . hace la declaratoria de los electos y pronuncia su separación en caso de renuncia la - cual puede solicitarse en todo momento (Arts. 10 y 12 de la Ley - del Tribunal).

El Presidente y el vicepresidente conducen las sesiones de - su Senado, el cuál para deliberar válidamente debe contar con por lo menos 6 jueces presentes. Sus decisiones se toman por mayoría de votos.

Por último, en cuanto a su organización, es de señalarse que cada Senado del Tribunal, puede integrar Salas compuestas de tres jueces entre las cuales distribuye los asuntos de su competencia.

COMPETENCIA

La Competencia del Bundesverfassungsgericht está establecida en el art. 93 de la Constitución Alemana, el cual confiere expresamente al Tribunal facultades para conocer de una serie de materias, señalando que además de ellas conocerá de aquéllas que le señale una Ley Federal, que se denomina Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Ley del Tribunal Federal Constitucional). (32)

Es fundamental dejar sentado que el Tribunal ejerce una competencia de atribución, es decir, en cualquier caso fijada por las Leyes (Constitución y Ley del Tribunal), actuando siempre que sea excitado por algún sujeto de derecho facultado para acudir a él.

Por otra parte, es de señalarse que la competencia del Tribunal se distribuye, de conformidad con el art. 14 de la BVerfGG, - entre los dos Senados que lo integran y el pleno del Tribunal.

Como en el caso de otros países dividiremos para su estudio, la competencia del Tribunal, examinando las facultades relativas a asuntos distintos al control de constitucionalidad de actos de autoridad, separadamente de las que se refieren a esta materia y que son las más numerosas.

(32) Para efectos de referencia abreviaremos el nombre de esta Ley mediante las siglas BVerfGG y el de la jurisprudencia del Tribunal con estas otras BVerfGE (Bundesverfassungsgerichtssentscheidung).

A) Facultades no específicamente concernientes al Control de Constitucionalidad

El art. 13 de la BVerfGG confiere al Tribunal, en sus apartados 3°, 4° y 9°, las siguientes facultades, respectivamente:

"Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in dem vom --
Grundgesetz bestimmten Fällen und zwar

.....

3. über Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundestages, die die Gültigkeit einer Wahl oder den Erwerb oder Verlust der Mitgliedschaft eines Abgeordneten beim Bundestag betreffen

4. über Anklagen des Bundestages oder des Bundesrates gegen den Bundespräsidenten

.....

9. über Richteranklagen gegen Bundesrichter und Landesrichter". (33)

Competencia del Tribunal en Materia Electoral

Al igual que el Conseil Constitutionnel francés, el Tribunal Constitucional alemán es competente en materia electoral.

(33) "El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos determinados por la Ley Fundamental y expresamente

.....

3. Sobre reclamaciones contra decisiones del Bundestag concernientes a la validez de una elección o a la obtención o a la pérdida de la calidad de miembro del Bundestag, de un representante popular;

4. Sobre acusaciones del Bundestag o del Bundesrat contra el Bundespräsident;

.....

9. Sobre acusaciones oficiales contra jueces federales o locales".

El art. 41 de la Constitución prescribe lo siguiente:

"(1) Die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages. Er --
entscheidet auch, ob ein Abgeordneter des Bundestages --
die Mitgliedschaft verloren hat.

(2) Gegen die Entscheidung des Bundestages ist die --
Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig.

(3) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz". (34)

La Ley del Tribunal, como hemos señalado le confiere expre--
samente estas atribuciones electorales en el art. 13, apartado -
3°.

De la calificación de las elecciones y de la calidad de miem
bro del Bundestag conoce concretamente der Zweite Senat (el segun
do senado), del Tribunal de conformidad con el art. 14, sección -
segunda de la Ley.

Es de señalarse que los sujetos de derecho legitimados para
ejercer acción ante el Tribunal son los siguientes:

A) El representante cuya membresía del Bundestag (Mitglied--
schaft in Bundestag) está en disputa;

(34) "(1) La verificación de las elecciones es materia del Bundes
tag. El decide también si un miembro del Bundestag ha perdido -
esa calidad.

(2) Contra la decisión del Bundestag es admisible la recla
mación ante el Tribunal Constitucional.

(3) Los detalles son regulados en una Ley Federal".

B) El candidato perdedor que impugna la legalidad de una --
elección;

C) El elector cuya protesta ante el Bundestag sobre la ilegalidad de la elección es desestimada por éste, siempre que cuente con el aval al menos de cien electores;

D) Una fracción o una minoría del Bundestag que represente -
al menos una décima parte de la membresía legal de este órgano.

La queja o reclamación (Beschwerde), debe presentarse en el lapso de un mes a partir del momento en que ha sido tomada la decisión por el Bundestag.

La sentencia del Tribunal Constitucional es inapelable y tiene efectos generales, en los términos del art. 31 de la BverfGG.

Acusación contra el Bundespräsident

El art. 61 Constitucional señala:

"(1) Der Bundestag oder der Bundesrat können den Bundespräsidenten wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht anklagen. Der Antrag auf Erhebung der Anklage muß von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Bundestages oder einem Viertel der Stimmen des Bundesrates gestellt werden". (35)

(35) "(1) El Bundestag o el Bundesrat pueden acusar al Bundespräsident por violaciones intencionales de la Ley Fundamental o de -

La acusación debe presentarse por escrito que envía el presidente de alguno de los cuerpos colegiados legitimados para iniciar el procedimiento al Tribunal Constitucional, en el lapso de un mes, contado a partir de la determinación de acusar al Bundespräsident.

El escrito de acusación o acta de acusación (Anklageschrift), debe contener lo siguiente:

- A) El acto u omisión que se imputa al Bundespräsident;
- B) Los medios de prueba de la violación constitucional;
- C) La prescripción constitucional o de la Ley Federal que se ha transgredido;
- D) El señalamiento de que la determinación de acusar al Bundespräsident cuenta con la mayoría de votos exigida por la Constitución (Art. 61, Abs. 1)).

El término para formular la acusación debe distinguirse del que se establece para presentarla una vez que el Bundestag o el Bundesrat han resuelto acusar al Presidente Federal. Como se ha

otra Ley Federal ante el Bundesverfassungsgericht. La propuesta de presentación de la acusación debe ser hecha al menos por una cuarta parte de los miembros del Bundestag o por una cuarta parte de los votos del Bundesrat".

dicho, de la decisión de cualquiera de estos órganos a la presentación del Anklageschrift, debe transcurrir a lo sumo un mes. En cambio, del momento en que el Bundestag o el Bundesrat tienen conocimiento del acto u omisión presuntamente violatorio de la -- Grundgesetz o de una Ley federal, al momento en que se inicia formalmente el proceso ante el Tribunal Constitucional, no deben haber transcurrido más de tres meses.

El proceso se lleva a cabo oralmente (mündliche Verhandlung) y consta de presentación y contestación de la acusación; etapa probatoria y expedición de una resolución que puede consistir en la absolución del Bundespräsident o en la condena a la pérdida de su cargo.

Es muy importante señalar que el Tribunal Constitucional, -- una vez recibida la acusación formal (Anklageschrift), puede suspender temporalmente del ejercicio de sus funciones al Bundespräsident.

En cuanto se emite la resolución final, si ésta es condenatoria, la decisión temporal (einstweilige Anordnung) adquiere el -- carácter de definitiva. Si en cambio, la sentencia es absoluta--ria, la suspensión temporal pierde sus efectos y el Presidente federal reasume sus funciones.

**Acusaciones en contra de
Jueces Federales y Locales**

El art. 98 constitucional en su párrafo 2° establece que, a petición de dos terceras partes del Bundestag, el Tribunal Constitucional puede ordenar que un Juez Federal sea transferido a otro cargo, sea suspendido del que ostenta, o deba ser separado de él, debido a trasgresiones a la Ley Fundamental o al orden constitucional de un Land, dentro o fuera del ejercicio de sus funciones.

Este mismo precepto, en el párrafo 5° señala que los Länder pueden adoptar regulación correspondiente al párrafo 2° para los jueces locales, quedando a salvo las disposiciones constitucionales de cada Land. La decisión sobre la acusación contra un juez es facultad del Bundesverfassungsgericht.

Por lo que respecta al procedimiento, a los plazos a la legitimación para die Anklageschrift (escrito de acusación) y a la sentencia del Tribunal, son aplicables en general, las normas relativas a la Anklage (acusación) contra el Bundespräsident (Art. 58 de la BVerfGG).

La Ley del Tribunal preve el caso de concurrencia de procesos, uno ante el Tribunal Constitucional y otro disciplinario

(Disziplinarverfahren), ante el Poder Judicial. De darse este caso, el primero tiene preferencia, suspendiéndose el segundo, hasta en tanto el Tribunal Constitucional resuelva.

Si la sentencia del Tribunal condena al juez a dimitir, el juicio disciplinario se declara sin lugar a proceder. Si la condena consiste en suspensión o traslado a otra posición oficial, el Disziplinarverfahren continúa.

Esto se debe a que los procesos tienen una substancia distinta, no siendo necesariamente dependiente uno de otro.

Si el proceso ante el Tribunal tiene como resultado la dimisión, carece de sentido una sanción disciplinaria paralela. Si en cambio, el juez sigue en funciones en otro cargo, o seguirá, cumplida su suspensión, puede aplicársele en tanto miembro del Poder Judicial en activo, la sanción disciplinaria.

La suspensión del proceso disciplinario obedece a la mayor relevancia del que se desahoga ante el Tribunal Constitucional exclusivamente, no al fondo de ambos juicios, los cuales son independientes entre sí.

Toda esta normatividad se aplica a los casos de acusaciones contra jueces locales, salvo disposición específica de las leyes de los Länder. (Art. 62 de la BVerfGG).

De existir previsiones diferentes en la legislación local, - éstas deberán respetar los términos del art. 98 Constitucional en sus parágrafos 2° y 5°.

Por último debe señalarse que un tanto de la sentencia fundamentada debe entregarse al Bundespräsident, otro al Bundestag y otro al Bundesregierung.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Analizaremos en este apartado detenidamente la competencia - del Bundesverfassungsgericht específicamente relativa al control de constitucionalidad.

El art. 93 constitucional confiere algunas facultades de - control de constitucionalidad al Tribunal expresamente, señalando que además tendrá las que una Ley federal le otorgue. Esta Ley - es la Bundesverfassungsgerichtsgesetz, la cual en su art. 13 reproduce y completa la competencia del Tribunal en materia de control de constitucionalidad.

"Art. 13.- Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in - den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar

1. über die Verwirkung von Grundrechten (Artikel 18 des Grundgesetzes),
2. über die Verfassungswidrigkeit von Parteien (Artikel 21 Abs. 2 des Grundgesetzes),

3.
4.
5. über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlaß von -
Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflich-
ten eines obersten Bundesorgans oder anderer Be-
teiligter, die durch das Grundgesetz oder in der --
Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit
eigenen Rechten ausgestattet sind
(Artikel 93 Abs. 1 des Grundgesetzes),
6. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die
förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundes--
recht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die
Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundes--
recht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landes--
regierung oder eines Drittels der Mitglieder des -
Bundestages
(Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes),
7. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflich-
ten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der
Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei
der Ausübung der Bundesaufsicht
(Artikel 93 Abs. 1 Nr. 3 und Artikel 84 Abs. 4 Satz
2 des Grundgesetzes),
8. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten -
zwischen dem Bund und den Ländern, zwischen verschie-
denen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit
nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist
(Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a und 4b des Grundgesetzes),
- 8a. über Verfassungsbeschwerden
9.
10. über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Lan-
des, wenn diese Entscheidung durch Landesgesetz dem
Bundesverfassungsgericht zugewiesen ist
(Artikel 99 des Grundgesetzes),
11. über die Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes oder -
eines Landesgesetzes mit dem Grundgesetz oder die -
Vereinbarkeit eines Landesgesetzes oder sonstigen -
Landesrechts mit einem Bundesgesetz auf Antrag eines
Gerichts
(Artikel 100 Abs. 1 des Grundgesetzes),
12. bei Zweifeln darüber, ob eine Regel des Völkerrechts
Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittel-
bar Rechte und Pflichten für den einzelnen erzeugt,
auf Antrag des Gerichts
(Artikel 100 Abs. 2 des Grundgesetzes),

13. wenn das Verfassungsgericht eines Landes bei der -- Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung -- des Bundesverfassungsgerichts oder des Verfassungs-- gerichts eines anderen Landes abweichen will, auf -- Antrag dieses Verfassungsgerichts (Artikel 100 Abs. 3 des Grundgesetzes),
14. bei Meinungsverschiedenheiten über das Fortgelten - von Recht als Bundesrecht " . (36)

(36) "Art. 13.- El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos determinados por la Ley Fundamental y específicamente

1. sobre la pérdida de derechos fundamentales
2. sobre las disputas relativas a la constitucionalidad de los - partidos
3.
4.
5. sobre la interpretación de la Constitución en ocasión de disputas en cuanto al alcance de los derechos y las obligaciones de un órgano supremo de la federación o de otros interesados, a los cuales se les hayan concedido otros derechos por medio de la Ley Fundamental o del reglamento de un órgano supremo - de la federación
6. en casos de divergencia de opinión o duda sobre la compatibilidad formal o substancial del derecho federal o del derecho local con la Ley fundamental, o sobre la compatibilidad del - derecho local con otro derecho federal, a petición del gobier no federal, del gobierno local o de una tercera parte de los miembros del Bundestag
7. en casos de divergencia de opinión sobre derechos y obligacioo nes de la federación y de los Länder, particularmente en cuano to a la ejecución del derecho federal por los Länder y al -- ejercicio de la vigilancia de la federación
8. en otras controversias de derecho público ante la federación y los Länder, entre diversos Länder o al interior de un Land, siempre que no exista otra vía legal
- 8a. sobre las reclamaciones constitucionales
9.
10. sobre controversias constitucionales al interior de un Land - cuando esta decisión le sea atribuida al Tribunal Constitucioo nal por una ley del Land

Como es fácil advertir el Bundesverfassungsgericht tiene una amplísima competencia en materia de control de constitucionalidad, la cual examinaremos rubro por rubro.

Es de señalarse que los aspectos relativos a los sujetos de derecho legitimados para ejercer el recurso constitucional respectivo, al procedimiento que se sigue para su desahogo, a los términos de la sentencia del Tribunal y a sus alcances, varían considerablemente dependiendo de la cuestión de constitucionalidad de que se trate.

A efecto de evitar repeticiones innecesarias, referiremos a continuación algunas cuestiones que en lo general regulan la competencia del Tribunal, especificando por separado las normas aplicables concretamente al ejercicio de algunas de sus atribuciones.

11. sobre la conformidad de una ley federal o de una ley local con la ley fundamental o sobre la compatibilidad de una ley local u otra norma local con una ley federal a instancia de un tribunal
12. en el caso de dudas sobre si una norma de derecho internacional es parte del derecho federal y sobre si ella produce inmediatamente derechos y obligaciones para el individuo, a petición de un tribunal
13. cuando la corte constitucional de un Land en cuanto a la interpretación de la Ley fundamental pretenda apartarse de una decisión del Tribunal constitucional federal o de la corte constitucional de otro Land, a instancia de aquella corte constitucional
14. en el caso de divergencias de opinión sobre si una norma sigue vigente en calidad de derecho de la federación".

**Aspectos Generales Sobre el Ejercicio
de la Competencia del Tribunal en Materia de
Control de Constitucionalidad**

1. Las cuestiones de constitucionalidad se presentan por escrito (Art. 23 BVerfGG).
2. En ellas deben establecerse los preceptos constitucionales presuntamente transgredidos y las normas o los actos de autoridad - que los transgredan (Art. 23, abs (1)).
3. Deben ofrecerse los medios de prueba pertinentes junto al -- Anklageschrift (Ibid.)
4. El tribunal puede tanto suspender la decisión de una corte ordinaria hasta que la cuestión constitucional se resuelva, como - posponer su propia decisión hasta en tanto otro tribunal emita resolución, cuando ésta resulte de valor o significado para juzgar del recurso de constitucionalidad (Art. 33).
5. La sentencia del tribunal constitucional tiene alcances generales y efectos erga omnes.

Por su importancia reproducimos el precepto relativo a este - último punto:

"(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder - sowie alle Gerichte und Behörden". (37).

En lo sucesivo examinaremos las cuestiones particulares de cada facultad del Tribunal en materia de control de constitucionalidad.

Pérdida de Derechos Fundamentales

La Constitución de Bonn contiene un capítulo inicial de derechos fundamentales (Grundrechte) del hombre considerados por ella inalienables e inviolables y vinculatorios para todos los órganos del Estado. En los artículos 1° al 17° de la Grundgesetz se establecen los Menschenrechte (derechos del hombre) que constituyen el patrimonio jurídico prístino del pueblo alemán, los cuales sólo pueden ser limitados, suspendidos o perdidos en los casos en que la propia Ley fundamental así lo establece.

La Constitución del 49 incluye por primera vez en la historia del constitucionalismo alemán, la Verwirkung von Grundrechten (pérdida de derechos fundamentales).

(37) "(1) Las decisiones del Tribunal Federal Constitucional obligan a los órganos constitucionales de la federación y de los Länder, así como a todas las cortes y a todas las autoridades". (Art. 31 de la BVerfGG).

"Art. 18 GG ist Neuland im Deutschen Verfassungsrecht, -
wenngleich bereits Art. 11 der Menschenrechtserklärung
von 1789 und ihr folgend mehrere alte deutsche Landesver-
fassungen ein Verbot des Mißbrauchs von Grundrechten sta-
tutiert haben. Doch fehlte jeweils die Sanktion: die -
Verwirkung des Grundrechts durch Richterspruch. Ebenso
wie bei Art. 21 Abs. 2 GG und im Endeffekt auch bei Art.
9 Abs. 2 GG ist der Rechtseingriff Aberkennung des Grund-
rechts nicht in die Hand der Exekutive gelegt, wie im -
Fall der Grundrechtssuspension nach Art. 48 WRV, sondern
in die der dritten Gewalt. Das Bundesverfassungsgericht
hat das Entscheidungsmonopol über die Verwirkung". (38)

El art. 18 establece lo siguiente:

"Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die
Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Ar-
tikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), -
die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- -
und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Arti-
kel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16 Abs. 2) zum --
Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung
mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung
und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht
ausgesprochen". (38)

(38) "El art. 18 GG es terreno inexplorado en el derecho constitu-
cional alemán, a pesar de que ya el art. 11 de la declaración de -
derechos del hombre de 1789 y sus diversas sucesivas constitucio-
nes locales alemanas antiguas, habían estatuido la prohibición -
del abuso de derechos fundamentales. Sin embargo, faltaba respec-
tivamente la sanción: la pérdida de derechos fundamentales por de-
terminación judicial. Así como de conformidad con el art. 21 pá-
rrafo 2 de la Ley de Bonn y al fin de cuentas también según el
art. 9 párrafo 2 de la misma, la declaratoria de intervención -
de derechos fundamentales no se pone en las manos del ejecutivo, -
como ocurría en el caso de la suspensión de derechos fundamenta-
les según el art. 48 de la Constitución de Weimar, sino en las -
del tercer poder. El Tribunal Constitucional tiene el monopolio
de la decisión sobre la pérdida". Stern Klaus, op. cit. pág. 166.

(39) "Aquél que abuse en contra del orden fundamental democrático
liberal de la libertad de expresión del pensamiento, particular-
mente de la libertad de prensa (Artículo 5 p.1), de la libertad -
de enseñanza (Artículo 5 p.3), de la libertad de reunión, Artícu-
lo 8), de la libertad de asociación (Artículo 9), del secreto de
la correspondencia, del correo y de los medios de comunicación -
(Artículo 10), de la propiedad (Artículo 14), o del derecho de -
asilo Artículo 16 p. 2) pierde estos derechos fundamentales. La
pérdida y su extensión serán declaradas por el Tribunal Constitu-
cional Federal".

Conforme al artículo 13 de la BVerfGG, el Tribunal Constitucional está facultado para juzgar sobre esta materia.

La pérdida de derechos fundamentales puede ser planteada ante el Bundesverfassungsgericht por el Bundestag, por el Bundesregierung o por un Landesregierung (gobierno local).

Si la petición de cualquiera de estos órganos se considera fundada por el Tribunal Constitucional se escucha al acusado y se toma la decisión sobre cuáles derechos fundamentales serán perdidos y durante qué tiempo, el cual no puede ser menor a un año.

Cuando no se fija un término para la pérdida de los derechos o éste es mayor a un año, puede el Tribunal, a petición del demandante o del demandado, anular la pérdida total o parcialemnte o - disminuir su duración, siempre que hayan transcurrido dos años - desde la declaratoria del Bundesverfassungsgericht.

En el caso que analizamos, la resolución del Tribunal tiene alcances relativos al sujeto de derecho que pierde sus Grundrechte (derechos fundamentales) y a ella pueden añadirse otras sanciones como la pérdida del voto activo, del pasivo, de la capacidad para ejercer un empleo público, o la disolución en tratándose de personas jurídicas (Art. 39 parágrafo 2) BVerfGG).

Anticonstitucionalidad de Partidos Políticos

La Ley Fundamental establece en su artículo 21 que los partidos políticos contribuyen a la formación de la voluntad popular.- Señala también que su fundación es libre y que su organización debe corresponder a los principios de la democracia.

En su parágrafo segundo estatuye que:

"Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu be--seitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht". (40)

Esta facultad se la confiere el artículo 13 paragrafo 2° - de la BVerfGG.

El planteamiento sobre la anticonstitucionalidad de un Partido pueden hacerlo el Bundestag, el Bundesrat o el Bundesregierung. (41)

(40) "Los partidos que de acuerdo a sus metas o al comportamiento de sus miembros tiendan a lesionar o suprimir el orden fundamental democrático liberal o a poner en peligro la estabilidad de la República federal alemana son anticonstitucionales. Sobre la cuestión de la anticonstitucionalidad decide el Tribunal Constitucional Federal".

(41) Debe aclararse que un Landesregierung (gobierno local), también puede plantear la anticonstitucionalidad de un partido siempre y cuando se trate de una organización limitada a su territorio, es decir, en el caso de un partido local.

Existe derecho de audiencia para el representante del Partido político acusado. Si la acusación se considera fundada, el Tribunal resuelve que el partido es anticonstitucional. La decisión puede afectar a toda la organización o limitarse a un sector de ella. (Art. 46 parágrafo 2° BVerfGG). La declaratoria de anticonstitucionalidad trae como consecuencias la disolución del partido o del sector y la prohibición de crear una organización substituta.

En la sentencia se determina la confiscación de bienes y su destino a fines de beneficio general de la federación o del Land según sea el caso.

Controversias Entre Organos

En este apartado nos referimos a las atribuciones que el art. 13, parágrafo 5° de la BVerfGG confiere al Tribunal Constitucional. (42)

Los sujetos legitimados para presentar el recurso constitucional son:

- A) Der Bundespräsident
- B) Der Bundestag

(42) Véase supra 261.

C) Der Bundesrat

D) Der Bundesregierung

E) Los organismos internos de estos órganos que por disposición constitucional o reglamentaria estén dotados de derechos propios.

Como se trata de conflictos entre estos órganos, se deduce que todos ellos pueden ser también los sujetos señalados en el acto impugnado.

A diferencia de lo que ocurre tratándose del control abstracto de normas, como se verá más adelante, el recurso de inconstitucionalidad que analizamos, para ser admisible requiere que se haya producido una lesión o que se ponga en peligro a los derechos o deberes del órgano recurrente.

"Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Antragsteller - geltend macht, daß er oder das Organ, dem er angehört, - durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen -- Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist". (43)

En el recurso deben señalarse tanto el acto u omisión recurrido, como la disposición constitucional transgredida.

(43) "La petición sólo es admisible, cuando el recurrente haga valer que a él o al órgano al que pertenece se le lesionan derechos u obligaciones conferidos por la Ley fundamental o se ponen éstos en peligro, debido a una provisión o a una omisión del órgano acusado". (Art. 64, pl. BVerfGG).

El plazo para presentar el recurso es de seis meses, contados a partir del momento en que se tuvo conocimiento del acto u omisión anticonstitucional.

En el caso que examinamos existe la posibilidad de que participen en el proceso como terceros interesados o afectados, cualesquiera órganos cuya competencia pueda ser delimitada por la decisión del Tribunal. Con este propósito, desde el momento en que se inicia el proceso, el Bundesverfassungsgericht lo hace del conocimiento de todos los órganos federales legitimados (Antragsberechtigten) para intervenir en él.

La decisión del Tribunal señala los preceptos constitucionales transgredidos, pudiendo al efecto pronunciarse en cuanto a la interpretación de alguna cuestión de derecho relevante para el caso, de la que dependa su resolución (Art. 67, BVerfGG).

Es muy importante añadir, por último, que no toda controversia entre órganos sobre el sentido de algún precepto de la Ley fundamental, configura un conflicto constitucional.

Existe jurisprudencia del Tribunal, según la cual el carácter constitucional de la controversia "kommt vielmehr auf die streitenden Subjekte an" (depende más bien de los sujetos que controvierten, BVerfGE 1/221).

Control Abstracto de Normas

Este es uno de los ámbitos de competencia más importantes del Tribunal Constitucional Federal.

El art. 93 de la Grundgesetz, párrafo primero, inciso segundo establece el llamado "abstrakte Normenkontrolle" ("control abstracto de las normas").

El precepto de referencia señala que el Tribunal Constitucional decide:

"bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages". (44)

En cambio, al llamado "control concreto de la constitucionalidad de las leyes", se refiere el art. 100, párrafo primero de la Ley de Bonn que a la letra dice:

(44) "sobre diferencias de criterio o dudas en cuanto a la compatibilidad formal o material de una Ley federal o una Ley local con esta Ley fundamental, o en relación a la compatibilidad de una Ley local con otra Ley federal, a petición del gobierno federal, de un gobierno local o de un tercio de los miembros del Bundestag".

"Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt". (45)

Esta forma de control concreto la abordaremos algunos parágrafos adelante.

Como es fácil advertir los supuestos planteados por el derecho constitucional alemán son casi equivalentes a los que preve la constitución española en sus artículos 161 y 163, y la Ley del Tribunal constitucional español en sus artículos 31, 32 y 35 (46).

Sin embargo, la equivalencia no es plena porque mientras que la Ley española admite el planteamiento de un juez sobre la no constitucionalidad de la Ley en vía de excepción hasta el momento procesal en que se dictará sentencia y en el que ha concluido el proceso, (47) la Ley alemana permite su presentación en cual-

(45) "Si un tribunal considera inconstitucional una Ley, de cuya validez depende su decisión, debe suspender el proceso y requerir la determinación del Tribunal competente del Land para resolver controversias constitucionales, cuando se trate de violaciones a la constitución del Land, o del Tribunal Constitucional Federal, cuando se trate de violaciones a esta Ley fundamental. Esto se aplica también, cuando se trate de transgresiones a esta Ley fundamental por una Ley local o de incompatibilidad de una Ley local con una Ley federal".

(46) Para el estudio del caso español véase las págs. 362 y sigs. del capítulo séptimo.

(47) Art. 35, párrafo segundo de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español.

quier etapa del mismo, en cuanto al juez a quo sospecha que la ley es inconstitucional.

De cualquier forma ambos sistemas de control de constitucionalidad de Leyes, estructuran tanto la forma de control abstracto (en vía de acción), como la de control concreto (en vía de excepción), según se desprende de lo expuesto hasta aquí.

El art. 13, sección sexta de la BVerfGG, reproduce en términos idénticos al 93 constitucional párrafo primero, inciso segundo, la facultad de control de constitucionalidad de leyes del Bundesverfassungsgericht.

Es oportuno señalar que el objetivo genérico del control de la constitucionalidad de las leyes es la determinación de su validez o de su nulidad, en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la constitución.

"Mittels der Normenkontrolle wird sowohl das verfassungsmäßige Zustandekommen (die förmliche Vereinbarkeit) als auch der inhaltliche Einklang (die sachliche Vereinbarkeit) der einen Norm, der zu prüfenden Norm, am Maßstab einer anderen Norm geprüft". (48)

(48) "Por medio del control de normas se verifica tanto la realización constitucional de una norma (compatibilidad formal), de la norma que habrá de verificarse, como su armonía substancial (compatibilidad material), en función de otra norma". Maunz Theoder u. alt, Grundgesetz Kommentar, volumen III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, pág. 93-11.

Dos decisiones del Tribunal determinan con claridad la no - existencia de un control preventivo de constitucionalidad de las leyes (vorbeugende Normenkontrolle). Se requiere que una Ley esté lista ("fertig") y no que sea un embrión o proyecto de Ley -- (Gesetzvorlage), para que pueda realizarse la función de control.

"Dabei muß es sich um fertige Normen handeln". (49)

"Gegen bloße Gesetzvorlagen ist das Normenkontrollver--- fahren nicht gegeben". (50)

Los sujetos legitimados para interponer el recurso son:

- A) Die Bundesregierung
- B) Die Landesregierungen
- C) Un tercio de los miembros del Bundestag

El Tribunal constitucional concede derecho de audiencia a - los gobiernos federal y local y/o a los cuerpos legislativos federales (ambas cámaras) o locales (Landtage).

La decisión del tribunal tiene efectos erga omnes y consiste en la declaratoria sobre la validez o la nulidad de la ley sujeta a control. Por ende, la resolución, en los términos del art. 31 de la BVerfGG tiene carácter vinculatorio para todos los órganos federales y locales, así como, en sentido amplio, para todas las autoridades, tanto de la federación como de los Länder.

(49) "Al efecto debe tratarse de normas aprobadas". BVerfGE 10/54.

(50) "Contra meros proyectos de Ley no se da el proceso de con--- trol de normas". BVerfGE 2/154.

**Conflictos entre
la Federación y los Länder**

El fundamento de esta facultad de Control de Constitucionalidad del Tribunal se establece en los arts. 93, párrafo 3° y 84, párrafo 4° constitucionales y en el 13, párrafo 7° de la -- BVerfGG (51).

Los preceptos constitucionales en sus partes relativas señalan que: el Tribunal decidirá sobre divergencias de interpreta--ción en cuanto a derechos y obligaciones de la federación y de los Länder, especialmente tratándose de la aplicación del derecho federal en los Länder y de la supervisión federal en sus territorios (Art. 93); y que si no son eliminadas las deficiencias encontradas por el Gobierno Federal en la ejecución de las Leyes federales en los Länder, el Bundesrat, a propuesta del gobierno federal o del Land, decide si éste ha transgredido normas jurídicas, pudiendo recurrirse esta decisión ante el Tribunal Constitucional (Art. 84).

En este caso, el recurso sólo puede presentarlo el Bundesregierung o el Landesregierung (gobierno local).

(51) En cuanto a este precepto de la BVerfGG, véase supra 261.

La decisión del Bundesrat debe apelarse en el término de un mes.

Son aplicables a esta clase de conflictos en lo correspondiente, las reglas señaladas para las controversias entre órganos.

Existe jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que para que éste conozca de esta clase de controversias "es muB sich um verfassungsgrechtliche Streitigkeiten handeln" (BVerfGE, 3/159 (52)).

**Otras Controversias entre
la Federación y los Länder, entre
diversos Länder o al interior de alguno**

En esta materia el recurso puede ser presentado por :

- A) die Bundesregierung;
- B) die Landesregierung;
- C) Los órganos supremos de un Land; y
- D) Los organismos de los Länder que por disposición constitucional o reglamentaria local estén dotados de derechos propios.

(52) "debe tratarse de una controversia constitucional".

El caso que analizaremos es complementario del anterior, pero relativo a conflictos no federales, por ejemplo, en cuanto a normas distintas a las federales, a contratos entre un Land y otro o a límites entre los Länder.

"Damit soll eine lückenlose gerichtliche Kontrolle aller verfassungsrechtlichen Streitigkeiten innerhalb eines Landes gewährleistet werden". (53)

El plazo para la presentación del recurso es de 6 meses.

La decisión del Tribunal puede consistir en:

1. La admisibilidad o la inadmisibilidad del recurso;
2. La obligación del condenado de omitir la ejecución de una medida adoptada, de anularla en su caso, de continuarla o de tolerarla;
3. La obligación de tomar una medida determinada.

En su sentencia, debe señalar el Tribunal la disposición de la Constitución federal o local que es transgredida.

(53) "Así se logra un control jurisdiccional sin lagunas, de todas las controversias constitucionales al interior de un Land". - Hammann Andreas, op. cit., pag. 605.

Verfassungsbeschwerden

De acuerdo al art. 90 de la BVerfGG, basado en el 93, párrafo primero, Nr. 4a. y 4b de la Constitución, todo aquel que considere que ha sufrido una lesión en sus derechos fundamentales producida por el poder público, puede presentar un recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) ante el Bundesverfassungsgericht, el cual es competente para desahogarlo (Art. 13, p. 8a. BVerfGG).

Bajo la expresión poder público están comprendidos el poder legislativo, el judicial y la administración pública. Cualquier acto emanado de estos poderes puede ser recurrido ante el Tribunal Constitucional.

Es necesario adelantar que además de los Grundrechte que otorga la Constitución en sus arts. 1° al 17°, quedan comprendidos en este concepto los que establecen los arts. 33, 38, 101, 103 y 104 de la Grundgesetz. (54)

La admisibilidad del recurso depende de los siguientes requisitos:

(54) El art. 33 otorga igualdad civil a todos los alemanes para acceder al servicio público; el 38 se refiere a los derechos políticos de voto activo y pasivo; el 101 prohíbe la existencia de tribunales especiales; el 103 consagra la garantía de audiencia, la irretroactividad de la Ley y la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo delito; y el 104 señala una serie de garantías procesales.

A) El recurso puede interponerse una vez que han sido em---pleadas sin éxito todas las demás vías legales al alcance del quejoso. Excepcionalmente puede omitirse este requisito cuando de - exigírsele su cumplimiento al recurrente, éste pueda sufrir ein - schwerer und unabwendbarer Nachteil (un daño grave e irreversi---ble) (Art. 90, 2) BVerfGG).

B) El quejoso debe ser sujeto de derechos fundamentales, -- sea persona física o moral, incluidos los municipios (Gemeinde) y las uniones de municipios (Gemeindeverbände), cuando de las constituciones o de las Leyes del Land se desprende una lesión de sus derechos fundamentales (Art. 91 BVerfGG en relación al Art. 28 de la Ley de Bonn).

C) El recurso debe desahogarse a petición de parte agraviada. No existe acción popular para iniciar el juicio constitucio---nal. Este sólo procede cuando el quejoso es quien sufre el agravo producto del acto de autoridad que lesiona sus derechos.

D) El plazo para la interposición del recurso es de un mes (Art. 93, parágrafo 1) BVerfGG), contado a partir del momento en que se emite el acto de la autoridad administrativa o se dicta la sentencia. Tratándose de una Ley, el plazo es de un año a partir del momento en que ésta entra en vigor (Art. 93, 2) BVerfGG).

E) En el recurso debe señalarse el acto reclamado, la autoridad responsable y el derecho lesionado (Art. 92 BVErfGG).

El recurso puede ser o no admitido, siendo indispensable para su substanciación, el auto de admisión de la sala que conocerá de él.

"Die Verfassungsbeschwerde bedarf der Annahme zur Entscheidung". (55) ---

La no admisión del recurso procede cuando éste ha sido presentado fuera del plazo establecido por la ley; cuando no está debidamente fundado; cuando el recurrente no está legitimado, o en general cuando no se reúnen los requisitos para su presentación. Contra el auto de no admisión no procede apelación alguna.

En el proceso tienen derecho a intervenir tanto la autoridad responsable, como el tercero perjudicado.

La decisión del Tribunal revoca el acto de autoridad o anula la Ley según sea el caso.

El Tribunal Constitucional ha resuelto a lo largo de su historia aproximadamente 80000 procesos de los cuales 76000 se han

(55) "El recurso constitucional requiere de la aceptación para que proceda la decisión". (Art. 93 a BVerfGG).

iniciado mediante Verfassungsbeschwerden. De ellos 2000 solamente han tenido éxito, de lo cual se deduce el cuidado y la seriedad con que este alto tribunal examina esta clase de recursos que se le presentan para su decisión.

Controversias Constitucionales al Interior de un Land

Este es un caso específico de controversias cuyo conocimiento puede atribuirse al Bundesverfassungsgericht por disposición de una Ley Federal.

La Ley fundamental en su art. 99 prescribe que por medio de una Ley de un Land puede conferirse la facultad de resolver conflictos constitucionales al interior de ese Land, al Tribunal federal, en calidad de jurisdicción de última instancia, tratándose de la aplicabilidad de la Ley Local.

Los órganos legitimados para recurrir ante el Tribunal Constitucional son únicamente los supremos del Land y los organismos dotados de derechos propios por la constitución local o por disposiciones reglamentarias.

Como en este caso se trata de facultades que puede delegar - un Land al Bundesverfassungsgericht, las disposiciones que a continuación señalaremos rigen en tanto las leyes de los Länder no establezcan otra cosa. El plazo para presentar el recurso es de 6 meses.

El contenido y los efectos de la decisión son los que se refirieron en tratándose de la facultad del Tribunal Constitucional relativa a la resolución de controversias entre un Land y otro - (Art. 72 BVerfGG). (56)

En la sentencia deben señalarse los preceptos constitucionales locales transgredidos.

Es importante señalar que de la transmisión o delegación de atribuciones del Land a la federación, depende el ejercicio de la competencia de ésta, en la materia. Hasta donde tenemos noticia esta Übertragung (transmisión) de facultades se ha producido de manera excepcional en Alemania, no siendo sino Schleswig-Holstein, el único Land en cuyo estatuto se hace uso de esta posibilidad. - (Art. 37 del Landdessatzung de Schleswig-Holstein).

(56) Véase supra 277 y 278.

Control Concreto de las Normas

A lo que hemos señalado sobre la facultad de control concreto de las normas jurídicas del Tribunal Constitucional, en el -- apartado relativo al estudio del control abstracto, conviene agregar las siguientes consideraciones.

El art. 13, Nr. 11 de la BVerfGG, con base en lo prescrito -- por el art. 100, inciso primero de la Grundgesetz faculta al Tribunal Constitucional para decidir sobre la compatibilidad de una Ley Federal o de una ley local con la Constitución y en cuanto a la compatibilidad de una Ley local con una Ley federal, a peti--- ción de un tribunal ordinario.

Ya hemos dicho que a diferencia del control abstracto de las normas, tratándose del concreto, se requiere la existencia de un proceso en el que la Ley ya vigente deberá aplicarse y de cuya va lidez depende el sentido de la sentencia que resuelva la contro-- versia.

El art. 100 de la constitución alemana regulador del control concreto de las normas en su inciso primero, debe ser interpretado en relación al 80 de la BVerfGG, que a la letra dice:

"Sind die Voraussetzungen des Artikels 100 Abs. 1 des Grundgesetzes gegeben, so holen die Gerichte unmittelbar die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein".(57)

Cuando el tribunal eleva la cuestión de constitucionalidad debe establecer en qué medida la decisión que habrá de tomar al sentenciar depende de la validez del precepto jurídico cuya correspondencia con la Ley fundamental está en duda. De igual manera debe señalar cuál o cuáles son las normas superiores a las que la ley que se examinará violenta o contradice. Por último, debe turnar dossier completo de la causa al Bundesverfassungsgericht.

Es muy importante destacar que esta vía indirecta, que emplea al juez a quo deja a salvo el derecho de recurrir al Tribunal, en la misma vía procesal, de las partes del juicio principal. (Art. 80, inciso 3° BVerfGG).

La decisión del Tribunal Constitucional se limita a constatar la constitucionalidad de la Ley, sin alcanzar el fondo de la controversia principal.

La declaratoria de nulidad de la Ley tiene alcances generales de conformidad con el art. 31 de la BVerfGG, no existiendo

(57) "Si se dan las supuestas del art. 100, p. 1 de la Ley fundamental, entonces deben los tribunales requerir la decisión del Bundesverfassungsgericht inmediatamente".

disposición expresa ni jurisprudencia especial que determinen -
la no aplicación a este caso concreto de control de los efectos -
erga omnes.

Desde luego el derecho de intervención en el juicio consti--
tucional se otorga a las partes del proceso principal.

Por último es de señalarse que la petición o demanda ante el
Tribunal Constitucional en el caso del control abstracto no está
sujeto a ningún término, reduciéndose éste, en tratándose del con--
trol concreto, a la duración del proceso principal.

Sobre los Alcances del Derecho Internacional

El art. 25 de la Ley de Bonn señala que los principios gene--
rales de derecho internacional son parte del derecho federal. Es
tablece igualmente que ellos preceden a las leyes y que producen
derechos y obligaciones directamente para los habitantes del te--
rritorio federal.

En relación a este precepto, el art. 100 parágrafo segundo -
de la Constitución contempla la posibilidad de que surja una con--
troversia sobre si una norma de derecho internacional es parte -

del derecho del Estado alemán o sobre si ésta produce derecho y - obligaciones para el individuo. Compete al Tribunal Constitucional Federal resolver esa controversia.

De presentarse este caso, el tribunal que conoce del asunto en el que ha surgido la duda debe recurrir ante el Bundesverfassungsgericht para aclararla.

Existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal en el sentido de que

"Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 2 ist nicht nur dann - zulässig, wenn zweifelhaft ist, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, sondern auch - dann, wenn die Zweifel des vorlegenden Gerichts lediglich die Tragweite der Völkerrechtsregel betreffen oder die Frage, ob es eine bestimmte Völkerrechtsregel gibt". (58)

La decisión del Tribunal se refiere sólo a si la norma internacional es o no parte del derecho interno y a si produce o no - derechos y obligaciones para el individuo.

Es relevante señalar que en este caso el Tribunal está obligado antes de decidir, a dar oportunidad a los órganos federales,

(58) "Una consulta en los términos del art. 100 p. 2, no es entonces solamente admisible, cuando es dudoso si una norma de derecho internacional es parte del derecho federal, sino también cuando - la duda del tribunal a quo puramente concierne al alcance de la - norma de derecho internacional o a la cuestión de si existe una - norma determinada". BVerfGE 15/31.

de emitir su opinión sobre el asunto, los cuales además pueden -
participar en el proceso en cualquier momento en que éste se en-
cuentre.

**Sobre la decisión de un Tribunal Constitucional
de un Land (59) de apartarse de una determinación
del Bundesverfassungsgericht**

En este caso previsto por el art. 100 parágrafo 3° de la Ley
de Bonn y por el 13, parágrafo 13° de la BVerfGG, se plantea la -
posibilidad de que un Tribunal Constitucional Local se aparte de
la decisión del Bundesverfassungsgericht o de otro Landesverfas-
sungsgericht, sobre la interpretación de algún precepto de la -
Constitución.

Para poder hacerlo, debe solicitar una decisión al Tribunal
Constitucional federal.

El tribunal local que hace el planteamiento presenta ante --
el federal su interpretación particular de la Ley fundamental y -
éste da vista al Bundesrat y al Bundesregierung o bien a la otra
corte constitucional local de cuya resolución pretende apartarse
la primera.

(59) Conviene aclarar que algunas Länder tienen sus propias cor--
tes constitucionales que no son desde luego órganos supremos de -
control de constitucionalidad, correspondiendo esta calidad al -
Bundesverfassungsgericht.

Una vez escuchados los órganos que proceda, el Tribunal Constitucional federal emite una decisión sólo sobre la cuestión de derecho. (Art. 85, p. 3 BVerfGG).

Controversias sobre la Vigencia de una Norma con Carácter de Derecho Federal

Cuando existe duda sobre si una norma jurídica sigue estando vigente con carácter federal, corresponde estatuir al Bundesverfassungsgericht. (Art. 126 Constitucional y 13, p. 14 BVerfGG).

Dos casos deben distinguirse en cuanto a la legitimación de quién puede recurrir al Tribunal Constitucional para que éste resuelva:

A) Cuando directamente en vía de acción el Bundestag, el Bundesrat, el Gobierno federal o el Gobierno local hacen el planteamiento sobre si la Ley sigue vigente.

B) Cuando según las circunstancias previstas por el art. 100 de la Ley fundamental, 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, dejando en suspenso su sentencia, hasta que el Bundesverfassungsgericht emita resolución.

La cuestión de constitucionalidad es únicamente admisible - cuando de la decisión del Tribunal constitucional sobre ella, dependa la validez de un acto de autoridad ya ejecutado o inminente, de un órgano federal, de una autoridad federal o de una local.

En el planteamiento de la cuestión deben hacerse explícitas y fundamentarse estas circunstancias.

Las partes que intervienen en el proceso principal tienen - derecho a participar en el constitucional.

La decisión del tribunal establece si la Ley total o parcial mente sigue siendo Ley Federal aplicada en todo el ámbito de la - federación (Bundesgebiet).

CAPITULO VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
EN FRANCIA

6
24

RECIBIDA EN
ESTADIA

- 1.- La Constitución de 1958; 2.- El Consejo Constitucional;
- 2.1.- Composición; 2.2.- Funcionamiento; 2.3.- El procedimiento ante el Consejo; 2.4.- Competencia; 3.- El Control de la Constitucionalidad.

Por razones bien conocidas Francia tiene un especial significado para el estudioso del Derecho Público en general y del Derecho Constitucional en particular. Cuna del Constitucionalismo Moderno, Francia ha ensayado formas diversas de gobierno que a lo largo de su historia han producido, como una de sus consecuencias, una abundante literatura jurídica especializada, en más de un sentido, de alcances universales. Quizás no resultaría aventurado sostener que en este Estado, como en ningún otro, las vivencias constitucionales específicas, han estimulado decisivamente a la especulación teórica, y que, ésta a su vez, ha influido directamente en la práctica del ejercicio del Poder y en las transformaciones estructurales de la normatividad en que se basa.

Agréguese a estas consideraciones, las peculiaridades de los elementos de su Sistema político, es decir, el Sistema de Partidos francés y su Sistema Electoral, y se tendrá una explicación más clara de la motivación científica que representa esta Nación para el estudioso del Derecho político constitucional.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, porque el exámen completo del Derecho Constitucional francés, tal vez será esfuerzo de una investigación posterior, habremos de concretarnos al objeto específico de este estudio, como lo hemos venido haciendo en tratándose de otros Estados.

Desde luego, para examinar el problema del control de la -- constitucionalidad en Francia, habremos de apoyarnos en el análisis de su historia y estructura constitucionales y de su Sistema político, por ejemplo. Pero lo haremos sólo en función directa a su relación con el tema central que nos ocupa, para obviar el -- riesgo, por lo demás comprensible, de incurrir en fructíferas digresiones sobre el Derecho constitucional francés.

Partiremos del período o ciclo (1) constitucional en que se

(1) En el derecho público francés se pueden distinguir varias interpretaciones sobre su historia constitucional. Dependiendo de ellas, se emplean distintos términos para referirse a las etapas por las que ha pasado, concibiéndolas como "fases", "períodos de una evolución", "períodos" simplemente o "ciclos". M. Prelôt se refiere "aux grandes périodes Constitutionnelles" (Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, París, 1963, p.p.273-274). En esta misma obra este autor emplea el término "fases" (phases). G. Burdeau, considera que las diversas formas de Gobierno francés, representan una evolución progresiva que conduce a una Democracia cada vez más perfecta (Cours de Droit Constitutionnel, París 1947, p.p.114-115). P. Pactet emplea el vocablo "períodos" en sentido neutral (Institutions Politiques, Droit constitutionnel, París, 1991, p.p.269 y 333). El término "cycle" (ciclo), es usado para destacar que en la "Histoire constitutionnelle française", dos corrientes han estado en permanente lucha y conflicto, llegando a detentar el poder cíclicamente la una y la otra, a saber: a) la corriente "revolucionaria" (gobiernos de asambleas representativas); y b) la corriente personalista o "ejecutivista" (gobiernos directorial, consular, imperial o presidencial). Este término lo emplean B. Jeanneau (Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, París, 1981, p.p. 165); y M. Duverger (Inst. Polit. et Droit Const., p.p. 419 y 433). La interacción de ambas corrientes es permanente y su eventual equilibrio ha dado lugar al parlamentarismo.

establece la Va. República francesa. En la constitución que la organiza, la 15a. de Francia se crea el Conseil Constitutionnel, órgano a cuyo estudio dedicaremos este apartado.

LA CONSTITUCION DE 1958

La creación de la quinceava Constitución Francesa del 4 de octubre de 1958 ocurre en circunstancias muy especiales y con base en procedimientos dudosos desde el punto de vista de la ortodoxia jurídica.

La III y IV Repúblicas, organizadas bajo el esquema constitucional del parlamentarismo clásico, se caracterizaron por una gran inestabilidad. M. Duverger la resume en estos términos:

"Deux difficultés, très visibles, ont été dénoncées tout au long de la IV^e République: l'instabilité ministérielle et l'impuissance du Parlement (laquelle a entraîné un retour aux décrets-lois). Un troisième, plus profonde peut-être, mais moins souvent soulignée, résidait dans les défauts du système de partis politiques." (2).

En relación a la primera dificultad, refiere, Duverger, que en menos de doce meses la IV República tuvo veinte gobiernos, lo que equivale a una duración promedio de 7 meses cada uno. En cuanto a la "Impotencia del Parlamento" ("Impuissance du Parlement"), advierte el autor de "Los Partidos Políticos", que la Constitu---

(2) M. Duverger. Inst. Polit. et D. Const., Presses Universitaires, París, 9a. Edition, 1966, pag. 478. "Dos dificultades, muy perceptibles, han sido objeto de crítica, a lo largo de la IV República: la inestabilidad ministerial y la impotencia del Parlamento (la cual ha traído consigo un retorno a los decretos-Ley). Una tercera, más profunda, posiblemente, pero menos frecuentemente subrayada, reside en los defectos del sistema de partidos".

ción de 1946, pretendía visiblemente reforzar al Parlamento, pero que el sistema de Partidos (caracterizado por una "multiplicité - de Partis"), hizo difícil el cumplimiento de su tarea legislativa a falta de mayorías capaces de decidir las reformas necesarias. De ahí la tendencia de las asambleas a abdicar de nuevo sus prerrogativas a favor del Gobierno y a hacer renacer los decretos---ley.

Esta inestabilidad y estos defectos estructurales, condujeron al descrédito del Sistema, el cual, según algunos autores, - fue confirmado inequívocamente en la práctica.

"In unserer raschlebigen Zeit -dice K. Loewenstein- haben die kritischen Ausführungen über den in der Dritten und Vierten Republik Frankreichs verkörperten Klassischen -- Parlamentarismus, eine nachdrückliche Bestätigung in den jüngsten Ereignissen gefunden. Am 13. Mai 1958 brach im neuralgischen Punkt der Vierten Republik, Algerien, eine Militärrevolte gegen die eben zustande gekommene Regierung der Mitte Pflimlin aus, der die zweifelhafte Auszeichnung des fünfundzwanzigsten Kabinetts Frankreichs seit dem - Ende des zweiten Weltkriegs zukam. Die Rebellen verlangten eine grundlegende Reform der Regierungsweise unter der - Führung des vergötterten Helden der Résistance, des Generals Charles de Gaulle" (3).

(3) K. Loewenstein, Verfassungslehre, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck) - Tübingen, 1959, pag.94. "En nuestra agitada época, las referencias críticas sobre la tercera y cuarta repúblicas, que personificaban al Parlamentarismo clásico, tuvieron una confirmación expresa en los recientes acontecimientos. El 13 de mayo de 1958, en un punto neurálgico de la IV república, Argelia, estalló una rebelión militar contra el Gobierno centrista de PFIMLIN, al que le correspondió el dudoso honor de ser el 25° Gabinete francés desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Los rebeldes demandaron una reforma fundamental a la forma de Gobierno, bajo la conducción del deificado héroe de la Resistencia, El General Ch. de Gaulle".

Desde luego este episodio, del que normalmente se parte para explicar el proceso de creación de la Constitución Política de la V República Francesa, no puede ser tomado aisladamente, ni considerado como la causa eficiente de la caída de la IV República.

Fue un conflicto político al que no pudo hacer frente un Gobierno débil y carente de apoyo popular, cuya inestabilidad venía de tiempo atrás y no se originó, precisamente a partir de la rebelión de Argelia.

El primero de junio de 1958, la Asamblea Nacional, bajo la presión del ejército infiltrado de gaulistas y bajo la amenaza de renuncia del presidente de la República en caso de rechazar la nominación del general de Gaulle como Jefe de Gobierno, aprueba la investidura del héroe de la Resistencia, otorgándole dos días después, poderes extraordinarios por medio de una Ley Constitucional y de una Ley de plenos poderes, para preparar el proyecto de la nueva Constitución francesa que habría de ser sometida a referéndum popular.

La Ley Constitucional de 1958

Mucho se ha discutido sobre la legalidad de todo el proceso de creación de la V República, desde la llegada de de Gaulle al Poder, hasta la promulgación de la Constitución del 4 de Octubre de 1958.

Para crear una nueva Constitución, podía haberse empleado el procedimiento de revisión que establecía el Art. 90 de la Ley Fundamental de 1946. Este procedimiento, muy rígido, requería de votos de confirmación resultando sumamente lento. Ante esta circunstancia y en vista de la celeridad que demandaba la situación política francesa, la Asamblea Nacional optó por emplear una resolución aprobada por ella en 1955, conforme a la cuál, se revisarían varios artículos de la anterior Constitución, incluido el 90, que establecía la rígida revisión Constitucional. De acuerdo a esta resolución, era posible obviar algunas etapas del proceso de reforma señaladas en la Ley del 46 y el Gobierno podía hacerse habilitar por el Parlamento para reformar él mismo la Constitución.

Sobre la validez de este inusual mecanismo de "creación constitucional", (4) opina Pierre Pactet:

"S'agissant d'abord de la procédure suivie, il faut rappeler que, pour gagner du temps, le gouvernement de --
Gaulle a utilisé une résolution datant de 1955, déjà --
votée par les assemblées et relative à la nécessaire --
révision de l'article 90. Mais il est bien évident que

(4) Es curioso señalar que la Constitución de la IV República nació de manera muy similar, en virtud del otorgamiento de "plenos poderes" que hiciera la Asamblea Nacional al General Pétain para elaborar una nueva Ley Fundamental en 1940. De esa fecha hasta 1946, Francia vivió "sin gobiernos legales" y sólo bajo gobiernos provisionales. En relación a las diferencias entre este caso y el del General de Gaulle, véase M. Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, pags. 483 y 484.

cette résolution n'avait jamais eu pour objectif de permettre l'élaboration d'une constitution entièrement nouvelle et encore moins, si c'est possible, d'en confier le soin à un organe exécutif. On peut même affirmer que rien n'était plus étranger aux intentions des auteurs de la résolution. C'est pourquoi on peut se demander si - au-delà d'un apparent respect de la lettre des textes, - il n'y a pas détournement de procédure.

Il faut donc, en dépit d'un effort certain des auteurs de la loi pour se situer dans un cadre légal, faire quelques réserves sur sa validité. S'il ne s'agit pas d'une délégation du pouvoir constituant dérivé -illicite parce que non autorisée- on doit convenir que l'habilitation du gouvernement investi le 1er. juin y ressemble beaucoup". (5)

En estas circunstancias son expedidas las Leyes del 3 de Junio de 1958, una de ellas "Constitucional" y la otra ordinaria.

Por su importancia transcribimos el texto de la primera de ellas:

"Loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

Article Unique.- Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée par le Gouvernement investi le 1er. juin 1958 et ce, dans les for-

(5) "Tratándose del procedimiento seguido, es necesario recordar que para ganar tiempo, el Gobierno de Gaulle empleó una resolución que databa de 1955, votada ya por las Asambleas y relativa a la necesaria revisión del artículo 9°. Pero es muy evidente que esta resolución no tuvo jamás por objeto permitir la elaboración de una Constitución totalmente nueva, y menos aún, de ser posible, confiar esta labor a un órgano ejecutivo. Se puede afirmar que nada era más extraño a las intenciones de los autores de la resolución. Es por esto que uno se puede preguntar, si más allá de un aparente respeto de la letra de los textos, no hay una desviación de procedimiento.

Es necesario por ende, a pesar de un cierto esfuerzo de los autores de la ley para situarse en un cuadro legal, tener algunas reservas sobre su validez. Sino se trata de una delegación del poder constituyente derivado -ilícita por no estar autorizada- se debe conceder que la habilitación del gobierno investido el primero de junio se le parece mucho. (P. Pactect, Inst. Polit. Droit Const., Massan, París, 10° Edition, 1991, pag. 327.

mes suivantes:

Le Gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en oeuvre les principes ci-après:

1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif;

2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions;

3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement;

4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère;

5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés.

Pour établir le projet, le Gouvernement recueille l'avis d'un comité consultatif où siègent notamment des membres du Parlement désignés par les commissions compétentes de l'Assemblée Nationale et du Conseil de la République. Le nombre des membres du comité consultatif désignés par chacune des commissions est au moins égal au tiers du nombre des membres de ces commissions; le nombre total des membres du comité consultatif désigné par les commissions est égal aux deux tiers des membres du comité.

Le projet de loi arrêté en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, est soumis au référendum. La loi constitutionnelle portant révision de la Constitution est promulguée par le Président de la République dans les huit jours de son adoption." (6)

(6) "Ley Constitucional del 3 de junio de 1958

Artículo único.- Por derogación de las disposiciones de su artículo 90, la Constitución será revisada por el Gobierno investido el lro de junio de 1958 y esto, de la siguiente forma:

El Gobierno de la República establece un proyecto de Ley constitucional aplicando los principios siguientes:

1° Sólo el sufragio universal es la fuente del Poder. Es del Sufragio universal o de las instancias elegidas por él que derivan el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo;

2° El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben estar efectivamente separados de manera que el Gobierno y el Parlamento asuman cada uno por su parte y bajo su responsabilidad la plénitud de sus atribuciones;

Como es fácil advertir se trata expresamente de un mecanismo de "revisión de la revisión" constitucional que fija cinco puntos límites explícitos dentro de los cuales habrá de efectuarse la elaboración de la nueva Constitución.

Por lo que respecta a la Ley ordinaria de plenos poderes, en ella se otorga al Gobierno de de Gaulle la facultad de "tomar las decisiones necesarias para el restablecimiento de la Nación", durante seis meses, por medio de decretos-ley.

En este ordenamiento se ennumera una serie de materias reservadas al Parlamento, en relación a las cuáles, no pueden emitirse decretos-leyes.

3° El Gobierno debe ser responsable ante el Parlamento;

4° La autoridad judicial deber permanecer independiente para estar en condiciones de garantizar el respeto de las libertades esenciales, tal como son definidas por el preámbulo de la Constitución de 1946 y por la Declaración de derechos del Hombre a la cuál, él se refiere;

5° La Constitución debe permitir la organización de las relaciones de la República con las personas que le están asociadas. Para establecer el proyecto, el Gobierno toma el parecer de un comité consultivo integrado principalmente por miembros, del parlamento designados por las comisiones competentes de la Asamblea Nacional y del Consejo de la República. El número de miembros del comité consultivo designado por cada una de las comisiones es el menos igual a la tercera parte del número de miembros de esas comisiones: el número total de miembros del comité consultivo designado por las comisiones es igual a las dos terceras partes de los miembros del comité.

El proyecto de ley aprobado en Consejo de ministros, después de opinión del Consejo de Estado, es sometido a referéndum. La ley constitucional que revisa la Constitución es promulgada por el Presidente de la República dentro de los 8 días de su adopción.

Con base en estos dos instrumentos "legales", se elaboró la Constitución de la V República, la cual fue aprobada el 28 de septiembre de 1958 por los ciudadanos franceses en un referéndum popular, y promulgada el 4 de octubre siguiente.

Como no es nuestro propósito específico el de abundar sobre el tema de la "constitucionalidad" de esta Constitución, bástenos señalar como mera referencia que las Leyes del 3 de junio -- fueron aprobadas por un órgano constituido (la Asamblea Nacional) a razón de 60% de votos a favor. El referéndum en cambio, único medio por cierto a la mano para "convalidar" el irregular (7) - nacimiento de la V República, arrojó una votación por el "oui", - de un 80%. De una forma u otra, así nació "legalmente" la V - República Francesa.

La Constitución de 1958, en su artículo 20, conserva el principio fundamental de la forma de Gobierno parlamentario: la responsabilidad política del Gobierno frente al Parlamento.

Sin embargo, se trata de un parlamentarismo muy diferente al clásico. (8)

(7) M. Prélot denomina "Dictadura constitucional", al Gobierno del General de Gaulle, quien por cierto, en 1940 criticara severamente el procedimiento por medio del cual se confirieron "plenos poderes", al General Pétain, en forma y para efectos similares al caso de 1958, (Inst. Polit. et Droit Constit.).

(8) M. Duverger lo denomina "parlamentarisme orléaniste", término prestado a la Teoría Constitucional, por el régimen de Luis - Felipe de Orléans, considerado como una transición entre la monarquía limitada y el Sistema Parlamentario clásico cfr. M. Duverger,

El rasgo distintivo de este Sistema consiste en la reivindicación del papel del Presidente de la República, Jefe del Estado francés, en relación al cual giraba por cierto, un discurso pronunciado mucho tiempo antes (1946) por el propio General de Gaulle en Bayeux. (9)

El reforzamiento del Poder presidencial y el consiguiente debilitamiento del Parlamento en este nuevo esquema, pueden resumirse así:

A) El apuntalamiento y la estabilidad del Estado dependen de un equilibrio entre dos Poderes políticos que no había existido en las dos Repúblicas precedentes.

B) La reestructuración del Ejecutivo tiende a asegurar la estabilidad del Estado hacia el interior y a garantizar su independencia hacia el exterior.

Inst. Polit. et Droit Const. K. Lowenstein lo define como "Gebändiger Parlamentarismus", tratando de destacar que el Poder del Parlamento en comparación con el detentado por el Ejecutivo ya no resulta tan ostensiblemente superior, en virtud de las facultades conferidas a éste último, por la Constitución. cfr. K. Loewenstein, Verfassungslehre.

(9) "Die Machtstellung des Präsidenten zeigt sich schon äußerlich darin, daß in der Urkunde, die Präsidialgewalt den anderen Machträgern vorangestellt wird (Arts.5-19)". "La posición de fuerza del Presidente se muestra externamente en el hecho de que, en el documento, los artículos que norman al Poder Presidencial ante cedan a los que regulan a los otros detentadores de Poder." (Arts. 5-19), cfr. K. Loewenstein, op. cit.

C) El Presidente adquiere el derecho de disolver al Parlamento sin ninguna condición restrictiva y puede además apelar a la - voluntad ciudadana mediante referéndum, en casos limitados sin necesidad de aprobación ministerial.

D) Los pronunciamientos de la Asamblea sobre cuestiones de - "confianza" y de responsabilidad gubernamental, atribución típica del Parlamento en esta clase de sistemas, son reglamentados minuciosamente. (10)

E) El Jefe de Estado se convierte en el hombre fuerte del - Poder Ejecutivo, quedando en condición de subordinación el Jefe - de Gobierno. El Presidente es el garante de la Constitución y - del Estado.

Este último aspecto es quizás el más novedoso para el Sistema Constitucional francés. Si bien es cierto que la V República difícilmente se puede identificar con el Sistema presidencial -- norteamericano, (11) no menos verdadero es que nunca antes el - Jefe de Estado en Francia había tenido poderes políticos de tal importancia.

"Il est à peine besoin de souligner combien cette orientation des constituants de 1958 s'éloigne de la tradition républicaine. Rien n'est plus étranger à celle-ci

(10) M. Duverger emplea la expresión "Parlamentarisme rationalisé" al referirse, desde esta perspectiva, a la forma de Gobierno de la V República. (M. Duverger, op. cit.).

que de conférer au Chef de l'État des pouvoirs politiques effectifs et davantage encore des pouvoirs propres. il n'est pas excessif de dire qu'il y a rupture complète, en ce qui concerne le Président, avec les principes les plus constants de notre droit constitutionnel depuis - 1877". (12)

Además del Presidente y del Parlamento, se establecen otros tres órganos Constituidos: El Gobierno, el Senado y el Consejo Constitucional. De ellos, originalmente sólo se elegía por voto directo a la Asamblea Nacional (Parlamento), sin embargo, a partir de la Reforma Constitucional del 6 de noviembre de 1962, una de las tres reformas de los años sesenta, el Presidente es electo también por sufragio universal directo, circunstancia que modifica radicalmente las bases del Parlamentarismo francés.

El Jefe de Estado ya no puede ser considerado sólo como el hombre "que reina, pero no gobierna". Antes bien, ahora encarna la soberanía nacional en condiciones idénticas a las de la Asamblea, situación ajena a la estructura típica del Sistema Parlamentario.

(11) "Entgegen die Erwartungen zeigt die neue Verfassung nur -- geringe Verwandtschaft mit dem amerikanischen Presidialsystem, das in parteipluralistischem Staat niemals hätte funktionieren können". "Contra las expectativas, muestra la nueva Constitución escasa afinidad con el Sistema Presidencialista americano, que en un Estado pluripartidista, nunca habría podido funcionar". K. Loewenstein, op. cit, pág. 96.

(12) "Apenas hay necesidad de subrayar a qué grado esta orientación de los constituyentes de 1958 se aleja de la tradición republicana. Nada le es más extraño que conferir al Jefe de Estado poderes políticos efectivos y más todavía poderes propios. No es excesivo decir que hay ruptura completa, por lo que respecta al Presidente, con los principios más constantes de nuestro derecho Constitucional desde 1877." Pierre Pactect, op. cit. pág. 328.

Por esto la reforma de 1962 no sólo se refiere a la designación del Presidente, sino cambia profundamente los fundamentos -- del Sistema francés que se aleja bastante del Parlamentarismo para acercarse mucho al Presidencialismo. (13)

"Ainsi la réforme constitutionnelle du 6 novembre 1962 met fin au parlementarisme "orléaniste" (lequel n'avait --- d'ailleurs jamais été appliqué par le général de Gaulle). Elle le remplace par un régime qui ressemble assez à -- celui de la République allemande de 1919-1933, c'est-a-dire par un "parlementarisme" "weimarien". (14)

Así, la novedosa figura del Presidente de la República y la consiguiente disminución de la fuerza de la Asamblea, constituyen el núcleo de la distribución del Poder Político en la V República.

Pasamos ahora a analizar al órgano de Control de la Constitucionalidad que establece la Constitución de 1958, no sin antes, concluir este apartado, reiterando la importancia que para el Constitucionalismo presente tiene el estudio descriptivo y dinámico de la V República francesa.

(13) Sobre el procedimiento que se empleó para revisar la Constitución en 1962 y el dictamen del Consejo Constitucional, véase - infra. 340 y sigs.

(14) "Así la reforma Constitucional del 6 de Noviembre de 1962 - pone fin al parlamentarismo "orleanista" (el cual no había sido aplicado jamás por el general de Gaulle). Esta reforma lo - reemplaza por un régimen que se parece mucho al de la República alemana de 1919 - 1933, es decir, por un parlamentarismo - "weimeriano". M. Duverger, op. cit. pág. 492.

EL CONSEJO CONSTITUCIONAL

No menos innovadora resulta en la Constitución del 58 la institución del Consejo Constitucional, cuya existencia está claramente vinculada a la reorganización de los Poderes Públicos de Francia a partir de la V República. (15)

El examen que realizaremos del órgano de Control de Constitucionalidad francés seguirá este orden:

- A) Composición
- B) Funcionamiento
- C) Procedimiento
- D) Competencia
- E) Control de constitucionalidad

Al crear el Consejo Constitucional los constituyentes pretendían establecer un mecanismo que asegurara el respeto del nuevo -

(15) "Le Conseil Constitutionnel apparaît comme un rouage essentiel dans le fonctionnement des institutions et comme une des réussites les plus certaines de la cinquième République". ("El Consejo Constitucional aparece como un engranaje esencial en el funcionamiento de las instituciones y como un éxito de los más indudables de la Quinta República"). P. Pactet, op. cit. pág. 452.

equilibrio entre Legislativo y Ejecutivo consagrado en la Constitución. El reforzamiento del Presidente de la República frente al Parlamento, trastocó toda una evolución y tradición Parlamentaria francesas, de Asambleas preeminentes sobre los gobiernos, salvo los interreños absolutistas. La función esencial del Consejo era la de evitar el regreso a un régimen en el que el Parlamento fuese predominante. Entre otras razones por esto el Consejo en un principio fue considerado como un órgano favorable al ejecutivo y hostil al legislativo. Sin embargo, su estudio detenido lleva a la conclusión de que se trata de una Institución garante del nuevo Estado de Derecho que configura la Constitución del 58, en dépit de sus indiscutibles rasgos políticos.

El Consejo Constitucional francés es considerado como el prototipo de un órgano político de control de la constitucionalidad, por su naturaleza, por su origen, por su composición y por su funcionamiento.

Producto de la inclinación histórica prevaleciente en Francia, de confiar a un órgano político y no a uno jurisdiccional, (16) la misión de vigilar la correspondencia de los actos de autoridad lato sensu con la Constitución, el Consejo fortalece el frágil equilibrio entre el Presidente de la República, el Primer

(16) Sobre las razones de esta preferencia véase supra pags. 72 y 73; también Mauro Cappelletti, "La Justicia Constitucional", pags. 28, 29 y 83.

Ministro y el Parlamento de la V República. Hasta 1962, la Asamblea Nacional era el único órgano constituido de elección popular directa, cuyo carácter de representación de la voluntad ciudadana podía llevarla a invadir la esfera de competencia de los otros poderes constituidos de elección indirecta o de designación. No es extraño por esto, que las primeras intervenciones del Consejo se hayan producido a propuestas del Primer Ministro. Pero, contrariamente a lo que se pensaba en un principio, el órgano de control no ha adaptado una postura sistemáticamente favorable al Gobierno. En la práctica y al paso del tiempo, esta Institución se ha esforzado no por asegurar la preponderancia de un órgano sobre otro, sino por garantizar la observancia de las nuevas normas -- constitucionales que redifinen las relaciones de los Poderes constituidos en Francia. Poco a poco el Consejo se ha revelado como un órgano al servicio del derecho y no necesariamente sometido al ejecutivo (17).

Esta Institución no es producto de una evolución histórica -- francesa en la materia, ni se inspira en otros Sistemas de con---

(17) Sin embargo, deben tenerse en cuenta decisiones de un claro contenido político que el consejo ha tenido que tomar, si se quiere excepcionalmente, por presiones del Presidente. Un caso muy -- claro es el del famoso referéndum de 1962, reformativo de la -- Constitución, promovido por de Gaulle y considerado anticonstitucional por el presidente del senado. Ante el conflicto de Poderes, el Consejo, llamado a pronunciarse por el senado, se declaró incompetente con base en la argumentación que analizamos en este mismo capítulo. Véase infra 340 y sigs.

trol de la constitucionalidad. Desde 1789 la idea de la Soberanía popular es irrefutable para los franceses. Delegada a los representantes del pueblo, la soberanía es personificada por el Parlamento. La ley creada por la representación popular, es por ende expresión de la voluntad générale y consecuentemente ningún otro órgano constituido, ni ninguna otra jurisdicción puede oponérsele. De ahí que en las diversas Repúblicas Parlamentarias francesas, haya prevalecido la tesis de que la Ley no podía estar sometida a un control de constitucionalidad.

Es muy importante destacar que esta postura permanentemente aceptada en Francia desde la Revolución, sólo se ha modificado durante los regímenes autoritarios, en los cuales sí han existido órganos de control de la constitucionalidad, por cierto, de naturaleza política. Los Senados de ambos Napoleones y el Comité Constitucional de la IV República, a lo largo del período de Vichy, (18) fueron órganos de "control", o bien totalmente sometidos al Ejecutivo, o bien de muy escasa funcionalidad.

A pesar del origen similar de la IV y V Repúblicas francesas, ésta última rompe, como se ha dicho, con la tradición del Parlamentarismo e incorpora a su estructura a una institución de control de constitucionalidad sin precedentes en la Historia del constitucionalismo francés.

(18) La IV República nació después de un período de 6 años de "plenos poderes" del General Pétain quien gobernó sobre la base de decretos-ley.

El Consejo, diferente totalmente a órgano de Control como la Corte Suprema Norteamericana, no es tampoco asimilable al Bundesverfassungsgericht alemán ni a la Corte Costituzionale italiana pues estos tribunales ejercen un control a posteriori, mientras que el órgano francés lo ejerce esencialmente a priori, es decir, antes de que se ponga en vigor la Ley. No hay por ende una inspiración directa en órganos de control de Sistemas extranjeros.

A pesar de su denominación, el Consejo no es un órgano puramente consultivo, sino una verdadera instancia de control cuya función no es la de emitir opiniones o pareceres, sino decisio--nes que tiene el carácter de cosa juzgada. Su creación manifiesta la decisión constituyente de subordinar la ley a la norma superior que consagra la Constitución.

En ocasión del XX aniversario de la Constitución Francesa, - el 28 de septiembre de 1978, el Presidente Giscard d'Estaing (19), subrayaba que gracias al Consejo, "la France est devenue un Etat de droit, c'est-a-dire que chaque autorité, même la plus haute, -- s'exerce sous le contrôle d'un juge". ("Francia se ha convertido en un Estado de Derecho, es decir que cada autoridad, aún la más alta, se ejerce bajo el control de un juez").

(19) Valéry Giscard es tenido como el Primer Presidente francés de la V República que se esforzó por respetar la distribución de competencias planeada en la constitución, entre el Presidente, el primer Ministro y el Parlamento, sin pretender ejercer en calidad de Jefe de Estado un poder omnímodo o por lo menos muy superior al del Gobierno, como ocurrió con de Gaulle y con Pompidou.

COMPOSICION DEL CONSEJO
CONSTITUCIONAL

El Consejo Constitucional se compone de dos clases de miembros: de derecho y por designación.

De conformidad con el artículo 56 de la Constitución francesa, los ex-presidentes de la República forman parte del Consejo, con el carácter de miembros vitalicios de derecho y el presidente del Consejo puede ser seleccionado de entre ellos.

El conjunto de derechos y deberes de ambas clases de miembros es prácticamente el mismo, salvo por lo que respecta a la formalidad de prestar juramento al tomar posesión y a la pérdida de oficio, del carácter de miembro, en caso de no respetar las incompatibilidades previstas por la ley no aplicables a los integrantes de derecho del Consejo.

Los ex-presidentes sólo excepcionalmente han ejercido una influencia real en el seno de la institución, siendo la regla que sea por imposibilidad física (muerte o enfermedad), o por razones varias de conveniencia política o personal, los miembros de derecho no se presentan a las sesiones del Consejo, a pesar de tener las mismas atribuciones que los miembros designados.

De conformidad con los dos cuerpos normativos fundamentales que regulan la existencia del Consejo, la Constitución Federal y la ordenanza N°. 58-1067 del 7 de noviembre de 1958, reformada en 1959, (20) la nominación de los nueve miembros restantes del Consejo (miembros por designación), compete a tres instancias.

Tres miembros son designados por el Presidente de la República, 3 por el Presidente del Senado y los demás por la Asamblea Nacional. La duración de su cargo es de nueve años, no existiendo posibilidad de una nueva nominación. Los miembros de esta clase son substituidos por tercios cada tres años. (21)

Normalmente uno de estos nueve integrantes del Consejo es designado para ejercer las funciones de Presidente. Esta designación compete al Presidente de la República. (Art. 56 Constitución).

(20) En el derecho Constitucional francés, la ordenanza es un acto jurídico emitido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias. Este acto tiene validez temporal y sólo al ser ratificado por el Parlamento, se convierte en Ley con vigencia permanente. La ley orgánica del Consejo, a la que se refiere la Constitución francesa en sus arts. 56, 57 y siguientes, fue originalmente expedida con el carácter de ordenanza que por versar sobre la composición, funcionamiento y organización de esa institución es conocida como la ordenanza orgánica del 7 de Noviembre de 1958.

(21) De acuerdo al art. 2 de la ordenanza orgánica, los nueve miembros del primer Consejo se mantuvieron en funciones un tiempo tal que hiciera posible la renovación terciada de los siguientes Consejos. Así, tres miembros fueron designados por tres años, tres más por seis años y los restantes por nueve años completos.

Al distribuir la facultad de nombrar a los miembros del Consejo entre tres autoridades -las más importantes del Estado-, se procura guardar cierto equilibrio en la composición de la Institución. Es interesante señalar que la facultad de designación no se confiere a las Asambleas, sino a los presidentes de las mismas. (22) No menos importante es destacar que la nominación es prácticamente libre, en el sentido de que ni la Constitución, ni la ordenanza orgánica del Consejo exigen requisitos particulares para formar parte de él. Así, fuera de las incompatibilidades - que determinan los Arts. 4, 5 y 10 de la ordenanza, el Presidente de la República y los de las Asambleas, no tienen que mantenerse dentro de límites legales estrictos para hacer sus respectivas designaciones.

Estos preceptos establecen que la calidad de miembro del Consejo es incompatible con la de miembro del Gobierno, del Parlamento o del Consejo económico y social. En caso de coincidencia de funciones, se aplican estas reglas:

(22) En la designación de los integrantes del Comité Constitucional de la IV República, antecedente del Consejo de la V. intervenían las Asambleas, lo cual confería ciertos matices políticos a la nominación. Al trasladar la facultad a los Presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, quiso evitarse ese elemento negativo, lográndose en buena medida hasta 1974, año a partir del cual algunas designaciones de miembros del Consejo han sido consideradas demasiado políticas.

A) Los miembros del Gobierno, del Parlamento o del Consejo económico y social, (23) designados para integrar el Consejo Constitucional, son considerados parte de éste, a menos que su voluntad en contrario se exprese ocho días después de la nominación;

B) Los miembros del Consejo Constitucional nombrados para incorporarse al otro Consejo, para ejercer funciones gubernamentales, o electos a alguna de las Asambleas, son relevados de sus funciones.

Durante el ejercicio de su cargo los miembros del Consejo no pueden ser nombrados para un empleo público, ni, en caso de ser funcionarios, recibir ofertas de promoción, a escoger.

La no observancia de los términos de estas incompatibilidades se sanciona con la pérdida de oficio del carácter de miembro del Consejo, produciéndose ésta también en el caso de que se decrete la suspensión de derechos civiles y políticos. La dirigencia o la conducción de algún partido o grupo político no puede tampoco coincidir con la presencia en el Consejo; mientras que

(23) El Consejo económico y social es un órgano de consulta, previsto constitucionalmente, cuya principal atribución consiste en ser obligatoriamente escuchado en relación a todo proyecto de ley económica o social, a excepción de los financieros. A pesar de coincidir las denominaciones, el Consejo Económico, a diferencia del Constitucional no emite resoluciones con fuerza de cosa juzgada, sino sólo puntos de vista, opiniones o recomendaciones. El económico y social es realmente un Consejo, mientras que el Constitucional es un Poder.

una magistratura, una actividad privada que no sea contraria a la independencia e imparcialidad de criterio, o una labor académica o de investigación pueden, en cambio, ejercerse por el miembro del Consejo, sin verse obligado a dimitir.

Es oportuno destacar que, para reforzar la estabilidad del Consejo, es el propio órgano, por voto secreto y por mayoría simple, el que se encarga de constatar el incumplimiento de las obligaciones de alguno de sus miembros, así como de verificar la observancia de las reglas relativas a las incompatibilidades señaladas por la Ley. En cuanto a la garantía de independencia de sus miembros, éstos son inamovibles.

FUNCIONAMIENTO DEL CONSEJO

Las bases de la administración interna del Consejo están previstas en la ordenanza del 58 en sus artículos 13 al 16.

Como se ha señalado ya, el Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República. El convoca y conduce las decisiones de este órgano y tiene voto de calidad.

El Presidente del Consejo está facultado para convocarlo y para administrar su presupuesto previsto en el gasto general de la República.

**EL PROCEDIMIENTO
ANTE EL CONSEJO**

Las decisiones del Consejo para ser válidas, requieren de un quórum de 7 miembros, salvo caso de fuerza mayor debidamente -- constatado y se toman por mayoría simple de votos.

El procedimiento que culmina con una decisión es, en cual---- quier caso, el mismo en lo general, presentando unas cuantas va-- riantes según la materia sometida al juicio del Consejo. Se trata de un procedimiento escrito, secreto y de tipo inquisitorio, a veces contencioso y en ocasiones no-contencioso.

Los casos de gran trascendencia que interesan a la opinión - pública llegan a hacerse del conocimiento común, no por medio - del Journal officiel, sino extraoficialmente, sea porque el órga- no recurrente divulga los términos de su apelación, o porque ésta la realizan conjuntamente varias personas, algunas de las cuales comentan su contenido a periodistas o simpatizantes. Este último caso es más o menos frecuente cuando el recurso lo promueven 60 - diputados o 60 senadores.

La célebre decisión del Consejo de 1962 relativa al referén- dum que convalidó la reforma constitucional fué tomada por 6 vo-- tos a favor contra cuatro (véase infra 340); la de 1976 sobre - el Parlamento europeo, por 5 votos a favor contra 4; y la de 1979 en materia presupuestaria, por 6 contra 3.

En términos generales se puede decir que el Consejo funciona con base en procedimientos no contenciosos, salvo el caso típicamente contencioso que es la materia electoral. Sin embargo, se puede sostener que existen pretensiones opuestas, además del litigio electoral, también en cuanto a incompatibilidades constitucionales; (24) tratándose de procedibilidad de propuestas de ley o enmiendas parlamentarias; o del control de constitucionalidad de leyes ordinarias o de compromisos internacionales. (25)

Analicemos el caso de la procedibilidad de propuestas de ley de que habla el Art. 41 Constitucional, el cual transcribimos a continuación.

"S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président - de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai - de huit jours". (26)

(24) El art. 23 Constitucional fija, por ejemplo, incompatibilidades entre la función de miembro del Gobierno y las de representante popular en el Parlamento o a nivel profesional.

(25) El art. 54 constitucional señala que si el Consejo declara inconstitucional un acuerdo internacional total o parcialmente, - su ratificación sólo puede efectuarse previa reforma constitucional. Aquí podría presentarse una controversia entre el Presidente y el Parlamento, que resolverá el Consejo.

(26) "Si en el curso del procedimiento legislativo se advierte - que una propuesta o enmienda no es del dominio de la ley o es contraria a una delegación de autoridad concedida en virtud del artículo 38, el Gobierno puede oponer su inadmisibilidad.

El Art. 41 preve el supuesto de que en pleno proceso legislativo entre en conflicto Parlamento y Gobierno, el uno pretendiendo substanciar una ley con un contenido determinado, y el otro considerando que éste no es materia legislativa o aunque lo sea, existe una delegación a su favor, del propio parlamento.

La litis o el punto de controversia queda fijado al no llegar ambas instancias a un acuerdo, teniendo que resolver una tercera con jurisdicción y competencia.

En cambio, percibimos un carácter claramente no contencioso, en los procedimientos del Consejo relativos a la revisión de oficio y obligatoria de la constitucionalidad de leyes, (art. 61) y a la deslegalización (27) de textos de forma legislativa, (art. 37).

El control de constitucionalidad de las leyes en Francia, por realizarse antes de que éstas entren en vigor y de oficio, no implica una controversia en la que una parte sostiene la conformidad entre la Constitución y el acto del Parlamento y otra la re-

En caso de desacuerdo entre el Gobierno y el Presidente de la Asamblea interesada, el Consejo Constitucional, a petición del uno o de la otra, resuelve en un término de 8 días".

(27) El art. 37 y el vocablo "deslegalización" (délégalisation), se refieren a la decisión del Consejo por medio de la cual, declara que el contenido de una ley, a pesar de la forma legislativa, corresponde a la materia reglamentaria, en virtud de lo cual queda "deslegalizada" y puede ser reformada, por ejemplo, sin la observancia del procedimiento legislativo.

bate. En el apartado siguiente volveremos sobre este punto, que representa la facultad del Consejo más relevante para nuestro estudio.

Normalmente el Consejo no actúa si no es llamado a hacerlo.- Hasta donde tenemos noticia, sólo en una ocasión, en 1974, se presentó un proyecto de reforma constitucional que contemplaba la posibilidad de que el Consejo actuara motu proprio, pero fue desechado.

Sin embargo, existen tres casos en que este órgano ejerce atribuciones sin necesidad de intervención previa o concurrente de alguno o algunos titulares o miembros de los otros Poderes.

Estos supuestos están previstos en los arts. 58 y 60 Constitucionales y 47 de la ordenanza orgánica, refiriéndose respectivamente a la proclamación de los resultados de la elección presidencial, a los de los referenda y a la facultad de presentar observaciones relacionadas con la lista de organizaciones políticas habilitadas para emplear medios oficiales de propaganda.

Fuera de estas excepciones, el Consejo tiene que ser excitado para actuar por cualquiera de las siguientes autoridades o personas, principalmente:

1. Presidente de la República
2. Primer Ministro
3. Presidente de la Asamblea Nacional
4. Presidente del Senado
5. Grupo de 60 senadores o 60 diputados.

Para los efectos relativos al control de constitucionalidad, pueden recurrir al Consejo, el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de cada Cámara (Asamblea y Senado) y un grupo de 60 diputados o 60 senadores (Art. 61 Constitucional). No debe omitirse que estas mismas autoridades pueden presentar recursos ante el Consejo para el deshaogo de algunas otras cuestiones distintas al control de constitucionalidad de leyes o actos de autoridad. Recordamos que la revisión de la constitucionalidad de leyes, reglamentos de las Asambleas y acuerdos internacionales es obligatoria, por lo que podemos afirmar que el recurso ante el Consejo se presenta de oficio.

Las decisiones del consejo se toman siempre en sesiones plenarios, por mayoría de votos y son publicadas en el Diario Oficial (Journal officiel).

Tienen carácter de cosa juzgada, no admitiéndose recurso alguno en su contra (Art. 62 Const.).

Además son obligatorias para todos los Poderes públicos y para todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Por lo que respecta al control de constitucionalidad de leyes y reglamentos de Asamblea, los efectos de la resolución del Consejo son erga omnes.

COMPETENCIA DEL CONSEJO

El órgano que analizamos dispone de una competencia vasta y heterogénea, dentro de la cual, empero, sus atribuciones de una u otra forma se relacionan y confluyen en una función genérica consistente en garantizar la vigencia del nuevo Estado de Derecho - francés surgido en 1958.

Concebido en sus orígenes como un órgano equilibrador entre Legislativo y Ejecutivo, creado para impedir esencialmente una nueva posición de predominio de aquél sobre éste, el Consejo ha logrado gradualmente una ampliación de sus atribuciones y una reafirmación de su importancia política y jurídica dentro del Estado, que, sin interferir con la de otros órganos no menos relevantes, lo han convertido en una Institución típica del Presidencialismo francés.

"....sans diminuer pour autant ni la vigilance du Conseil d'Etat à l'égard des actes réglementaires, ni la mission privilégiée de (gardienne de la liberté individuelle) - que l'article 66 de la Constitution attribue à l'autorité judiciaire, le Conseil Constitutionnel apparaît --- désormais comme le pouvoir de sanction essentiel dont - dispose l'Etat de droit dans notre pays. Aussi n'est-il pas exagéré d'avancer qu'il en constitue aujourd'hui le - garant." (28)

Para efectos de análisis agruparemos las facultades del Consejo en tres grandes apartados:

A) Atribuciones relativas al contencioso electoral y al desarrollo y resultados de las operaciones de referéndum.

B) Atribuciones concernientes a casos o situaciones excepcionales; y

C) Control de la constitucionalidad de Leyes y tratados internacionales.

A) Atribuciones contencioso-electorales.

El Consejo está facultado para juzgar la legalidad de la --

(28) "...sin disminuir sin embargo, ni la vigilancia del consejo de Estado con respecto a los actos reglamentarios, ni la misión privilegiada de "guardian de la libertad individual" que el artículo 66 de la Constitución atribuye a la autoridad judicial, - el Consejo Constitucional emerge de ahora en adelante, como el poder de sanción esencial de que dispone el Estado de derecho en - nuestro país. Así no es exagerado adelantar que él es hoy en día su garante." J.L. Quermonne, Le gouvernement de la France sous la - Va. République, Dalloz, Paris, 1980, pág. 373.

elección del Parlamento y del Presidente de la República, así como para constatar la regularidad de los procesos de referéndum y proclamar sus resultados. (Arts. 58, 59 y 60 Const.).

B) Competencia en materia de casos excepcionales.

Fundamentalmente es posible referirse aquí a dos situaciones específicas: el impedimento definitivo del Presidente de la República para ejercer sus funciones, previsto en el artículo 7 constitucional; y el caso de emergencia y otorgamiento de poderes extraordinarios al Presidente, contemplado en el Art. 16.

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Procedamos ahora a examinar la competencia del Consejo - directamente relacionada con el objeto central de nuestra investigación: el control de la constitucionalidad de las Leyes y de los actos fundamentales de Gobierno.

El Consejo tiene una competencia de atribución, o mejor, es una jurisdicción de atribución. No puede emitir resolución sobre cualquier cuestión relativa al orden constitucional, sino únicamente sobre aquéllas que le son atribuidas expresamente por una -

norma. Desde muy temprano el propio Consejo lo afirmó así en una célebre decisión de principio (sept. de 1961).

"Considerant que la Constitution a strictement delimité - la compétence du Conseil Constitutionnel; que celui-ci - ne saurait être appelé à statuer ou à émettre un avis - que dans les cas et suivant les modalités qu'elle a --- fixés." (29)

Este carácter de jurisdicción de atribución deriva del hecho de que la Constitución no contiene ningún catálogo de facultades que configuren limitativamente la competencia del Consejo, por lo cual podría pensarse que este órgano tiene capacidad jurídica - ilimitada.

Sin embargo, establecidos sus límites por la decisión de -- principio antes referida, el Consejo sólo actúa en los casos en - que un texto legal, Constitución u ordenanza orgánica, le autori- zan a hacerlo, sea en materia de consulta o bien jurisdiccional.

En estas condiciones, fuera de las situaciones contempladas en las leyes, el Consejo, en principio, se declara incompetente.

Ahora bien, esta tesis ha sufrido algunas excepciones que po

(29) "Considerando que la Constitución ha delimitado estrictamen- te la competencia del Consejo Constitucional; que éste no podrá - ser llamado a decidir o a emitir una opinión sino en los casos y según las modalidades que ella (la Constitución) ha fijado." Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 2a. ed. 1979 (en - abreviation G.D.), No. 15.

demos ilustrar con tres ejemplos de circunstancias en las que el Consejo ha decidido intervenir, interpretándola con cierta flexibilidad.

A) El Consejo emite un visto bueno sobre la decisión de recurrir a un referéndum, a pesar de que su competencia se reduce a vigilar el desarrollo del mismo y a proclamar sus resultados;

B) Verifica la ausencia del Presidente, siendo que su facultad consiste sólo en verificar el impedimento del Jefe de Estado para ejercer sus funciones; y, muy importante

C) Ha llegado a admitir, recurso interpuesto ante él por 60 parlamentarios en relación a la revisión de compromisos internacionales, siendo que el Art. 60 Constitucional sólo faculta a los legisladores a presentarlo tratándose de leyes.

No obstante estos casos excepcionales y sobre todo en cuanto al control de constitucionalidad de Leyes y actos de Gobierno, el Consejo se ha ajustado a su propia tesis, considerando su competencia en su sentido restringido.

El artículo 61 de la Constitución francesa, establece la obligación de someter las leyes orgánicas y las reglamentarias de las Asambleas parlamentarias, antes de su promulgación y apli-

cación a la revisión del Consejo Constitucional, a efecto de que éste se pronuncie sobre su conformidad con la Constitución. Para los mismos efectos señala este precepto en la actualidad, que las leyes pueden ser remitidas a este órgano por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidnete de una u otra Asam- blea o 60 Diputados o 60 Senadores. La inclusión de un grupo de legisladores en el elenco de las instancias que pueden recurrir - al Consejo data de 1974 y ha representado un cambio muy importan- te en cuanto al significado Constitucional del Consejo. De 1958 a 1974 para los parlamentarios estaba excluida la facultad de diri- girse al Consejo el cual tuvo que esperar, por ejemplo, 10 años para pronunciarse por vez primera sobre la constitucionalidad de una Ley (30) . Su competencia era más bien la de un árbitro de - conflictos de atribuciones entre los poderes, que la de un juez - de fondo en materia constitucional. A partir del 74 esta última función ha tenido un desarrollo notable, convirtiendo al Consejo en una auténtico órgano de control de constitucionalidad.

Cuatro grandes apartados podemos distinguir en cuanto a la - competencia del Consejo en materia de control de constitucionali- dad de actos del Poder legislativo.

(30) En total antes de la reforma del 74, el Consejo sólo revisó 9 leyes ordinarias. En cambio en los primeros 6 años posteriores a la reforma ha examinado 60 leyes, 56 de las cuales le fueron - turnadas por grupos de parlamentarios.

Control de Leyes orgánicas y de reglamentos de las Asambleas.

Esta área de control presenta la particularidad de ser obligatoria. Esto implica que las leyes orgánicas no puede ser promulgadas, ni los reglamentos de las asambleas aplicados, sin una declaración previa de Constitucionalidad.

Sin embargo, este control no es exactamente de oficio, en el sentido de que en forma automática el Consejo examine la conformidad de la Ley con la Constitución. Es necesario que el Primer Ministro envíe el Proyecto al Consejo, para que éste lo revise, pero aquél está obligado a hacerlo para que, hecha la revisión proceda la promulgación de la Ley.

Por lo que respecta a los reglamentos de las Asambleas, --- quien los turna al Consejo es el Presidente de cada una de ellas.

El órgano de control dispone de un mes para resolver, período durante el cual tanto el plazo para promulgar la ley o el reglamento, (31) como su aplicación, quedan suspendidos.

En esta materia las decisiones del Consejo han sido especialmente relevante para el funcionamiento constitucional de Francia.

(31) El Presidente de la República dispone de 15 días para promulgar una ley aprobada definitivamente.

Hasta la década pasada, el Consejo fué llamado a controlar - unas 40 leyes orgánicas, la mayoría de las cuales ha considerado conformes a la Constitución.

Más aún, las primeras leyes orgánicas emitidas con base en - la Constitución del 58, bajo la forma de ordenanzas, nunca han si - do, ni directa, ni indirectamente (32) revisados por el Consejo, el cual ha sostenido la tesis de que su "constitucionalidad es -- incontestable." (33)

Sin embargo, en dos ocasiones, una de ellas muy significati - va, el órgano de control francés ha invalidado leyes orgánicas:

A) Decisión del 5 de Julio de 1977, ley orgánica que modifi - caba el régimen de suplencias parlamentarias, por ser contraria - al artículo 25 de la Constitución.

B) Decisión del 20 de Enero de 1972, ley orgánica relativa - a incompatibilidades parlamentarias, en algunos de sus preceptos, los cuales prescribían la intervención del Consejo, en cuestio--- nes que éste consideró ajenas a su competencia Constitucional.

(32) Por medio de modificaciones a la ordenanza en una nueva ley orgánica.

(33) Decisión del 15 de Enero de 1960, (G.D.), No. 8).

Esta resolución es notable pues conlleva, una vez más, a una autolimitación del Consejo en materia de control de constitucionalidad.

Control de Leyes ordinarias.

El art. 61, párrafo segundo de la Constitución francesa establece la posibilidad de que las leyes ordinarias sean turnadas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, para que este se pronuncie sobre su conformidad con la Ley Fundamental.

A diferencia del caso de las leyes orgánicas, cuyo control de constitucionalidad es obligatorio, las leyes ordinarias pueden o no ser enviadas al Consejo por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por los presidentes de las Asambleas o por 60 diputados o 60 senadores.

Dos decisiones del Consejo (34) aclaran el distinto tratamiento que en materia de control de constitucionalidad, prescribe la Constitución francesa para cada tipo de ley.

(34) Las decisiones del Consejo equivalen, mutatis mutandis a la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, en tanto establecen el criterio de este órgano en cuanto a la interpretación de la Constitución y de los alcances de su propia competencia. Se publican periódicamente bajo el rubro de "Grandes décisions du Conseil Constitutionnel".

"le juge constitutionnel ne contrôle que ce qui lui est -
soumis et ne peut donc étendre son contrôle à des lois -
ordinaires non soumises, même si elles sont étroitement
liées à la loi organique contrôlée et en conditionnement -
la portée (décision du 15 juillet 1976); mais il contrôle
tout ce qui lui est soumis, même si telle disposition
n'a pas le caractère de disposition de loi organique, mais
de loi ordinaire (décision du 28 janvier 1976)." (35)

En otros términos, mientras las leyes orgánicas necesariamen
te se controlen, las ordinarias pueden ser o no controladas. En
ambos casos se requiere que uno de los titulares del droit de -
saisine au Conseil (derecho de turnar la ley al Consejo), actúe -
para que éste, una vez saisi (recurrido), ejerza la función de -
control.

El art. 61 Constitucional rompe con una tradición secular -
del Constitucionalismo francés al permitir que las leyes sean -
controladas antes de su promulgación y sienta las bases de un con
trol de la actividad legislativa que ha tenido un desarrollo es-
pectacular en los últimos años.

Hasta 1974 la revisión de la constitucionalidad de leyes or-
dinarias dependiente de la saisine del Primer Ministro o de los -
Presidentes de la República o de ambas Asambleas, había sido muy

(35) "el juez constitucional no controla sino aquéllo que le es
sometido y no puede por tanto, extender su control, a leyes ordi-
narias no sometidas, aun si éstas están estrechamente ligadas a -
la ley orgánica controlada o si condicionan sus alcances, (deci-
sión del 15 de Julio de 1976); pero él controla todo lo que le -
es sometido, aun si tal disposición no tiene el carácter de ley -
orgánica, sino de ley ordinaria (decisión del 28 de enero de 1976)".

discreta. A partir de esa fecha, la inclusión de los grupos parlamentarios en el elenco de los titulares del droit de Saisine, - se tradujo en una multiplicación de recursos de inconstitucionalidad sorprendente.

Paralelamente el Consejo fue modificando el concepto de "conformité a la Constitution", incorporándole los principios contenidos en el preámbulo de la Constitución (36) y en las declaraciones de derechos.

De esta manera, en la actualidad, la validez de una ley se aprecia en relación a toda una gama de normas superiores.

En la teoría constitucional francesa se emplea el término Bloc de la legalité Constitutionnelle, para designar al conjunto de normas supremas a los cuales debe ajustarse la ley para ser válida.

"Par bloc de constitutionnalité, il faut comprendre l'ensemble des dispositions s'imposant au législateur, --- qu'elles émanent d'un instrument de valeur constitutionnelle ou non." (37)

(36) El preámbulo del 58 declara: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como han sido definidos por la declaración de 1789, confirmados y completados por el preámbulo de la Constitución de 1946".

(37) "Por bloqueo de constitucionalidad debe entenderse el conjunto de disposiciones que se imponen al legislador, sea que emanen de un instrumento de valor constitucional o no." Didier Maus, Etudes sur la Constitution de la V République, Les Cahiers constitutionnels de Paris I. Paris, 1990.

Este "bloqueo" comprende:

A) La declaración de derechos de 1789.

En julio de 1975 el Consejo declaró contraria al principio de igualdad, una reforma que modificaba el Código de procedimientos penales y que habría permitido que ciertos delitos fueran juzgados, a veces por un tribunal colegiado y en otras por un juez único.

B) El preámbulo de la Constitución de 1946.

El 15 de Enero de 1975, el Consejo decidió que la ley sobre la interrupción voluntaria de la gravidez no violaba la disposición del Preámbulo, según la cual la Nación garantiza al niño la protección de la salud.

C) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Decisión del 25 de julio de 1979, confirmada por la del 22 de julio de 1980, reconociendo al derecho de huelga el valor de principio constitucional, lo que obliga al Parlamento a emitir normas en la materia.

D) Los artículos de la Constitución.

Decisión del 12 de enero de 1977 que declara atentatoria del

Art. 66 de la Constitución (38), la ley que autorizaba la inspección de vehículos.

E) Las leyes orgánicas.

El 24 de diciembre de 1979 el Consejo declaró no conforme a la Constitución la ley de finanzas para 1980, aplicando la ley orgánica del 2 de enero de 1959 que exige un voto de la primera parte de la ley de finanzas, antes de pasar a la discusión de la segunda.

La declaración de conformidad de una Ley con todos los principios y todas estas normas permite que el término para su promulgación, suspendido por la revisión, vuelva a correr.

En cambio, la decisión de inconstitucionalidad invalida la ley, la cual es inaplicable. Como hemos señalado las resoluciones del Consejo son inapelables y se imponen a todas las jurisdicciones.

El Control de los Compromisos Internacionales.

Se trata igualmente de un control a priori, pues se efectúa sobre acuerdos concluidos, pero no definitivos, sino sujetos a ratificación.

(38) Este artículo establece que la autoridad judicial es garante del principio de libertad y lo asegura en las condiciones previstas por la ley.

Una vez aprobado y ratificado el tratado adquiere una superioridad constitucional sobre la ley, estatuida por la propia Constitución, en su artículo 55.

"Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." (39)

El control de acuerdos internacionales difiere del de las leyes en dos aspectos esenciales:

1) Sólo puede ser turnada una propuesta de compromiso internacional por el Presidente de la República, por el Primer Ministro y por los Presidentes de las Asambleas.

La reforma Constitucional al Art. 61, ocurrida en 1974 abre la posibilidad de que grupos parlamentarios apelen al Consejo pero sólo para la revisión de leyes ordinarias. Sin embargo el órgano de control no ha descartado la posibilidad de que un recurso de origen parlamentario sea admitido para verificar la constitucionalidad de alguna ley orgánica relativa a la aprobación de tratados. (Décision du 30 déc., 1976).

(39) "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte."

2) La declaración de no conformidad con la Constitución no conduce a la invalidez del acuerdo, o a su modificación, sino a una reforma constitucional.

Art. 54.- "Si le conseil Constitutionnel saisi par le Président de la République par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de la ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution." (40)

Es decir que procedería una reforma Constitucional para hacer compatibles a la Ley Fundamental y al tratado. Más aún, en el Derecho constitucional francés, se presenta en virtud de esta disposición y de la del art. 55 que proclama la superioridad de los compromisos internacionales frente a las leyes el problema de si el Consejo debe o no oponerse a la promulgación de una ley contraria a un tratado.

Al respecto opina M. Duverger:

"La réponse semble positive en vertu de l'article 55 de la Constitution..... En effect, une loi contraire à un traité serait contraire à l'article 55 de la Constitution" (41); y por lo tanto inconstitucional.

(40) Art. 54. "Si el Consejo constitucional, llamado por el Presidente de la República, por el Primer Ministro o por el Presidente de una u otra Asamblea, ha declarado que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o para aprobarlo no puede hacerse, sino después de la reforma de la Constitución."

(41) "La respuesta parece positiva en virtud del artículo 55 de la Constitución.... En efecto una ley contraria a un tratado sería contraria al art. 55 de la Constitución". M. Duverger, op.cit. - pág. 656.

**El Control de la distribución
de Competencias legislativa y reglamentaria**

Esta es la función que en sus orígenes caracterizó al Consejo: arbitro en los conflictos entre el dominio legislativo y el reglamentario.

En la materia se pueden distinguir dos casos:

A) Resolver una diferencia entre el Gobierno y la Asamblea.

De acuerdo al art. 41, si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una propuesta o una enmienda no es del dominio de la ley o es contraria a una delegación de autoridad concedida en los términos del art. 38 (42), el Gobierno podrá oponerse a su admisión y de entrar en conflicto con el Presidente de la Asamblea interesada, el Consejo resuelve en 8 días, a petición de alguna de las partes. (43)

B) Autorizar al gobierno a modificar por decreto un texto de forma legislativa.

Hace falta en este caso, partir del supuesto inverso al an--

(42) El art. 38 establece la posibilidad de que el parlamento autorice al Gobierno a emitir ordenanzas cuyo contenido sea del dominio de la ley, durante un período limitado.

(43) Sobre l'irrecevabilité del Derecho constitucional francés y la función del Consejo al respecto, véase supra 316.

terior, pues aquí nos encontramos ante leyes que ha expedido el Parlamento sobre materias que son de dominio reglamentario.

Estos reglamentos de forma legislativa pueden ser modificados por el Gobierno, por medio de decretos puesto que son sólo formalmente leyes.

Sin embargo, el art. 37 Constitucional establece que para que el Gobierno pueda emitir el decreto correspondiente, previa opinión del Consejo de Estado, se requiere una declaración del Consejo Constitucional en la que se establezca que la ley que será modificada, en cuanto al fondo, tiene carácter reglamentario (44). La intervención del Consejo Constitucional es obligatoria y el Primer Ministro es quien recurre a él. (Arts. 37 Constitucional y 24 de la ordenanza del 7 de noviembre de 1958).

Hasta aquí nuestra referencia a la competencia del Consejo en cuanto al control de constitucionalidad de leyes y actos fundamentales, propiamente dicho.

Pasamos ahora a examinar los efectos jurídicos de las resoluciones del Consejo.

Efectos de las decisiones del Consejo

Conviene reiterar que no existe apelación directa del ciuda-

(44) Véase supra 308.

dano al Consejo, ni auto-apelación. El Consejo actúa siempre que alguna de las instancias atribuidas del droit de saisine, recurra ante él. Asimismo cabe recordar que el control que ejerce es a -- priori, esto es, antes de que el acto legislativo que controla se aplique a un caso concreto.

Las características de sus decisiones son las siguientes:

- A) Se trata de determinaciones inapelables, (cosa juzgada); (Art. 62 Const.);
- B) Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas, (efectos erga omnes), (Art. 62 - Const);
- C) Si el Consejo declara que la ley contiene una disposición inconstitucional e inseparable del conjunto de la propia ley, ésta no puede ser promulgada (Art. 22, ordenanza orgánica).
- D) Si en cambio, la disposición inconstitucional sí es separable de la ley, el Presidente de la República puede promulgarla, con exclusión de aquélla, o pedir una nueva revisión a las cámaras (Art. 23, ordenanza orgánica);

- E) Si un reglamento parlamentario contiene alguna disposición inconstitucional, ésta no puede ser aplicada por la Asamblea que la aprobó. (Art. 23, ordenanza orgánica);
- F) Si un tratado internacional es considerado inconstitucional por el Consejo, no podrá aprobarse, ni ratificarse, sin una reforma constitucional previa. (Art. 55 Constitucional).

**Consideraciones finales
sobre la actuación del Consejo
Constitucional Frances.**

Es particularmente arriesgado emitir un juicio sobre la actividad del Consejo por dos razones fundamentalmente

1.- Porque su competencia es muy amplia y variada, no siendo posible englobar en una opinión general su función de control de constitucionalidad y la de Tribunal electoral, por ejemplo.

2.- Porque en distintas épocas el Consejo ha sido a la vez cauteloso y riguroso, por una parte, y audaz y flexible por la otra, al interpretar su propia competencia y ejercerla en la práctica.

"la jurisprudence élaborée par le Conseil constitutionnel paraît tout à la fois prudente, audacieuse, libérale et progressiste. Elle s'est attachée à préserver un ordre juridique favorable aux libertés individuelles, aux libertés collectives classiques et à l'autorité de l'Etat." (45)

En términos muy generales cabría decir que el balance de su actuación ha sido muy positivo y que de acuerdo a la mayoría de los estudiosos del Derecho Público francés, el Consejo le ha impreso a la V República un sello típico de "Etat de Droit", al velar por el equilibrio de los Poderes Políticos y por la supremacía de la Constitución.

Por último, vale la pena señalar que existen algunos obstáculos y límites que han impedido e impiden que en todos los casos el Consejo pueda actuar como auténtico protector de la Constitución.

Límites del Control de Constitucionalidad del Consejo

Tres clases de actos escapan al control del Consejo:

(45) "La jurisprudencia elaborada por el Consejo Constitucional parece a la vez prudente, audaz, liberal y progresista. Ella se ha dedicado a preservar un orden jurídico favorable a las libertades individuales, a las libertades colectivas y a la autoridad del Estado". Didier Maus, Le Parlement sous la V République. PUF, coll. Que sais-je?, París, 1985, pág. 79.

A) Los actos del ejecutivo que dependen normalmente del control de las jurisdicciones administrativas (46), siempre que no constituyan actos de gobierno.

Como en general se trata de decisiones del Presidente de la República o del Gobierno en relación al Parlamento o al electorado, existe toda una categoría de decisiones que emanan de las autoridades ejecutivas que quedan fuera de todo control de constitucionalidad. Tal es el caso de las disoluciones del Parlamento, del procedimiento de revisión constitucional o del recurso al referéndum.

B) Leyes emanadas de un referéndum.

El Consejo se ha declarado incompetente para revisar su constitucionalidad sosteniendo la tesis de que por ser estas leyes expresión directa de la soberanía popular, quedan fuera de todo tipo de control.

Un célebre caso al respecto ocurrió en 1962 en ocasión del referéndum convocado por de Gaulle par modificar la Constitución con "fundamento" en el art. 11 y establecer la elección por sufra

(46) En Francia están claramente diferenciadas las funciones de constitucionalidad y de control de legalidad, quedando ésta última a cargo de los tribunales administrativos (Conseil d'Etat) u ordinarios (Cour de cassation).

gio universal directo del Presidente de la República. Detengamos en este importante episodio de la historia constitucional francesa moderna.

El artículo 11 establece que:

"Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi -- portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être -- contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions." (47)

De Gaulle empleó un procedimiento, que es totalmente inadecuado para reformar la Constitución, toda vez que ésta no es simplemente una ley, sino la ley superior. El art. 11 autoriza al Presidente a convocar a referéndum tratándose de leyes relativas a la organización de los poderes públicos, pero no en cuanto a revisiones constitucionales.

El General lo hizo por dos razones fundamentales:

A) Porque sabía que dado su prestigio y fuerza política --

(47) "El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, durante el período de sesiones o a propuesta conjunta de las dos asambleas publicada en el Diario Oficial, puede someter a referéndum todo proyecto de ley relativo a la organización de los poderes públicos, concerniente a la aprobación de un acuerdo de Comunidad o tendiente a analizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, tuviera incidencia sobre el funcionamiento de las instituciones."

real en esos momentos, contaría con la aprobación ciudadana, tal como ocurrió, para llevar adelante su propósito de que en lo sucesivo el Jefe de Estado se eligiera por voto directo. El referéndum arrojó un "si", representativo del 80% aproximadamente, de los votantes;

B) Porque sabía que de optar por alguno de los procedimientos de reforma constitucional previstos en el art. 89, en cualquier caso tendría que enviar su proyecto a las Asambleas para su aprobación. Era obvio que el Parlamento lo rechazaría, en tanto la elección directa del Presidente reforzaba su peso político dentro del Sistema en detrimento del de las Asambleas.

Sin embargo, salta a la vista la inconstitucionalidad del procedimiento utilizado por de Gaulle para lograr su propósito.

M. Gaston Monnerville, a la sazón presidente del Senado, recurrió ante el Consejo Constitucional, demandándole que se pronunciara sobre la constitucionalidad del referéndum. El órgano de control se declaró incompetente (décision du 6 Novembre de 1962) y la ley referendaria, fue promulgada.

"Interprétant restrictivement sa compétence, le Conseil ne se reconnaît compétent qu'envers les lois d'origine parlementaire (art. 61 a contrario de la constitution). - En outre, argument péremptoire, le référendum, expression directe de la souveraineté échappe de ce fait à toute censure. Ceci règle, au passage, la querelle de -

l'article 11. En admettant que la coutume ne puisse pas apporter une réponse satisfaisante, l'utilisation directe du référendum a constitué un fausement de la constitution, à l'origine. Mais dès l'instant où le peuple a approuvé la révision, le vice qui l'entachait a été purgé." (48)

Esto significa que el Consejo considera desde entonces que su competencia no puede extenderse a los casos del referéndum, expresión directa de la voluntad popular. Esta determinación constituyó un auténtico precedente de interpretación restrictiva de sus atribuciones efectuada por el propio Consejo.

C) Leyes promulgadas.

El Consejo no acepta pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad de leyes en vigor, ni siquiera indirectamente, en el caso de revisión de otra ley relacionada con la vigente.

Es decir que el control de constitucionalidad que realiza el Consejo es siempre a priori y nunca a posteriori.

(48) " Interpretando restrictivamente su competencia, el Consejo no se reconoce competente sino en cuanto a leyes de origen parlamentario (art. 61 a contrario de la Constitución). Además, argumento perentorio, el referéndum, expresión directa de la soberanía escapa de esta forma a toda censura. Este resuelve además la disputa del art. 11. Admitiendo que la costumbre no puede aportar una respuesta satisfactoria, el uso directo del referéndum constituyó un falseamiento de la Constitución de origen. Pero desde el momento en que el pueblo aprobó la revisión, el vicio que la manchaba fue purgado". A. Hauriou, J. Gicquel, Droit Constitutionnel et Institutions Politique, 7a. Edition, Mont chretien, París, 1980, pag. 944.

CAPITULO VII

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

1.- La Constitución española de 1978; 2.- El Tribunal -
Constitucional; 2.1. Competencia del Tribunal; 2.2.- -
El Control de Constitucionalidad.

LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

Una vez concluido el régimen del General Franco y con base -
en la Ley 1/1977 de 4 de enero para la Reforma Política, las Cor-
tes españolas aprobaron el 31 de octubre de 1978 una nueva Cons--
titución.

La Ley Suprema recién creada fue ratificada por el pueblo es
pañol por la vía del referéndum en diciembre de ese mismo año. (1)

Esta Constitución no es producto de una serie de transforma-
ciones lineales o continuas del Sistema constitucional español, -
sino antes bien, un intento, exitoso hasta el momento, de instau-
rar en aquella Nación un régimen democrático, basado en los prin-
cipios generales del Estado de Derecho, que substituyese normati-
va y políticamente a la larga dictadura franquista.

"No es necesario profundizar mucho en nuestra historia -
constitucional, para llegar a la conclusión de que esta -
no ha sido -al menos hasta hoy- evolutiva. En nuestro -

(1) En el referéndum del 6 de diciembre de 1978, votó el 67% de -
los electores potenciales, y de ellos el 87% lo hizo afirmativamente.

pasado, una nueva Constitución no supuso el perfeccionamiento o adecuación de la anterior, sino la derogación de sus principios y el establecimiento de otros distintos, al socaire -todo ello- de continuos levantamientos que jalonan nuestra azarosa vida decimonónica". (2)

La Carta constitucional del 78 define a España como un Estado social y democrático de Derecho, basado en el principio de soberanía popular.

Su forma de gobierno será la de una Monarquía Parlamentaria, fundada en la indisoluble unidad de la Nación española.

Los órganos constituidos del Estado son los siguientes: El Rey, las Cortes Generales, el Gobierno, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Además de ellos, por supuesto, existen órganos ejecutivos, legislativos y judiciales de las provincias y de las comunidades autónomas, así como ayuntamientos.

El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de la Unidad Nacional, arbitro y moderador del funcionamiento regular de las Instituciones. La Corona española es desde luego, hereditaria.

El Rey de España sanciona y promulga las leyes; convoca y disuelve las Cortes; convoca a referéndum; propone al Presidente del Gobierno y pone fin a sus funciones; nombra y separa a los

(2) Cano Mata Antonio. "El Control de Garantías por el Tribunal Constitucional y otros estudios". Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1985, pág. 14.

miembros del Gobierno a propuesta de su Presidente; tiene el mando de las fuerzas armadas; ejerce la facultad de indulto; y expide los decretos acordados por el Consejo de Ministros. Igualmente acredita a embajadores y recibe la acreditación de representantes extranjeros en España, así como declara la guerra, previa autorización de las Cortes.

Todos sus actos deben llevar el refrendo del Presidente del Gobierno y del Ministro del ramo. De esos actos no es responsable el Rey, sino quienes los refrendan.

Las Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado y constituyen al Poder Legislativo.

El Congreso representa al Pueblo, mientras que el Senado a las provincias y comunidades autónomas del Estado. Ambos son electos cada cuatro años.

Las Cortes Generales españolas tienen una serie de atribuciones constitucionalmente previstas y un peso político real, correspondientes al Sistema Parlamentario. El Congreso emite votos de confianza al gobierno por mayoría absoluta o mociones de censura por la misma mayoría. El Gobierno por ende es responsable ante él políticamente. Una moción de censura, como se sabe, trae como consecuencia la dimisión del Gobierno, la cual se presenta an-

te el Rey. Lo mismo ocurre cuando la confianza le es negada al -
Presidente del Gobierno (Arts. 112, 113 y 114 constitucionales).

El Gobierno español se compone del Presidente y de los minis
tros. El primero dirige la política exterior e interior y la ad-
ministración civil. Ejerce además la función ejecutiva y tiene -
la potestad reglamentaria.

El presidente del Gobierno es designado después de cada re--
novación del Congreso, a propuesta del Rey y con aprobación (voto
de confianza) del Legislativo.

Los ministros son nombrados por el Rey, a propuesta del Pre-
sidente.

El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo
de Ministros, propone al Rey la disolución del Congreso, del Sen
do o de ambas Cortes. Pronunciada la disolución se convoca a nue
vas elecciones. Es importante señalar que esta propuesta no pue-
de presentarse cuando está en trámite una moción de censura.

El Tribunal Supremo, es el órgano jurisdiccional superior -
con competencia en toda España, y en todas los órdenes salvo -
lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Procedamos ahora, previa visión general de la estructura orgánica del Estado español, al estudio específico de su órgano de Control de Constitucionalidad.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional español es el órgano facultado por la Constitución para ejercer funciones de control de constitucionalidad.

Se compone de 12 miembros, designados todos por el Rey, propuestos por los siguientes órganos, en estas proporciones.

A) Cuatro miembros por el Congreso, por mayoría de tres quintas partes de votos,

B) Cuatro miembros más propuestos por el Senado con idéntica mayoría calificada;

C) Dos más, aprobados por el Gobierno; y

D) Los dos últimos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial. (3)

(3) El Consejo General del Poder Judicial de España es el órgano de gobierno de este poder. Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, quien lo preside y por veinte miembros de la Judicatura y juristas connotados.

Los integrantes del Tribunal deben ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional. Duran en su cargo nueve años y se renuevan por terceras partes cada tres.

Los miembros del Tribunal son inamovibles y su cargo es incompatible con su pertenencia a alguno de los Poderes Constituidos del Estado, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o sindicato y con cualquier actividad profesional o mercantil. Estas incompatibilidades se refieren a cargos del Estado y de las entidades locales.

Cabe señalar que los integrantes del Tribunal, denominados magistrados, no pueden ser destituidos, ni suspendidos, sino por alguna de las causas que la Ley establece. (4)

Este órgano tiene 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 este órgano.

(4) La Ley en cuestión es la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y las causas de referencias están prescritas en su Art. 23.1.

Antes de iniciar el estudio de la competencia del Tribunal, conviene precisar que este órgano no forma parte del Poder Judicial. (5) A pesar de ser un órgano jurisdiccional, su organización y funcionamiento son distintos a los de los Tribunales de justicia.

Este órgano conoce en forma excluyente de cualquier otro de las cuestiones de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad. Su competencia se circunscribe exclusivamente a esta materia, quedando el control de legalidad fuera de su alcance y a cargo de la jurisdicción ordinaria. (6)

Se trata en suma, del intérprete supremo de la forma constitucional.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Constitucional tiene una competencia de atribución, conferida por la Constitución española de 1978 y por la Ley orgánica de 1979.

(5) En España se ha optado por el Sistema de control de constitucionalidad de naturaleza jurisdiccional, en la especie, encomendado a un órgano único y diferente a los tribunales ordinarios.

(6) "El Tribunal Constitucional no controla la infracción de la Ley, sino la violación de la Constitución". (Sala Segunda, recurso de amparo núm. 378/1981. Sent. número 14/1982 de 21 de abril, BOE 18 de Mayo. Ponente: D. Rafael Ferrer Morant).

La función de control de constitucionalidad la realiza este órgano, sólo en los casos en que los ordenamientos citados lo facultan al efecto.

La Constitución establece:

Art. 161. 1. "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas."

Por su parte, la ley orgánica del Tribunal en sus artículos 2.1 y 10, pormenoriza la competencia de este órgano en los siguientes términos:

"El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina:

- a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53, 2, de la Constitución.
- c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

f) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución.

g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley.

h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas.

El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos:

a) De los recursos y de las cuestiones de inconstitucionalidad.

b) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas o de los éstas entre sí.

c) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

d) Del control previo de constitucionalidad.

e) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución.

f) De la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional.

g) Del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas.

h) De la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

i) Del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23 de la presente Ley.

j) De la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal.

k) De cualquier otro asunto que, siendo competencia del Tribunal, recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una Ley orgánica."

Como podrá advertirse, se trata de una vasta competencia, - que a diferencia de órganos como el Conseil Constitutionnel francés (7) o la Corte Costituzionale italiana (8), prácticamente en su totalidad (9) se refiere al ámbito de control de constitucionalidad.

En tal virtud, para efectos de exposición y análisis agruparemos en dos apartados los asuntos que conoce el tribunal, a saber:

- A) Competencia relativa a asuntos internos propios.
- B) Competencia de control de constitucionalidad.

COMPETENCIA EN ASUNTOS INTERNOS

Sugerimos esta denominación para mencionar muy brevemente - las cuestiones de las que se ocupa el Tribunal que, prácticamente por excepción, son de su competencia pero no tienen relación alguna con la función de control de constitucionalidad.

(7) Véase capítulo VI.

(8) Véase capítulo IV.

(9) Si prescindimos de la competencia interna del tribunal para decidir sobre el nombramiento de los Magistrados que integran sus salas o para expedir su reglamento interno, por ejemplo, podemos afirmar que este órgano no ventila otros asuntos distintos a los relativos al control de constitucionalidad.

De ellas, las principales serían las siguientes:

El Tribunal es competente para conocer de:

1. La verificación de los nombramientos de sus miembros y - del cumplimiento de los registros legales para ser designa-- dos;
2. Los nombramientos de los magistrados que han de integrar cada una de sus salas;
3. La recusación de los Magistrados del Tribunal;
4. El cese de los mismos; y
5. La aprobación y modificación de su reglamento interno.

Como podrá observarse, nos hallamos en presencia de facultades de organización interna, en relación a las cuales, no es necesario hacer mayores consideraciones.

COMPETENCIA RELATIVA AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La competencia del control de constitucionalidad del Tribunal que analizamos tiene su fundamento en el art. 161.1 de la Ley Suprema del Estado español, antes transcrito. (10)

(10) Véase supra 351.

Examinaremos sus facultades en el orden en que este precepto las establece, no sin antes reiterar la gran importancia que el conjunto de ellas tiene para el Sistema de "Justicia Constitucional" español.

EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LEYES Y ACTOS CON FUERZA DE LEY

Este recurso se emplea para impugnar la inconstitucionalidad de leyes y actos con fuerza de Ley, teniendo como objetivo genérico la preservación de los principios de supremacía y rigidez constitucionales en sus aspectos formales y materiales. (11)

Se trata de una forma de control "general", por oposición al exámen "particular" de la constitucionalidad de una Ley o de un acto con fuerza de Ley.

Con lo anterior queremos destacar que en España la constitucionalidad de una Ley puede controlarse, tanto en forma directa o en "vía de acción", antes de que la norma entre en vigor, como de manera indirecta o por vía incidental, cuando es aplicada a un caso concreto dentro de un juicio.

(11) El artículo noveno de la Constitución española establece el principio de supremacía, en sus párrafos 1º y 3º. En cuanto al de rigidez, está inserto en el procedimiento para reformar la Constitución, descrito en sus artículos 167, 168 y 169.

Algunos autores distinguen estas modalidades mediante el uso de los términos "control abstracto" y "control concreto", respectivamente.

"Así como el recurso de inconstitucionalidad constituye un 'control abstracto de garantía de constitucionalidad - de normas con rango de Ley, la denominada cuestión de - constitucionalidad', viene a configurar un 'control concreto' de garantías." (12)

Más adelante volveremos sobre la diferencia entre el "recurso de inconstitucionalidad" y la "cuestión de constitucionalidad", en el derecho español.

De momento es necesario aclarar otro problema sin duda muy - relevante para nuestro tema.

El Art. 161.1 inciso a) constitucional establece que "la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si - bien la sentencia o sentencias recaídas, no perderán el valor de cosa juzgada".

Esta parte del artículo que analizamos suscitó serias contro-versias en el debate respectivo de ambas cámaras. El punto cen--tral de la discusión se refería a si la jurisprudencia sería --

(12) Cano Mata Antonio, op. cit. pág. 74.

objeto de control de constitucionalidad. Invocando el principio de seguridad jurídica, se consideró finalmente muy riesgosa la propuesta antes descrita.

Evidentemente resulta a todas luces improcedente la asignación de efectos retroactivos a la decisión de inconstitucionalidad del Tribunal, posibilidad que podría desprenderse de una inexacta interpretación de la parte del precepto que determina la afectación de la jurisprudencia por la determinación del Tribunal. La correcta exégesis de esta norma nos lleva a la siguiente conclusión:

Las sentencias que han causado ejecutoria y que integran la jurisprudencia, no pierden su carácter definitivo, pero la interpretación de la norma hecha por aquélla, debe variar en función del carácter inconstitucional de la Ley, recién fijado por el Tribunal.

De esta suerte, la mención que hace el art. 161.1 relativa a la jurisprudencia cobra sentido, toda vez que la interpretación de la Ley, que se haya hecho en casos anteriores no será obstáculo para el exámen de su constitucionalidad, con la salvedad de que "la sentencia o sentencias recaídas, no perderán el valor de cosa juzgada".

La constitucionalidad de una norma con rango de Ley puede plantearse por dos vías, la directa y la incidental. España por ende, incorpora a su Sistema de control la vía de "excepción", característica del caso norteamericano y la de la "acción" típica del modelo Kelseniano austriaco, siguiendo con ello la tendencia de algunos tribunales europeos como el italiano.

De cualquier manera, vale la pena señalar que el tribunal español, carece de acción propia, es decir que para actuar necesita un impulso, sea por vía de acción o por vía de excepción, para resolver un problema de constitucionalidad.

LA VIA DE ACCION

La vía de acción, principal o directa es una de las opciones legalmente previstas 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 señaladas en el art. 162 constitucional y en el 32 de la Ley orgánica. Transcribimos éste último a continuación:

"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.
- d) Cincuenta Senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las 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."

Es interesante destacar que la norma impugnada, según este precepto, puede ser una Ley del Estado o de una Comunidad, incluido su Estatuto, lo que en México denominamos impropriamente "Constitución Local". (13)

Por lo que respecta a los Tratados internacionales, como se verá más adelante, (14) el mecanismo de control previsto en el Sistema español corresponde al concepto de "control preventivo".

A manera de simple aclaración, señalamos que el Presidente del Gobierno Español es el equivalente al Primer Ministro o Jefe de Gobierno de un Sistema Parlamentario. (15) En cuanto al "Defensor del Pueblo", es definido constitucionalmente como "Alto comisionado de las Cortes Generales" (Parlamento), designado por ellas para la defensa de los derechos individuales y ciudadanos que consagra la Ley Fundamental.

(13) Sería mejor hablar de Estatutos y no de "Constituciones Locales".

(14) Véase infra 386.

(15) El art. 1.3 Constitucional define a la forma de Gobierno Español como una "Monarquía parlamentaria".

Los dos últimos incisos del art. 32 de la Ley orgánica del Tribunal facultan a 50 diputados y a 50 senadores para interponer al recurso de inconstitucionalidad, en notaria similitud con el precepto equivalente, sólo que a nivel constitucional (Art. 64), del Sistema francés, vigente a partir de 1974. (16)

Salta a la vista la exclusión del derecho de acción individual o popular, puesto a discusión en el debate parlamentario respectivo. Entre otros argumentos en contra, se esgrimió la excesiva amplitud del elenco de personas jurídicas legitimadas para interponer el recurso por esta vía y el consiguiente riesgo de convertir al Tribunal en un órgano con un Poder tal, que más que una jurisdicción constitucional se convirtiera en un arma política de primera magnitud.

De hecho algunas corrientes de opinión miraron con recelo al art. 32 de la Ley orgánica, aún en los términos en que fue aprobado, considerando que daría lugar a un uso exagerado del recurso de inconstitucionalidad.

Puntos de vista contrarios al anterior se expresaron en este tenor:

(16) En Francia 60 diputados o 60 senadores pueden plantear una cuestión de constitucionalidad ante el órgano de control (Conseil Constitutionnel), desde 1974. Esta opción, no existente con anterioridad a esa fecha, le ha dado una fuerza enorme a la función de control del Consejo. Véase el capítulo correspondiente a Francia, pág. 325.

"Frente a las críticas que se han hecho a lo que se denomina 'utilización abusiva de este recurso', entendemos que la intervención del Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad resulta positiva por estar limitada a garantizar el respeto a la Constitución de las normas que con rango de Ley puedan dictarse, lo que concreta la actuación del Tribunal a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de estas normas, dejando subsistente la amplísima libertad que -- la misma Constitución permite, tanto a las Cortes como al Gobierno, para asumir opciones políticas muy distintas que, sin embargo, son asumibles dentro de la legalidad". (17)

En cuanto a los órganos colegiados ejecutivos y legislativos locales, a las que también faculta la Ley orgánica para recurrir al Tribunal en vía de acción, nos referiremos en el apartado correspondiente al estudio de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas. (18)

El recurso de inconstitucionalidad debe presentarse dentro de los tres meses posteriores a la publicación de la disposición impugnada. En la demanda respectiva deberá señalarse lo siguiente:

- A) La personalidad del recurrente;
- B) La Ley, disposición o acto impugnado, concretando si se recurre el todo o alguna de sus partes; y
- C) El precepto constitucional infringido.

(17) Cano Mata, Antonio, op. cit. pags. 72 y 73.

(18) Véase infra 378.

La sentencia recaída a la promoción, que declara inconstitucional el precepto recurrido, tiene valor de cosa juzgada y efectos erga omnes, vinculatoria para todos los Poderes Públicos.

La que en cambio, desestime el recurso, impide cualquier planteamiento ulterior, en la misma vía, fundado en precepto constitucional idéntico.

LA VIA INCIDENTAL Y LA CUESTION DE CONSTITUCIONALIDAD

El Sistema de control de constitucionalidad español distingue con mucha nitidez los conceptos de recurso de constitucionalidad y de cuestión de constitucionalidad.

El primero, analizado en los apartados anteriores es el medio de control de Leyes y de actos con fuerza de Ley por vía de acción.

El segundo, es decir, la cuestión de constitucionalidad, es el medio de control que se ejerce por vía de excepción o incidental.

Tratándose del recurso de constitucionalidad, el planteamiento ante el Tribunal constituye un mecanismo general de defensa de la Constitución. La tutela de la Ley Fundamental es el objetivo

que persigue cualquiera de los sujetos jurídicos legitimados para impugnar una Ley o un acto con fuerza de Ley que presuntamente vulnera la Constitución.

En cambio, en tratándose de la cuestión de inconstitucionalidad, 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, violatoria de la Ley Suprema. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que hace el juez a quo ante el Tribunal, obedece al cumplimiento de su obligación de respetar la Constitución en el desempeño de su ejercicio profesional. Es de suponerse, por ende, para que proceda esta vía de control de la Ley, la existencia de un proceso, en ocasión del cual, emerge la duda sobre la constitucionalidad de una Ley que ha de aplicarse durante él. 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 Ley que servirá de fundamento para dictar sentencia, con la Constitución de la que esa Ley emana. En realidad, ni su objetivo, ni el de las partes del juicio consiste "abstractamente", en salvaguardar la Constitución ante una Ley que la contradice, sino en cumplir con un deber (en el caso del Juez), o preservar intereses particularísimos (en el caso de las partes), puestos en entre dicho, por una Ley que los vulnera.

El artículo 163 de la Constitución regula la vía incidental de la siguiente manera:

"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 cuestión de constitucionalidad puede plantearse de oficio por el Juez a quo y a instancia de parte. El precepto de referencia no especifica qué clase de Jueces pueden promover en vía - incidental, por lo cual desde los más altos tribunales, hasta los Jueces de Paz (19) pueden hacerlo. Así pues, como señala Garrido Falla, (20) la cuestión puede plantearse aún antes de llegar siquiera al trámite de apelación.

La última parte del art. 163 suscitó en su momento serias -- dudas sobre su significado. El problema de interpretación derivaba de que esta norma preceptuaba que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el tribunal, en ningún caso tendría efectos suspensivos.

(19) Antes de la vigencia, de la Constitución y de la Ley orgánica, la normatividad anterior sólo permitía que la vía incidental fuese empleada por los tribunales de apelación y de casación.

(20) Garrido Falla, Fernando y otros, "Comentarios a la Constitución". Editorial Civitas, Madrid 1980, pág. 1711 y sigs.

De una primera lectura se tenía la impresión de que a pesar de la duda sobre la constitucionalidad de la Ley aplicable al juicio concreto, fuese del Juez o de alguna de las partes, consultada ante el Tribunal, el proceso no se suspendía. En otros términos, - la cuestión de constitucionalidad no afectaba en lo mínimo el curso del proceso independientemente de cuál pudiera ser la resolución del Tribunal sobre la eventual inconstitucionalidad de la Ley. En estas condiciones, de esta interpretación surgía una contradictoria situación en la que se colocaba al juez a quo, el cual:

A) Planteaba ante el Tribunal la cuestión de constitucionalidad, de oficio o a petición de parte, sobre la base de una posible inconformidad de la Ley, aplicable al caso concreto, con la Constitución; y

B) Simultáneamente, quedaba obligado a continuar desahogando el proceso (la cuestión de constitucionalidad no produce efectos suspensivos) y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en una Ley sospechosa de inconstitucionalidad, pues su consulta ante el Tribunal no interrumpe el desarrollo de la causa.

La Ley orgánica del Tribunal resolvió esta incongruencia en virtud de lo dispuesto en su artículo 35, del cual transcribimos la parte conducente.

"Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión". (21)

Esto significa que si bien el proceso continúa, de ninguna manera puede emitirse sentencia principal o resolutoria, hasta que la cuestión de constitucionalidad sea aclarada por el Tribunal Constitucional.

Desde luego, es de destacarse que el planteamiento de la consulta debe reunir ciertos requisitos, a saber:

A) La concreción de la norma cuya inconstitucionalidad se impugna;

B) El precepto constitucional infringido; y

C) La relación entre la validez de la Ley impugnada y la resolución del proceso.

(21) Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

La sentencia recaída sobre la cuestión de inconstitucionalidad, es inmediatamente comunicada al órgano judicial que la planteó, a efecto de que pueda emitir resolución sobre la causa de que conoce. (22)

La primera resolución dictada sobre una cuestión de inconstitucionalidad (23) fijó los criterios jurídicos que deberían regir la materia, una vez aclarados los alcances del artículo 163 - constitucional, en cuanto a los efectos no suspensivos del planteamiento del juez a quo ante el Tribunal Constitucional.

Los razonamientos del Tribunal fueron los siguientes:

A) En el proceso principal el juez llega a la conclusión de que la norma aplicable al caso concreto, salvo que se juzgue inconstitucional, es determinante del fallo.

B) El juez a quo carece de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma presuntamente contraria a la Constitución.

Ante estas circunstancias el juez eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional externando las razones que lo motivan -

(22) Art. 38.3 de la Ley orgánica: "Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso".

(23) Pleno. Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 17/1981. Sentencia de 29 de Abril de 1981 (BOE de 21 de Mayo). Ponente: D. - Jerónimo Arozamena Sierrra.

a hacerlo y destacando la relevancia de la norma para la resolución del litigio.

Existe un sólo órgano competente para decidir sobre la inconstitucionalidad de una norma, con carácter exclusivo y excluyente de cualquier otro tribunal. Sin embargo, ningún juez está obligado a aplicar una norma sobre cuya constitucionalidad tenga dudas al dictar sentencia. Es precisamente en ese momento procesal cuando plantea la "cuestión de inconstitucionalidad" para que, una vez resuelta ésta, aplique la norma o no la aplique, según haya determinado el Tribunal Constitucional.

Hasta aquí los fundamentos de la resolución del Tribunal que comentamos.

Conviene ahora referirse a las consecuencias jurídicas de la sentencia recaída sobre una "cuestión de inconstitucionalidad".

La Ley establece que la sentencia que declara inconstitucional una norma en vía incidental tiene efectos erga omnes, que surten desde la fecha de su publicación en el boletín oficial del Estado. Como podrá advertirse, sea que el Juicio de constitucionalidad (24) se inicie por vía de acción o de excepción, la --

(24) A efecto de reiterar el carácter jurisdiccional de los procedimientos que analizamos, conviene apuntar que tratándose de ambas vías (acción y excepción), existen figuras procesales inequívocas como la desestimación o sobreseimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por razones de forma y el establecimiento de términos de Ley improrrogables para desahogar las distintas etapas del proceso, por ejemplo, 15 días para alegatos y 10 días más -- (vía de acción) o 15 días más (vía de excepción) para dictar sentencia, sin exceder nunca, aún en caso de necesidad, de 30, previa motivación de la ampliación del plazo para resolver.

declaratoria del Tribunal tiene los mismos efectos de cosa juzgada y vincula a todos los Poderes Públicos.

Esto se desprende del art. 29 de la Ley orgánica que establece cualquiera de las dos vías, reunidos los requisitos de Ley, para promover el Juicio de constitucionalidad y del 38.1 del propio ordenamiento que prescribe, en la parte conducente que :

"Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el boletín oficial del Estado".

Como la sentencia del Tribunal puede corresponder a un recurso de constitucionalidad o a una cuestión de inconstitucionalidad y toda vez que la Ley, al asignar efectos a la resolución que les recaiga, no distingue entre un caso y el otro, sino los agrupa en la denominación "procedimientos de inconstitucionalidad", resulta claro que la declaratoria respectiva tiene consecuencias jurídicas idénticas, al margen de la vía procesal empleada.

EL RECURSO DE AMPARO

El art. 161.1 Constitucional en su inciso b) atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Ley Suprema.

Este último precepto señala que:

"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". (25)

El amparo español es un proceso constitucional, cuyo objetivo consiste en la salvaguarda de los derechos individuales que la Ley Suprema consagra en sus artículos 14 al 29 y 30.2, llegado el caso de que las vías ordinarias de protección sean deficientes.

Así pues, el amparo no es una tercera instancia jurisdiccional, sino un juicio constitucional; no reviste carácter de casación, ni implica por ende, una revisión del Derecho aplicado.

En España es frecuente que las sentencias de amparo reiteren que la tutela de los derechos individuales es obligación de los tribunales ordinarios, correspondiendo al Tribunal Constitucional su protección cuando ésta ha resultado insatisfactoria.

"... la trascendental función que corresponde a los jueces y Tribunales en relación a los derechos y libertades

(25) El art. 30 establece la base constitucional de las obligaciones militares de los españoles y en su párrafo segundo señala la "objeción de conciencia" como una de las causas de exención del mismo.

fundamentales, ya que, sin perjuicio de la vinculación - de carácter general a que alude el artículo 53.1 de la - Constitución, corresponde a los mismos la tutela general de tales libertades y derechos..." (26)

La estructura del juicio de amparo en sus aspectos básicos - está prescrita en el art. 41 de la Ley orgánica:

1. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

2. El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funciones o agentes.

3. En el campo constitucional no pueden hacerse valer - otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

Es necesario establecer con claridad que el amparo español - es un medio de control de constitucionalidad que protege a todos los ciudadanos en contra de actos de autoridad (lato sensu), o en vías de hecho, de los poderes públicos, exclusivamente violatorios de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en - los cuales se funda el orden político y jurídico. (27)

(26) Sala Primera, Recurso de Amparo Núm. 41/1981. Sentencia - número 2/1982, de 29 enero (BOE de 26 febrero) Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, fundamento jurídico 2.

Luego entonces, el amparo no es procedente en contra de decisiones de autoridad que vulneren otros derechos distintos a los mencionados en los artículos 14 a 29 y 30.2 constitucionales.

Por cuanto al derecho personal de presentar el recurso, establece el art. 162 Constitucional y el 41 de la Ley orgánica que todos los ciudadanos --nacionales o extranjeros-- (28) pueden interponerlo, siempre que acrediten un interés legítimo.

Sobre el sentido del término "interés legítimo", existen sentencias del Tribunal que lo asimilan al de un "interés ciudadano" en la cosa pública, es decir, como se observará, un interés valorado muy ampliamente. Como ejemplo, puede citarse una sentencia recaída sobre un Juicio de amparo originado en la impugnación de una fianza de 100.000 ptas., para admitir una acción popular por delito contra la salud pública. (29)

Algunas consideraciones deben hacerse en torno a los distintos actos de autoridad de los que puede derivarse una violación de derechos individuales.

(27) El Art. 10 de la Constitución establece que:
"La dignidad de la persona, los derechos individuales que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentalmente del orden político y de la paz social".

(28) El Art. 13 Constitucional señala que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los tratados y la Ley".

(29) Sala primera. Recurso de amparo núm. 218/1982. Sentencia - número 62/1983, de 11 de Julio (BOE de 9 de Agosto). Ponente: D.-Rafael Gómez-Ferrer Morant, fundamento jurídico. 1.

1. El amparo es procedente contra actos u omisiones de los poderes del Estado o de las Comunidades autónomas.

2. Actos del Poder Ejecutivo del Estado o de las comunidades, para cuya impugnación es indispensable que se agote la vía judicial procedente. El plazo para recurrir la sentencia recaída en el proceso judicial es de 20 días a partir de su notificación. (Art. 43 L. Orgánica).

3. Resoluciones del Poder Judicial, en cuyo caso será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos de admisibilidad del amparo:

A) Que se agoten todos los recursos utilizables en vía judicial;

B) Que la violación del derecho sea imputable directa e inmediatamente a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquélla se produjo, acerca de los que no conocerá el Tribunal Constitucional;

C) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello; y

D) Que el recurso se interponga dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución del proceso judicial.

4. Actos del Poder Legislativo. Se trata desde luego de actos que no tengan el valor de Ley, emanados de las Cortes, de alguna de las Asambleas, de los cuerpos Legislativos de las comunidades autónomas o de alguno de sus órganos, violatorios de derechos y libertades susceptibles de amparo. El recurso debe presentarse dentro del plazo de tres meses a partir del momento en el que el acto es firme. (30) (Art. 42, L. orgánica).

Los sujetos de derecho legitimados para interponer el recurso de amparo son:

- cualquier ciudadano que acredite un interés legítimo.
- el Defensor del Pueblo
- el Ministerio Fiscal (31)

Este último interviene en todos los procesos de amparo, en su carácter de representante del interés público tutelado por la Ley.

(30) Esta clase de actos, como es comprensible son los numéricamente menores en materia de amparo, habiéndose resuelto uno por vez primera en 1983. Sala primera, recurso de amparo núm. 101/1983, de 18 de Noviembre (BOE de 14 de Diciembre), Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morat.

(31) Arts. 162, párrafo 1, inciso b) constitucional y 46 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español.

Del recurso de amparo conocen las Salas del Tribunal Constitucional. (32)

La demanda de amparo debe ir acompañada de:

a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo;

b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.

c) Copias tantas como partes haya habido en el proceso y una más para el Ministerio Fiscal.

Agotadas las etapas del Juicio de Amparo, el Tribunal dicta sentencia en un plazo de diez días.

La Sentencia podrá conceder o negar el amparo.

En el primer caso, la sentencia contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:

(32) Los arts. 6, 10, 11 y 12 principalmente, de la Ley orgánica regulan la distribución de asuntos competencia del Tribunal, que debe resolver el Pleno o las Salas.

1. Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el goce de los derechos o libertades constitucionalmente consagrados;
2. Reconocimiento del derecho denegado por la autoridad.
3. Reestablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho de libertad con la adopción de los medios apropiados a cada caso.

La Ley orgánica preve desde luego, resoluciones que no tienen carácter de sentencias y que pueden recaer sobre la demanda de amparo, a saber:

a) La inadmisión del recurso por incumplimiento de requisitos de Ley (sobreseimiento); y

b) Suspensión de oficio o a instancia de parte del acto de los poderes públicos recurrido, cuando de su ejecución se ocasione un perjuicio que dejaría sin objeto al juicio de amparo. (suspensión provisional).

Antes de concluir este apartado vale la pena referirse a un hecho curioso relativo al Amparo español.

Durante el proceso de creación de la Constitución y después, diversos tratadistas connotados, (33) propusieron la desaparición del Amparo, argumentando que resultaba innecesario, como medio de defensa y garantía de los derechos fundamentales.

Se señalaba que existiendo una Justicia ordinaria y una contencioso-administrativa de amplísima competencia, no quedaba materia para un recurso (el amparo) que habría de ser resuelto nada - menos que por el Tribunal Constitucional. Mas aún, una vez expedida la Ley 62/1978, sobre protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, las garantías consagradas en - los artículos 14 al 29 y 30.2 constitucionales, cuentan con un - sistema de tutela judicial especial, adicional a la ordinaria.

Paradójicamente, sin embargo, si tomamos como muestra los - primeros 5 años de vigencia de la Constitución, observamos que - el porcentaje de sentencias de amparo, dentro del total de resoluciones del Tribunal Constitucional, representó aproximadamente el 75%. La mayoría de ellas, protegieron el derecho de igualdad y el de la tutela judicial efectiva (equivalente al due process of Law anglosajón y a la garantía de audiencia mexicana), con sagrados en los arts. 14 y 24 de la Constitución española respectivamente.

(33) En este sentido, Garrido Falla, Martín Retortillo, Antonio Cano Mata y otros.

CONFLICTOS DE COMPETENCIAS

El tercer gran rubro que establece el art. 161 de la Ley Suprema como materia de competencia del Tribunal Constitucional es el relativo a los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de las de éstas entre si. Se trata de atribuciones conferidas al órgano de Control de Constitucionalidad español equiparables a los de la Corte Costituzionale italiana y a los del Tribunal Federal alemán.

El artículo 59 de la Ley orgánica del Tribunal español establece que:

"El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones -- asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y -- las Comunidades autónomas y que opongan:

1. Al Estado con una o más Comunidades autónomas.
2. A dos o más Comunidades autónomas entre sí.
3. Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a -- cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.

Conviene al respecto, hacer algunas aclaraciones.

La Constitución española reconoce en su artículo segundo, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran el Estado. Igualmente dota de carácter oficial a las --

Lenguas de cada Comunidad, y a las banderas y enseñas de cada una de ellas.

La organización territorial del Estado se compone de Provincias y municipios, así como de Comunidades autónomas.

Entre las Provincias y los Municipios por una parte y las Comunidades por la otra, existe una diferencia de contenido de autonomía, siendo ésta mayor tratándose de las últimas que de las primeras.

El estatuto de una Comunidad autónoma tiene que basarse en la Constitución del Estado y ser aprobado por las Cortes Generales.

La propia Constitución Española establece explícitamente tanto las materias competencia de las Comunidades, como las atribuidas exclusivamente al Estado.

Obviamente la organización interna de cada Comunidad y su forma de Gobierno deben ser coincidentes con las del Estado español.

Diversos órganos del Estado ejercen por disposición constitucional, funciones de control sobre la actividad de las Comunidades, entre los cuales destaca el Tribunal Constitucional.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Hechas estas aclaraciones es posible advertir que los conflictos que llegan a presentarse entre los órganos de las Comunidades y los del Estado o entre los de dos Comunidades entre sí, - constituyen auténticos problemas de constitucionalidad, toda vez que consisten en disputas sobre ámbitos de competencia asignados por la Ley Fundamental.

Por lo que respecta a las controversias de los órganos del Estado entre sí, su naturaleza constitucional es suficientemente clara como para merecer mayores precisiones.

La base para dirimir cualesquiera de estos conflictos horizontales y verticales, entre órganos del Estado y de las Comunidades autónomas, fijada por la Ley Fundamental española, "tiene en el texto constitucional, una clave explícita que se repite sistemáticamente. Dicha distribución se hace atendiendo a dos criterios fundamentales: por un lado la unidad de la Nación española y el principio de autonomía (art. 2); por otro, el criterio del interés (art. 137)." (34)

Analizaremos cada uno de los posibles conflictos de competencia previstos en la Constitución y en la Ley orgánica del Tribunal.

(34) Muñoz Machado, Santiago, "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", I. Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 417 y 418.

**CONFLICTOS ENTRE ORGANOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO**

Este caso se presenta cuando uno de los órganos constituidos del Estado, considera que otro órgano del mismo nivel adopta una decisión fundada en atribuciones que son propias y exclusivas del primero.

Si esto ocurre, el órgano cuya competencia es vulnerada le solicita al órgano invasor que se mantenga dentro de su esfera competencial y se abstenga de llevar a cabo el acto en cuestión. En caso de que el órgano reconvenido sostenga que actúa dentro de su ámbito de atribuciones, persistiendo en la realización del acto reclamado, habrá surgido el conflicto que deberá resolver el Tribunal Constitucional.

El órgano que se considere vulnerado planteará la controversia ante el Tribunal especificando los preceptos constitucionales vulnerados y los términos de la reconvenición hecha previamente al órgano invasor.

Ocurrido lo anterior, quedará abierto el proceso a efecto de que las partes argumenten lo que convenga a sus intereses.

La sentencia del Tribunal tendrá por objeto determinar a qué órganos corresponden las atribuciones constitucionales con-

trovertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión - de atribuciones, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos". (35)

La resolución del Tribunal deberá dictarse en un plazo total máximo, comprensivo de toda la tramitación y del desahogo del recurso, de dos meses y diez días.

CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS O DE ESTAS ENTRE SI

El artículo 161.2 Constitucional señala que el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades autónomas.

Por su parte la Ley orgánica distingue en sus artículos 62 y 68 dos géneros de conflictos que pueden presentarse entre el Estado y las Comunidades, a saber: conflictos positivos y conflictos negativos.

Conflictos Positivos

Esta clase de conflictos se producen cuando el Estado considera invadida su competencia por una disposición o acto de autoridad

(35) Art. 75, parágrafo segundo de la Ley orgánica del Tribunal.

dad de una Comunidad, o bien cuando ésta considera que ocurre lo mismo sea porque el Estado o bien porque otra Comunidad vulneran al actuar, su autonomía.

Pueden recurrir al Tribunal, según sea el caso, el Gobierno o los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades autónomas, observando el siguiente procedimiento:

A) El órgano ejecutivo del Estado o de la Comunidad requerirá al órgano invasor para que no persista en la realización del acto viciado de incompetencia, dentro de los dos meses siguientes a su publicación.

B) En el requerimiento deberán concretarse tanto el acto que invada la competencia ajena, como las disposiciones constitucionales no respetadas.

C) En el lapso de un mes deberá aceptarse el requerimiento por el órgano recurrido, o desestimarse, en cuyo caso quedará fijada la controversia.

D) De ocurrir esto último el órgano requirente planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional, fundamentando su recurso y precisando las cuestiones mencionadas en el inciso B).

E) Si el recurso ha sido planteado por el Gobierno con base en el artículo 161 párrafo segundo constitucional, el Tribunal suspenderá de inmediato la vigencia del acto recurrido. De no ser el caso, el órgano recurrente podrá solicitar al Tribunal la suspensión del acto reclamado.

F) En el primer caso el Tribunal resolverá en un plazo --- máximo de cinco meses. En los demás, dictará sentencia en un plazo no mayor de dos meses a partir de la recepción del recurso, - oídas las partes y desahogados los trámites de Ley.

G) La sentencia declarará la titularidad de la competencia y anulará la disposición o el acto viciado de incompetencia.

H) Los efectos de la sentencia serán vinculatorios para -- todos los poderes públicos y para todas las personas jurídicas. - (Erga omnes).

Conflictos Negativos

A diferencia de los conflictos positivos derivados de dos - pretensiones de actuar simultáneamente en torno a un mismo asunto, los conflictos negativos de competencia se producen cuando un órgano del Estado o el de una Comunidad se abstienen de actuar por considerarse incompetentes para hacerlo.

En estos casos, están legitimados para recurrir al Tribunal además del Estado y las Comunidades, las personas jurídicas interesadas que habiendo solicitado la acción del órgano estatal o comunitario, recibieren respuesta declinatoria a su petición.

Los aspectos fundamentales del trámite del conflicto negativo son los siguientes:

A) La persona jurídica que solicite la acción de un órgano del Estado y obtenga respuesta declinatoria, reproducirá su pretensión ante el órgano de la Comunidad, o viceversa.

B) El órgano solicitado en segundo lugar admitirá o declinará su competencia en un mes.

C) Si ocurre lo segundo, el interesado podrá acudir al Tribunal Constitucional en el plazo de un mes, a efecto de que resuelva el conflicto de competencia negativo, acreditando las resoluciones recaídas a sus peticiones ante los órganos del Estado y de la Comunidad.

D) El tribunal resolverá qué órgano es competente para actuar en un plazo máximo comprensivo de todo el trámite, de dos meses y diez días.

E) Si el recurso es presentado por el Gobierno del Estado, - en virtud de que el requerimiento hecho por él a la Comunidad para que ejerza sus atribuciones, haya sido desatendido, también de berán precisarse los preceptos que la Comunidad está dejando de - cumplir, sean constitucionales, estatutarios o legales.

F) En este caso el Tribunal dictará sentencia en un plazo - de dos meses a partir de la recepción del recurso.

G) La sentencia establecerá que el requerimiento del Gobier- no es procedente, y fijará un lapso perentorio para que la Comuni-- dad cumpla con sus atribuciones, o bien, desestimaré el recurso - por improcedente.

H) La resolución del Tribunal vincula a todos los Poderes - Públicos y tiene efectos frente a todos.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Concluiremos el estudio del Tribunal Constitucional español haciendo mención de sus facultades relativas al control de consti- tucionalidad de los Tratados internacionales.

El artículo 78 de la Ley orgánica del Tribunal establece que el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al órgano de control para que se pronuncie sobre la conformidad del Tratado con la Constitución, antes de que aquél haya sido ratificado por el Estado español.

En el plazo de dos meses el Tribunal emite una declaración - que tiene carácter vinculante y que de conformidad con el artículo 95 constitucional, conlleva a una revisión de la Ley Suprema,- en el caso de que existe una contradicción entre ésta y el Tratado.

CAPITULO VIII

LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA Y EL SISTEMA DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1.- La Constitución Federal de 1787.
- 2.- El Poder Judicial.
 - 2.1.- La Corte Suprema.
 - 2.2.- El Control de la -
Constitucionalidad por la Corte Suprema (Judicial Review).
 - 2.3.- La Doctrina de los Precedentes (Stare Decisis).

LA CONSTITUCION FEDERAL DE 1787

Como es de sobra conocido, la Constitución Federal de los + Estados Unidos de Norteamérica, firmada en Philadelphia por los - delegados de casi todos los Estados americanos acreditados a la - Convención constituyente el 17 de septiembre de 1787, substituyó a la forma de Gobierno confederada y fijó los fundamentos jurídicos de la Nación que habría de ser con el tiempo la más poderosa del mundo, una vez independiente de la monarquía británica.

La forma de Gobierno que precedió a la Federación era regula da por los "Articles of Confederation", vigentes desde 1781.

La Confederación de Estados Libres y Soberanos enfrentó se-- rias dificultades de organización y funcionamiento prácticamente desde su nacimiento.

"The thirteen states had never succeeded in setting up a really national government. They had adopted in March, 1781, certain Articles of Confederation, but this system, which was simply a 'league of friendship', was feeble and inadequate. No true national executive existed. No national system of courts had been set up. The Continental Congress, which consisted of one house in which each state had a single vote, was too weak to be effective. It could not levy taxes, enlist troops, punish men who broke the laws it passed, or compel the states to observe the treaties it made with other countries. Worst of all, it could not raise enough money to carry on the functions of government or pay interest on the national debt". (1)

Estas manifestaciones de debilidad de la Confederación, amén de las controversias entre sus partes integrantes que hacían pre-
visibles inclusive conflictos de armas, y del desorden imperante en varias de ellas, patente en sus Poderes Judiciales que emitían decisiones contradictorias dentro de un mismo Estado, fueron formando conciencia en diversos sectores del país, sobre la necesidad de modificar la forma de Gobierno confederada.

(1) "Los trece Estados nunca habían tenido éxito para establecer un verdadero gobierno nacional. Habían adoptado en marzo de 1781, ciertos Artículos de Confederación, pero este sistema, que era simplemente una 'liga de amistad', era débil e inadecuado. No existía un verdadero ejecutivo nacional. No había sido establecido un sistema judicial nacional. El Congreso Continental, que consistía en una cámara en la cual cada estado tenía un voto individual, era demasiado débil para ser efectivo. No podía recaudar impuestos, reclutar tropas, castigar a los transgresores de las Leyes que él sancionaba, u obligar a los Estados a observar los tratados que él hacía con otros países. Lo peor de todo, no podía reunir dinero suficiente para llevar a cabo las funciones de gobierno o pagar los intereses de la deuda nacional". Nevins - Allan and Steele Henry, A pocket history of the U.S., 6°, Ed., Pocket Books, N.Y., 1976, pág. 96.

De hecho la Convención que habría de reunirse en Philadel-
phia debía exclusivamente revisar los Artículos de la Confedera-
ción, según las instrucciones recibidas del Congreso.

"But once the delegates met, it was obvious that the ---
goals they had in mind required scrapping the Articles.--
It was too apparent to them that the Confederation, --
with its powerless Congress, could not provide what -
they felt the country needed--security for business deve-
lopment, protection against competitive state taxation,--
the assurance of a sound currency, encouragement and --
protection of foreign trade, safety against foreignn -
countries and Indians on the frontier. Thus the Virgi--
nia resolutions, which ignored the Articles, were ---
accepted unanimously as the basis for the initial dis--
cussions". (2)

En otros términos, la que habría de ser, "Convención Reviso-
ra", se tornó en una "Convención Constituyente", de cuyo seno ha-
bría de surgir la Constitución Federal, la cual, una vez firmada
por los delegados de los Estados de la Unión y ratificada por -
cada uno de éstos, adquiriría el rango de Ley Fundamental de los

(2) "Pero una vez reunidos los delegados, era obvio que los obje-
tivos que tenían en mente requerirían de deshacerse de los Artícu-
los. Era evidente para ellos que la Confederación, con su Congre-
so impotente, no podía proporcionar lo que ellos consideraban que
necesitaba el país--seguridad para el desarrollo de los negocios,-
protección contra la concurrencia estatal impositiva, seguridad -
monetaria, promoción y protección de exportación, garantías con-
tra países extranjeros e indios en la frontera. Así, las reso-
luciones de Virginia, que ignoraban los Artículos fueron acepta-
das unánimemente como las bases de las discusiones iniciales." -
Herman Pritchett C. "Constitutional Law of the Federal System",
Prentice-Hall, Inc., New Jersey 1986, págs. 11 y 12.

Estados Unidos de Norteamérica. Culminando este proceso (3), - George Washington se convirtió en el primer Presidente del nuevo Estado, el último día del mes de Abril de 1789.

Esta Constitución, que junto a la francesa inauguraron la - etapa conocida como del "Constitucionalismo moderno", definió un nuevo tipo de Estado: el Estado burgués de Derecho, basado en el principio de la limitación del Poder por el orden jurídico representado por una Constitución, Ley Fundamental de la Nación. Este importante fenómeno es apreciado frecuentemente sólo en función - de su relevancia jurídica y política, pero no en cuanto al conjun^tto de circunstancias socio-económicas e históricas en medio de - las cuales ocurrió. En otros términos, estamos habituados a ana- lizar, valorar y contemplar con un sentido a veces reverencial a la Constitución Norteamericana, enfatizando la naturaleza "de - Derecho", del Estado que estructuró, pero omitiendo su carácter - "burgués" o de clase.

Se dirá tal vez, que esto se debe a que su verdadero valor - para la ciencia jurídica consiste precisamnete en haber sentado - las bases de la preeminencia del Derecho sobre el ejercicio del - Poder. Sin embargo, una apreciación tan optimista como ésta, que sin duda estuvo en el pasado y está todavía en el presente profun

(3) A pesar de que la Constitución podía considerarse ratifica- da y en vigor con la aprobación del noveno Estado, New Hampshire, - en 1788, era obvio que sin Estados como New York y Virginia, aque- lla difícilmente hubiera tenido eficacia plena. Estas ratifica- ciones ocurrieron en Junio y Julio del mismo año. Ya siendo Pre- sidente Washington, ratificaron North Carolina a finales de 1789 y Rhode Island hasta el año siguiente.

damente arraigada en la mente de muchos estudiosos del Derecho constitucional y de la Teoría Política de nuestro País, ha sido causa de graves deformaciones conceptuales.

Así, se han empleado de tiempo atrás, generalmente como argumentos de autoridad, las Tesis de los Padres Fundadores del Estado Norteamericano; se han imitado extra-lógicamente sus instituciones y se ha considerado al País todopoderoso del Norte, como el paradigma del Imperio de la Ley sobre el Poder y como el ejemplo más digno de emulación de una Democracia auténtica.

La mayoría de los estudios de Derecho comparado que abundan en nuestro País revelan el asombro y la perplejidad de sus autores, ante la brillantez de las instituciones norteamericanas, y acusan, lamentablemente, salvo contadas excepciones, un desconocimiento palmario de los sistemas constitucionales europeos. En este frenesí académico en el que muchos se hallan todavía atrapados, conservando como libro de texto al "Federalista", la Corte Suprema de los Estados Unidos tiene un lugar preferencial.

Sin mucho indagar, por ejemplo en relación al objeto central de nuestro estudio, se afirma que difícilmente puede pensarse en un sistema de control de constitucionalidad superior a aquél que confía tan trascendente función dentro del Estado de Derecho, a los magistrados judiciales, especialmente a los de una

Corte Suprema, citándose invariablemente ahora como "argumento de prestigio", a la Corte de los Estados Unidos y a los ingentes jueces norteamericanos desde Marshall hasta sus impertérritos descendientes. (4)

Lo curioso es que los propios tratadistas norteamericanos manifiestan muchas dudas sobre la "inobjetabilidad axiomática", de la validez de su Constitución, de la funcionalidad de sus instituciones, del prestigio de su Sistema judicial y de la imparcialidad de la Corte Suprema.

"The framing of the American Constitution has been the subject of neverending controversy. Some have seen the Founders as little short of demigods: for others they were a "reform caucus" of practical politicians. Was the Constitution a democratic or an aristocratic instrument? Were its drafters conservatives or liberals? Was the document more concerned with establishing the powers of the new government or the limitations on those powers?"

There is room for such disagreement, because the basic truth about the Constitution is that it was the product of compromise. The men who met in Philadelphia in the summer of 1787 were generally of the opinion that government is a 'necessary evil'". (5)

(4) Sobre estas cuestiones abundamos en este mismo capítulo, en los párrafos 2 y 2.1.

(5) "La realización de la Constitución Americana ha sido tema de interminables controversias. Algunos han visto a los Fundadores muy cerca de los semidioses; para otros ellos fueron un grupo político reformador compuesto por políticos pragmáticos. ¿Era la Constitución un instrumento aristocrático o democrático? ¿Eran sus redactores conservadores o liberales? ¿El documento estaba más preocupado por establecer los poderes de un nuevo gobierno o las limitaciones de esos poderes?"

Hay lugar para tal desacuerdo, pues la verdad fundamental acerca de la Constitución es que fue producto de un compromiso. Los hombres que se reunieron en Philadelphia en 1787 eran en general de la opinión de que el gobierno es un "mal necesario". Herman Pritchett C. op. cit. págs. 22 y 23.

Por lo que respecta a la Corte Suprema, de cuyo estudio nos ocuparemos en particular algunos apartados más adelante, es interesante esta opinión.

"The conventional wisdom about the Supreme Court substantially varies from reality. For example, to consider the court, -any court, for that matter- solely from the perspective of a legal institution clouds the actuality - that it and other courts are significant segments in the American political system. Americans have never been - completely willing to accept the fact that the Supreme Court is a political institution. The knowledgeable -- observer, however, has long known it, but often seeks to deny it. The meaning is clear: Americans are able, in - this as well as other instances, to adhere to two mutually inconsistent ideas at the same time". (6)

Esta "capacidad" de adoptar dos ideas recíprocamente excluyentes simultáneamente no es privativa de los norteamericanos.

Si bien es cierto que algunos de nuestros tratadistas de derecho público inteligentes juzgan con escepticismo las opiniones

(6) "El conocimiento convencional sobre la Corte Suprema varía - substancialmente de la realidad. Por ejemplo, considerar a la Corte -cualquier corte, al efecto- solamente desde la perspectiva de una institución legal encubre la realidad de que ella y otras - cortes son segmentos significativos en el Sistema Político Norteamericano. Los norteamericanos nunca han estado completamente - dispuestos a aceptar que la Corte es una institución política. - El observador inteligente, sin embargo, lo sabe desde hace tiempo, pero trata de negarlo. El significado está claro: Los norteamericanos son capaces, en este como en otros casos, de adherirse a dos ideas mutuamente insostenibles, al mismo tiempo". Selwyn -- Miller Arthur, The Supreme Court, Myth and Reality, Constitutions in American Studies, Number 38, Greenwood press Inc., Westport Connecticut, U.S.A., 1978, pág. 11.

que comunmente se vierten sobre la Corte Suprema Norteamericana o sobre cualquier corte, no lo es menos que existe una tendencia a darlas por buenas en principio, mejor que a ponerlas en duda.

Es de sobra conocido que los estudiosos de estos temas buscan todo género de argumentos para seguir sosteniendo la excelstid, la imparcialidad y la sabiduría jurídicas de aquél alto tribunal, o de cualquier otro, de Norteamérica.

Las Decisiones Fundamentales de la Constitución Norteamericana

Empleando la terminología de C. Schmitt, las decisiones políticas fundamentales de la Constitución Norteamericana son las siguientes:

1. Un Gobierno Nacional
2. División de Poderes
3. Sistema democrático-presidencialista
4. Federalismo
5. Supremacía Constitucional
6. Conformación de un Poder Judicial Federal atribuido de la facultad de interpretar la Constitución.

Un Gobierno Nacional

La decisión de crear un gobierno nacional pugnaba frontalmente con la forma de gobierno confederada. Consecuentemente estaba íntimamente ligada al plan de redactar una nueva Constitución y no al de revisar simplemente los "Articles of Confederation".

Principalmente fueron Hamilton y Madison los encargados de defender la Tesis del Gobierno Federal de los Estados Americanos en la Convención Constituyente.

El primero de ellos rechazó las ideas de que no era posible establecer un Gobierno Nacional electo por el pueblo, sobre la base de los principios republicanos y de que el Ejecutivo, según el modelo británico que algunos pretendían seguir, debía tener un origen distinto al de la voluntad popular.

A diferencia de la Confederación, en la que el Gobierno opera en relación directa a los Estados miembros, sostenía Hamilton, el Gobierno Nacional debe ejercerse con base en una expresión directa del pueblo y sobre el propio pueblo.

Madison por su parte, sostuvo la conveniencia de un Gobierno de los Estados Unidos, con fundamento en la superioridad del Sistema Federal. La existencia de un Ejecutivo de toda la Nación impe

diría la violación, por los Estados integrantes de la Unión, de las Leyes Federales y de los tratados; imposibilitaría la invasión de la esfera federal y la interferencia del ámbito competencial entre un Estado miembro y otro; y garantizaría la seguridad interna de cada Estado y la de la Unión frente a otras potencias extranjeras.

Todo esto significaría que el Gobierno Nacional tendría importantes atribuciones ejercibles en toda la Unión, tales como, - la facultad de recaudar sus propios impuestos y la de emitir Leyes federales aplicables en todo el territorio. Sobre cada ciudadano habría dos clases de gobierno, el nacional y el estatal, ambos electos por el pueblo, a los cuales simultáneamente, éste debería obediencia, con un ámbito competencial claramente determinado.

División de Poderes

Para entender la importancia que el principio de división de poderes tenía para los Constituyentes americanos, debe advertirse que bajo el sistema confederal, el único órgano de gobierno que existía era el Congreso, toda vez que el resto de las funciones del Estado las realizaba soberanamente cada miembro de la Confederación en su interior.

Al crear un Gobierno Nacional de los Estados Unidos, era necesario estructurar órganos o instituciones gubernamentales encargadas de ejercer las atribuciones ejecutivas y judiciales correspondientes al ámbito federal y fijar las bases jurídicas de la relación entre los Poderes Locales y los de la Federación.

De esta suerte, la Constitución Norteamericana estableció - órganos gubernamentales basados en el novedoso principio, a la sazón, de la división de poderes. Las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, fueron confiadas a tres ramas del gobierno relacionadas entre sí.

Es oportuno recordar que los constituyentes norteamericanos tenían a la vista el Sistema de Gobierno británico, en el cual - uno de los órganos, el Legislativo, monopoliza el privilegio político del origen popular de su poder, en franco detrimento del órgano ejecutivo.

La no adopción del Sistema de separación de poderes bajo la forma británica, se debió entre otros motivos de peso, a la experiencia, asimilada por los "Padres Fundadores", de las fuertes - legislaturas estatales (7) de la etapa de la confederación, la -

(7) Es un hecho que uno de los principales problemas prácticos - ante el que se enfrentó la nueva Constitución federal, fue el relativo a su ratificación por los congresos de los Estados confederados, habiéndose temido, no sin razón, que legislaturas muy importantes la rechazaron. El tiempo demostró que los temores de los "Fundadores" estaban justificados, pues apenas pudo lograrse una ratificación de nueve de los trece Estados, a la Ley fundamental. Si hubiese requerido una aprobación unánime, la Constitución de - Philadelphia no habría entrado en vigor.

Al crear un Gobierno Nacional de los Estados Unidos, era necesario estructurar órganos o instituciones gubernamentales encargadas de ejercer las atribuciones ejecutivas y judiciales correspondientes al ámbito federal y fijar las bases jurídicas de la relación entre los Poderes Locales y los de la Federación.

De esta suerte, la Constitución Norteamericana estableció - órganos gubernamentales basados en el novedoso principio, a la sazón, de la división de poderes. Las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, fueron confiadas a tres ramas del gobierno relacionadas entre sí.

Es oportuno recordar que los constituyentes norteamericanos tenían a la vista el Sistema de Gobierno británico, en el cual - uno de los órganos, el Legislativo, monopoliza el privilegio político del origen popular de su poder, en franco detrimento del órgano ejecutivo.

La no adopción del Sistema de separación de poderes bajo la forma británica, se debió entre otros motivos de peso, a la experiencia, asimilada por los "Padres Fundadores", de las fuertes - legislaturas estatales (7) de la etapa de la confederación, la -

(7) Es un hecho que uno de los principales problemas prácticos - ante el que se enfrentó la nueva Constitución federal, fue el relativo a su ratificación por los congresos de los Estados confederados, habiéndose temido, no sin razón, que legislaturas muy importantes la rechazaron. El tiempo demostró que los temores de los "Fundadores" estaban justificados, pues apenas pudo lograrse una ratificación de nueve de los trece Estados, a la Ley fundamental. Si hubiese requerido una aprobación unánime, la Constitución de - Philadelphia no habría entrado en vigor.

cual causó una profunda aversión, en la convención de Philadel---
phia, hacia un Congreso Federal demasiado poderoso.

En cambio, la asignación de funciones a órganos distintos, --
dos de ellos de elección popular, permitía una limitación reci--
proca y un contrapeso mutuo del poder de cada uno. (Checks and --
balances System).

De esta forma quedó descrito en la Constitución, el modelo -
Presidencialista de separación de Poderes, según el cual, los --
tres órganos del Estado son independientes entre sí. El Ejecutivo
lo es del Legislativo por ser ambos de elección popular, a pe-
sar de tener un término prefijado para el ejercicio de sus funcio-
nes. El judicial, no depende de los otros dos, no obstante ser -
propuesto por el Ejecutivo y aprobado por el Senado Federal, toda
vez que sus miembros desempeñan su cargo indefinidamente y son ina-
movibles.

Desde luego, conviene recordar que la idea de "separación de
poderes" o "división de poderes", no es sino una expresión poco afor-
tunada del verdadero principio al que nos venimos refiriendo que
debe entenderse como el de "distribución de funciones, coordina--
das entre sí".

"In many respects, however, 'separation of powers' is a - most misleading description of the American government. - More accurately, the United States Constitution provides for a government of separated institutions sharing po--- wers. The process of government requires that these -- separate institutions work together with some measure -- of effective cooperation, and this is perhaps the key - problem of the constitutional system of the United --- States". (8)

Sistema Democrático Presidencialista

El Sistema de Checks and Balances no conduce a un equilibrio perfecto entre los dos órganos de elección popular. El hecho de que el Presidente ostente una investigación democrática basada - en la expresión de voluntad ciudadana que lo lleva al poder, lo - coloca en igualdad de condiciones ante el Congreso.

Sin embargo, algunos elementos constitucionalmente previstos y otros meta-constitucionales son causa de que al órgano ejecutivo norteamericano corresponda la categoría de "poder fuerte" dentro de un Sistema que por esta circunstancia se denomina Presiden cialista. Estos elementos se pueden resumir en:

(8) "En varios sentidos, sin embargo, 'separación de poderes' es una engañosa descripción del gobierno Norteamericano. Más exacta mente, la Constitución de los Estados Unidos, asegura un gobierno de instituciones separadas que comparten el poder. El proceso de gobierno requiere que estas instituciones separadas trabajen juntas con alguna medida de cooperación efectiva y este es tal vez - el problema clave del sistema constitucional de los Estados Unidos." Herman Pritchett C. The American Constitutional System, - 5a. Edition, McGraw-Hill Inc., 1981, pag. 29.

- A) Las facultades constitucionalmente otorgadas al Presidente y su peso político real dentro del Sistema; y
- B) Su irresponsabilidad política ante el Congreso.

En cuanto a lo primero es de señalarse que el titular del Ejecutivo, en cuya persona confluyen las calidades de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno (9), simultáneamente, posee un amplísimo cúmulo de facultades legales y un enorme poder político real.

El Presidente obtiene su tremenda autoridad de muy diversas fuentes:

- A) La Constitución misma;
- B) Su prestigio personal, en cada caso;
- C) Su carácter de líder de su propio Partido Político.

El titular del Ejecutivo nombra y remueve a los miembros del gabinete, dirige los asuntos externos, ejerce las funciones administrativas y de gobierno, es comandante en jefe del ejército más poderoso de la tierra, dirige la economía más desarrollada del mundo, ejerce el derecho de veto sobre las leyes que emanan del Congreso, posee la facultad de indulto y eventualmente puede --

(9) Como se sabe la Constitución Norteamericana preve la elección de un Vicepresidente, además del Presidente, el cual suple a este en caso de falta absoluta.

llegar a detentar este enorme poder durante ocho años, si logra ser reelecto por cuatro años más.

Por otra parte, el titular del Ejecutivo no es responsable - políticamente ante el Poder Legislativo y de conformidad con el - art. II, secc. 4 al igual que el Vicepresidente y los demás servidores públicos de los Estados Unidos, únicamente puede ser removido de su cargo mediante la acusación o impeachment, la cual -- sólo es procedente por traición, soborno y otros crímenes graves o delitos (misdemeanors).

El procedimiento consiste en la acusación de la Cámara de representantes ante el Senado, el cual condena o absuelve por el voto de las dos terceras partes de sus integrantes.

F e d e r a l i s m o

La idea de un Gobierno Nacional fuerte podía llevarse a cabo sólo si parte de esa fuerza se tomaba de los gobiernos estatales existentes para ser delegado a los órganos federales. Por eso - los Estados Unidos son a veces concebidos como un gobierno de poderes delegados.

Consecuentemente, de esta forma de estructurar el Sistema fe
deral norteamericano, debería desprenderse una reserva de faculta
des para los Estados federados expresamente señalada en la Consti
tución de cada uno de ellos y una implícita competencia de los Po
deres federales que conformaría la delegación de atribuciones que
harían en su favor los órganos locales.

Sin embargo, la técnica de distribución de competencias en--
tre la federación y los Estados miembros, seguida en Philadelphia
fue exactamente la inversa, es decir, consistió en dotar de facul
tades expresas a los Poderes federales dejando a los estatales el ^t
ejercicio de todas aquéllas que no hubiesen sido conferidas a los
Poderes de la Unión.

Poco tiempo después de la promulgación de la Constitución se
hizo indispensable el desarrollo de una teoría relativa a las fa-
cultades implícitas del Congreso federal, (10) que complementara
este Sistema de distribución de atribuciones.

(10) Es interesante señalar que la Tesis a favor de esta clase de facultades defendida por Hamilton en ocasión de la necesidad de crear un Banco Nacional, para lo cual no estaba autorizado expresamente el congreso, se basó en el supuesto de que algunas facultades expresas del Poder Legislativo como los de recaudar impuestos, concertar empréstitos, regular el comercio y declarar la guerra, presuponian la existencia de otros poderes, entre ellos el del establecimiento de un Banco Central. Jefferson replicó que el elemento "necesario", esencial en la Teoría de los Poderes implícitos no se concretaba en este caso, toda vez que las facultades expresas antes ennumeradas, podían ser ejercidas sin la existencia de un Banco Nacional. La postura de Hamilton convenció al Presidente Washington habiendo prevalecido en el desarrollo del Derecho constitucional norteamericano, en el cual es conocida como "the necessary and proper clause", de la teoría de los poderes implícitos, cuya primera aplicación en una controversia concreta data de 1819 en McCulloch V. Maryland, caso del que conoció el -celebérrimo John Marshall.

Sobre los ámbitos competenciales de la Federación y los Estados miembros conviene reproducir el texto de la décima enmienda:

"The powers not delegated to the United States by the -
Constitution, nor prohibited by it to the States, -
are reserved to the States respectively, or to the -
people". (11)

A pesar de que los ámbitos competenciales de los Estados Unidos y de los Estados miembros quedaban así claramente definidos, no era remoto que se presentaran conflictos de atribuciones entre ellos.

De esta suerte, los constituyentes hubieron de incluir en la Constitución federal, normas que regularan esas diferencias y órganos facultados para aplicarlas.

El principio de supremacía constitucional es la base normativa requerida al efecto. La Suprema Corte es el órgano que se encarga de aplicar este principio y resolver los conflictos entre Federación y Estados miembros.

(11) "Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados para ellos respectivamente, o para el pueblo". 10th Amendment. - U.S.A., Constitution.

La Supremacía Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

En cuanto al principio de supremacía constitucional y a la decisión fundamental de la Constitución norteamericana de estructurar un Poder Judicial federal investido de la facultad de interpretarla, habremos de ocuparnos detalladamente en los siguientes apartados de este capítulo.

EL PODER JUDICIAL FEDERAL

De conformidad con el artículo III de la Constitución norteamericana habrá una Corte Suprema de Justicia y Cortes federales.

En la base de este Sistema se encuentran las Cortes federales de distrito (12). Les siguen en línea ascendente Cortes federales de apelación, similares a los Tribunales de circuito mexicanos, en tanto tienen jurisdicción en una zona que abarca varios Estados. (13)

En la cúspide del Sistema se encuentra la Corte Suprema, completándose así una estructura que los tratadistas norteamericanos describen de esta forma:

(12) Existen de una a cuatro cortes de este tipo en cada Estado, de jurisdicción federal y una en el Distrito de Columbia, totalizando cerca de cien.

(13) El circuito comprende entre tres y cuatro Estados.

Trial Level (Nivel de Juicio)
Cortes de Distrito

Nivel de Apelación Intermedio
Cortes de Apelación

Nivel más elevado
Corte Suprema

Debe señalarse que existen Cortes federales con jurisdicción específica como la de veteranos, de comercio internacional, de impuestos o militar.

t

Todas estas cortes tienen el mismo nivel de las federales de distrito, es decir "the trial level".

Las cortes de apelación correspondientes a estas jurisdicciones federales de primera instancia, están situadas en línea equivalente a las Cortes federales de apelación.

En cualquier caso, la Corte Suprema es el Tribunal de últi--
ma instancia.

Desde luego este conjunto de Cortes que integran el Poder -
Judicial federal debe ser distinguido del Poder Judicial de cada
Estado en función específicamente de su jurisdicción.

En los Estados Unidos son de jurisdicción federal, en términos globales, los siguientes asuntos:

A) Casos civiles y penales que provienen de leyes federales, incluida por supuesto, la Constitución.

B) Casos en los que el gobierno federal es parte.

C) Casos civiles que involucran a ciudadanos de distintos Estados de la Unión a partir de una cuantía de 50,000 U.S. dls., siempre que alguna de las partes lleve el asunto ante una Corte federal. De no ser así, será competente una Corte estatal.

D) Casos en los que un Estado de la Unión es parte. (Competencia de la Corte Suprema).

E) Casos en los que se ve involucrado el personal diplomático. (Competencia de la Corte Suprema). (14)

Sólo a manera de referencia señalaremos que la estructura del Poder Judicial de los Estados federados, varía conforme a los siguientes rasgos generales:

1. Cortes de primera instancia (trial courts), en la mayoría de los casos divididas en función de la importancia de los asuntos de que conocen (Major and minor cases). Sólo unos cuantos Estados poseen un tipo único de trial courts.

(14) En esta materia y en la anterior, cuando se plantea una disputa entre dos Estados de la Unión, la Corte actúa en calidad de Federal Trial Court.

2. Cortes de apelación (appellate courts), en la minoría de los Estados como único tribunal de segunda instancia. En la mayoría de los Estados existen varias appellate Courts, que conocen de las inconformidades ante resoluciones de las major trial Courts.

Donde existe una sola Corte de apelación, ésta se denomina Corte Suprema del Estado.

Cuando hay varias Cortes de apelación, existe una Corte Suprema estatal que conoce sea de apelaciones contra decisiones de las trial Courts directamente planteadas ante ella, o bien de inconformidades por resoluciones de las Cortes intermedias o 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.

LA CORTE SUPREMA

Para entender la función que corresponde desempeñar a los tribunales federales y específicamente a la Corte Suprema, en el Sistema constitucional norteamericano, es necesario tener siempre presente que el Poder Judicial en este País se ejerce con base en

una amalgama de elementos constitucionalmente prescritos, formas tradicionales de interpretación de las normas y prácticas prudentes de aplicación de la ley a casos concretos.

La Corte Suprema y las Cortes federales actúan simultáneamente conforme a disposiciones constitucionales expresas y a inveteradas y honorables tradiciones heredadas del Common-law británico y de las equity courts.

Al respecto, no deja de llamar la atención que la Constitución norteamericana establezca unas cuantas normas relativas a la Corte, como las correspondientes a la forma de designación de sus miembros, a su duración en el cargo y a su competencia, pero sea omisa en cuanto al número de sus miembros y a los requisitos que deben llenar para ser nominados.

"The Constitution requires that members of the Supreme Court be nominated by the president and confirmed by a majority of the Senate. It also establishes that they will hold office 'during good behavior' -that is, for life unless they relinquish their posts voluntarily or are removed by impeachment proceedings, Beyond these basic rules, such issues as the number of justices, their qualifications, and their duties have been settled by law and tradition, rather than being specified in the Constitution". (15)

(15) "La Constitución requiere que los miembros de la Corte sean nominados por el Presidente y confirmados por voto mayoritario del Senado. También establece que éstos se mantendrán en el cargo 'mientras observan buen comportamiento', esto es vitaliciamente, a menos que renuncien a sus puestos voluntariamente, o sean removidos conforme al procedimiento de impeachment. Más allá de estas normas básicas, aspectos como el número de jueces, sus requisitos y sus obligaciones han sido establecidos por la Ley y por la tradición, más bien que ser especificados en la Constitución". Lawrence Baum, The Supreme Court, 4^o. Edition, Universal Book Traders, Ohio, U.S.A., 1992.

Así, parte por tradición, parte por mandato constitucional, la Corte se compone de nueve miembros, uno de los cuales es Chief Justice of the United States (Juez en Jefe, Juez principal o "Presidente de la Corte").

La Corte requiere de un quorum de seis miembros para poder tomar una decisión.

Puede darse el caso, por ejemplo, de que un juez este enfermo y la Corte Suprema deba funcionar durante un largo período con ocho jueces. Es posible también que alguno o algunos se excusen de conocer del caso a discusión por tener algún interés personal en él.

Estas circunstancias pueden dar lugar a empates en las votaciones o a ausencia de decisión por falta de quorum (16), considerándose en cualquiera de ambos casos, con los efectos jurídicos conducentes, que la resolución de la Corte inferior que está siendo revisada en última instancia, ha quedado "confirmada" por la Corte Suprema.

(16) Es raro el caso de falta de quorum en la Corte. El último del que tenemos noticia ocurrió en 1987, debido a que de los ocho jueces que a la sazón componían la Corte, tres de ellos se excusaron. Para mayores detalles, véase M. Chambers "Supreme Splits", - National Law Journal, November 30th, 1987.

La Corte Suprema se reúne anualmente en Octubre para su período ordinario de audiencias, permaneciendo en sesión, con breves recesos, hasta Junio del año siguiente. Excepcionalmente puede haber variaciones que consisten en un inicio de labores los últimos días de Septiembre y/o una terminación los primeros días de Julio. La duración del período de sesiones anual depende tanto de los casos acumulados a lo largo del verano, como de los que se presenten a la Corte en los meses de audiencias.

Normalmente las sesiones se llevan a cabo en el lapso de dos semanas de actividad, por dos semanas de receso. Durante las sesiones la Corte desahoga audiencias públicas y sostiene reuniones privadas.

Antes de pasar al estudio de la competencia de la Corte y dentro de ella específicamente a la relativa al control de constitucionalidad, nos parece oportuno reiterar que ciertas creencias sobre la excelcitud de la Corte Suprema y sobre las virtudes de quienes la integran no siempre corresponden a la realidad.

Las funciones de la Corte se desarrollan en un marco de solemnidad y formalismo (17) que en mucho ha contribuido a fomentar la idea de que sus jueces son seres sabios, arcanos, imparciales

(17) Las sesiones se llevan a cabo en un imponente salón de techos enormes, gruesos pilares y cortinas de terciopelo rojo. Los jueces se reúnen detrás de las cortinas un poco antes de las diez y se dan la mano con cada colega. A las diez en punto se escuchan los golpes del pequeño martillo, los asistentes se ponen de pie, las cortinas de terciopelo se abren y los jueces toman sus lugares. La sesión se ha abierto.

y dotados de una capacidad poco común para decidir siempre correcta y equitativamente en relación a los casos de que conocen.

Esa especie de respeto reverencial y concepción casi sacramental de la Corte, encubre generalmente una cruda y evidente verdad sobre los jueces que la componen: al igual que los "Padres Fundadores", los miembros de la Corte, no son semi-dioses, sino simple y llanamente hombres, investidos aquéllos de facultades constituyentes y éstos del poder de decir el derecho, pero al fin de cuentas seres humanos, con todas las implicaciones del caso.

"When we say that the Supreme Court has made a decision, we actually mean that the nine justices who compose the Court at a particular point in history have made the decision. Often, in fact, it is a decision made by only five members of the Court, with which the remaining four disagree. These justices, who have been fortuitously elevated to the highest judicial body by the process of presidential selection and the tests of political acceptability, are individuals of varying abilities, backgrounds, and policy preferences. How they will interpret the Constitution depends in part upon what kind of persons they are and how the world looks to them.

This has not always been understood. During considerable periods of American history there has been a popular impression that when individuals were appointed to the Supreme Court, they somehow became depersonalized and disembodied of all ordinary prejudices and passions. In the rarefied atmosphere of their chambers they were presumed to be at work discovering the law by the exercise of pure reason. This myth has typically been strongest during periods when the Court was under conservative domination, and it served the purpose of convincing the public that judicial protection of property or the thwarting of regulatory legislation was not an expression of the personal preferences of the justices but a voicing of the authentic commands of the Constitution". (18)

(18) "Cuando decimos que la Corte Suprema ha tomado una decisión, en realidad queremos decir que 9 jueces que componen la Corte

Competencia de la Corte Suprema

La jurisdicción de la Corte norteamericana puede dividirse -
en dos grandes apartados:

A) La competencia específicamente jurisdiccional ("decir el
derecho"), que corresponde a un tribunal, en la especie al más -
elevado de la Unión; y

B) La relativa al control de constitucionalidad, conforme - t
a la cual la Alta Corte actúa en calidad de intérprete suprema -
de la Constitución federal.

en un momento particular de la historia han tomado la decisión. -
Frecuentemente, de hecho, es una decisión adoptada por cinco per-
sonas, con las cuales las otras cuatro no están de acuerdo. Es-
tos jueces que han sido fortuitamente elevados al más alto cuerpo
judicial por el proceso de selección presidencial y las pruebas -
de aceptabilidad política, son individuos de habilidades, antece-
dentes y preferencia políticas variables. Cómo interpretarán la
Constitución, depende en parte de la clase de personas que ellos
son y de cómo les parece el mundo.

Esto no ha sido siempre entendido. Durante períodos conside-
rables de la historia norteamericana ha existido una impresión -
popular de que cuando los individuos fueron asignados a la Corte
Suprema, de alguna manera se despersonalizan y se despojan de --
prejuicios y pasiones comunes. En la enrarecida atmósfera de sus
despachos se presume que ellos trabajan descubriendo la ley me---
diante el ejercicio de la razón pura. Este mito ha sido caracte-
rísticamente más fuerte durante períodos en que la Corte estaba -
bajo la dominación conservadora y servía al propósito de conven-
cer al público de que la protección judicial de la propiedad o la
frustración de la legislación intervencionista no eran expresiones de
las preferencias personales de los jueces, sino de auténticas -
prescripciones de la Constitución". Herman Pritchett C. op. -
cit. págs. 40 y 41.

Competencia Jurisdiccional de la Corte

En esta parte de su competencia debe distinguirse la llamada jurisdicción original (original jurisdiction), de la denominada - jurisdicción de apelación (appellate jurisdiction).

La primera comprende en general, los siguientes casos:

1. Disputas o conflictos entre los Estados.
2. Algunos casos que le plantea un Estado federado.
3. Conflictos entre un Estado y el Gobierno federal.
4. Casos que involucran al personal diplomático.

Por lo que respecta a la segunda, la Corte conoce de los - siguientes asuntos:

1. Todas las decisiones de las Cortes de apelación federales y de las cortes federales especiales de apelación.
2. Todas las decisiones de las Cortes Superiores de los Estados en aquellos casos en que existen cuestiones en disputa relativas a leyes federales.
3. Decisiones de las Cortes federales especiales de distrito (mandatory). (19)

(19) The mandatory jurisdiction es una jurisdicción que una Corte (en este caso la Suprema) debe aceptar. Los casos que son --

La jurisdicción original de la Corte implica que ésta actúa en el nivel de trial court, llevándose ante ella los casos especificados al efecto por la Constitución. Puesto que esta jurisdicción de la Corte emana de la Ley Fundamental, el Congreso no puede ni ampliarla, ni restringirla.

En cuanto a la jurisdicción de apelación, ésta se compone de todos los demás casos, que son la mayoría de los que conoce, que no pertenecen a la original jurisdiction. Esta parte de la competencia es ejercida por la Corte, según la Constitución, "with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make" (con las excepciones y bajo la normatividad que establecerá el Congreso).

Al ejercer esta jurisdicción la Corte puede decidir si conoce o no del caso que se le presenta en vía de apelación (discretionary jurisdiction).

sometidos a un tribunal bajo la mandatory jurisdiction, deben ser decididos oficialmente por éste. La figura jurídica opuesta a la que comentamos es la discretionary jurisdiction (jurisdicción discrecional), la cual es una jurisdicción que una Corte puede aceptar o rechazar. La mayoría de los casos de que conoce la Corte Suprema entra dentro de la discretionary jurisdiction, bajo la tesis de que este alto tribunal no tiene como misión fundamental corregir los errores de todas las cortes inferiores, sino sólo ocuparse de los asuntos que revistan un elevado interés público o nacional.

Esta potestad de la Corte revela su importancia si se tiene en cuenta que son muy frecuentes los casos iniciados bajo una ley estatal y conocidos por una Corte estatal, que sin embargo contienen simultáneamente aspectos comprendidos en leyes federales, incluida la Constitución. (20)

En situaciones tales, la Corte puede conocer y juzgar sólo - de los aspectos federales involucrados en el caso, sin referirse a la ley local en base a la cual sentenció la Corte estatal.

Es interesante señalar que de los casos turnados a la Corte por tribunales federales y cortes supremas estatales, aquélla conoce un promedio del 1% en vía de apelación, sobre todo a partir de 1988.

Es importante apuntar, por último, que un número considerable de los casos de que conoce la Corte Suprema en vía de apelación - llegan a su jurisdicción bajo la forma de "petitions for a writ of certiorati". (21) La Corte puede denegar la petición o concederla emitiendo el writ, a efecto de poder juzgar sobre el asunto.

(20) En ejemplo sería el de un homicidio, juzgado en el ámbito - del fuero común, pero en cuyo trámite fueron violados derechos - constitucionales concedidos al acusado por las enmiendas a la Ley Suprema, conocidas como Bill of Rights. La Corte juzgaría sobre la violación de derechos, pero no en cuanto a la comisión o no - del homicidio.

(21) El writ of certiorati es un mandamiento de la Corte Suprema, que emite discrecionalmente, dirigido a una Corte inferior ordenándole que le prepare y envíe el expediente de un caso concreto para su revisión.

Un aspecto crucial de este trámite consiste en lo siguiente:

"The denial of a writ leaves the decision of the lower -- court in effect, but it has no other legal significance. It does not mean necessarily that the Supreme Court -- approves of the decision below, and is in no sense an -- affirmation of the decree. However, this point is difficult to get across to the public. Denials of certiorari are often cited as precedents, and it must be admitted that in practice they may have such effect, particularly since lower court decisions are reversed in a very high proportion of the cases in which certiorari is granted". (22)

Sobre este punto volveremos al analizar, en el apartado siguiente, la competencia de la Corte en materia de control de constitucionalidad y en el último, de este capítulo, la doctrina de los Precedentes.

El Control de Constitucionalidad por la Corte Suprema. Judicial Review

Los principios fundamentales que enmarcan la función de control de constitucionalidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos son los siguientes:

- A) Supremacía constitucional
- B) Rigidez constitucional

(22) "La denegación de un writ mantiene los efectos de la decisión de la Corte inferior, pero no tiene otro significado. No quiere decir necesariamente que la Corte Suprema apruebe la decisión inferior y en ningún sentido reafirma la sentencia. Sin embargo, este punto es de difícil entendimiento para el público. Las negativas del certiorari son frecuentemente citadas como precedentes y debe admitirse que en la práctica pueden tener ese efecto, particularmente debido a que las decisiones de las Cortes bajas son rectificadas en una gran proporción de casos en que el writ of certiorari es concedido". Herman Pritchett C., op. cit. pág. 116.

- C) Judicial review
- D) Doctrina de los precedentes y del "Stare decisis".

En este apartado y en el siguiente examinaremos con especial cuidado los principios contenidos en los dos últimos incisos, sirviéndonos de apoyo o referencia los enunciados en los dos primeros, teniendo siempre presente que todos están estrechamente vinculados entre sí.

El principio de Supremacía constitucional está prescrito en el artículo VI, secc. 2.

"This Constitution, and the laws of the United States -- which shall be made in pursuance thereof; and all -- treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound -- thereby, anything in the constitution or laws of any -- State to the contrary notwithstanding". (23)

En este artículo, del que como podrá observarse han sido copia fiel los preceptos constitucionales mexicanos que establecen el mismo principio (24), está contenido lo que en el Derecho público norteamericano se denomina "supremacy clause".

(23) "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se harán de conformidad a ella y todos los tratados efectuados o que se efectuarán bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema de la Nación, y los jueces en cada Estado estarán obligados por ella a pesar de cualquier disposición en contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado".

(24) Art. 126 de la Constitución federal de 1857 y art. 133 de la Constitución federal de 1917.

Su eficacia fue demostrada en el famoso caso Mc Culloch vs.- Maryland, en 1819. En esta controversia quedó establecido que - cuando el Congreso emite Leyes relativas a materias que le asigna la Constitución federal, deja sin efectos las prescripciones esta- tales incompatibles con las federales. Si se llegase a presentar una disputa sobre el carácter local o federal de una materia so- bre la que se habrá de legislar, o en cuanto a la aplicabilidad - de una norma expedida por una entidad federativa o por el Congre- so, a un litigio específico, corresponde a la Corte resolver la - duda, basando su razonamiento en la "supremacy clause".

Por lo que respecta al principio de rigidez constitucional, - está establecido en el art. V de la Constitución en los siguien- tes términos:

"The Congress, whenever two thirds of both Houses shall - deem it necessary, shall propose amendments to this --- Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several States, shall call a --- convention for proposing amendments, which, in either - case, shall be valid to all intents and purposes, as -- part of this Constitution, when ratified by the legisla- tures of three fourths of the several States, or by -- conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Con- gress; provided that no amendment which may be made --- prior to the year one thousand eight hundred an eight - shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the firs article; and that no - State, without its consent, shall be deprived of its -- equal suffrage in the Senate". (25)

(25) "El Congreso, cuando dos tercios de ámbas cámaras lo juzguen necesario, propondrá reformas a esta Constitución, o, bajo la pe- tición de las legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una convención para proponer enmiendas, las cuales -

Ahora bien, para asegurar la eficacia de ambos principios y con el propósito de garantizar la correspondencia entre los actos de los diversos Poderes públicos y la Ley Suprema de la Unión, es establecido un medio de control de la constitucionalidad, que en el caso de los Estados Unidos, se verifica mediante la "Judicial review". El término "Judicial review" puede aplicarse, a diversas clases de procesos. Puede referirse al control que ejercen los tribunales sobre entidades de gobierno y administración y sus titulares, a efecto de constatar si los servidores públicos actúan dentro de sus atribuciones legales. En caso contrario, si su conducta es considerada "ultra vires" (fuera del mandamiento legal), los tribunales decretarán una sanción y/o la respectiva reparación del daño. Esta es la forma más común de "Judicial Review", equivalente a un control de legalidad. Otra aplicación de la "Revisión judicial", se da cuando, en un sistema federal, los tribunales federales son responsables de hacer cumplir las reglas de distribución de competencias entre el Gobierno de la Unión y el de los Estados miembros. Esta división de funciones, indispensable en esta clase de sistemas, requiere de la existencia de un Poder que subordinado a la Constitución del Estado, arbitre las divergencias entre la Unión y sus partes. En los -

serán válidas para todos los efectos y propósitos, como parte de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las legislaturas de tres cuartos de los distintos Estados o por convenciones en tres cuartos de ellos, siendo proponible por el Congreso uno u otro modo de ratificación, siempre y cuando ninguna enmienda que deba hacerse antes de 1808 no afecte de ninguna manera la primera y cuarta cláusulas de la sección novena del primer artículo y a ningún Estado, sin su consentimiento se le prive de su voto igual en el Senado".

Estados Unidos, este arbitro es la Corte Suprema, dotada de la autoridad para declarar inválido cualquier acto de autoridad esta--tal que infrinja ya sea la esfera de competencia del Gobierno fe--deral o la de otro Estado miembro de la Unión.

La sección 25 del Acta Judicial (Judiciary Act) de 1789, ex--plicitamente faculta a la Corte Suprema para revisar los casos - resueltos en Cortes estatales en cuanto a la constitucionalidad - de las Leyes aplicadas.

Igualmente la fórmula "Judicial review" puede emplearse en -^t relación a la potestad de la Corte Suprema para declarar inconstitu--cionales, actos del Congreso federal y del Poder ejecutivo. En - esta forma de revisión, a pesar del principio de división de Po--deres, tiene la atribución de resolver que los actos de los otros Poderes son contrarios a la Ley Fundamental. A esta especie de - "Judicial review" se refiere la expresión "Judicial supremacy", la cual enfatiza que, en términos generales, la interpretación de la Constitución, y en lo particular, el control de la constituciona--lidad de Leyes y actos de autoridad, son funciones que correspon--de desempeñar al Poder Judicial, sea de la federación (26), en -

(26) Es importante adelantar que, como se verá en este mismo apar--tado, esta función de control de constitucionalidad es ejercida - en E.E.U.U. tanto por cortes federales, como locales, siendo de - entre ellas, la Corte Suprema, la que resuelve en última instan--cia. Cada juez al aplicar una Ley, examina su conformidad con la Constitución e interpreta la propia Ley Fundamental, emitiendo - una sentencia recurrible en distintas Cortes, hasta llegar al Tri--bunal Supremo.

calidad de instancia última y superior, cuyas resoluciones deben respetar todos los órganos del Estado, locales y federales, sea de los Estados, o en su sentido más amplio, a cualquier juez que conoce de una controversia.

Existe una añeja discusión sobre las razones por las que la Ley Suprema federal no hace siquiera mención de la "Judicial -- review", institución fundamental del Sistema constitucional norteamericano.

De ella es útil extraer para nuestros propósitos, aquellos argumentos y aquellas tesis jurisprudenciales que han ido definiendo los rasgos generales del Sistema de control de constitucionalidad norteamericano.

Fuera de la primera acepción del término "Judicial review", señalada párrafos arriba, las otras dos también mencionadas, se refieren al medio de protección de la Constitución contra leyes y actos de autoridad que la vulneran, a través del Sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad.

En el famoso N°. 78 del Federalista, Alexander Hamilton sostiene:

"A limited Constitution can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void". (27)

Una autoridad tal de la Corte, "by no means -continúa diciendo- suppose a superiority of the judicial to the legislative power", (no supone en absoluto una superioridad del judicial sobre el poder legislativo). Hamilton concluye que en realidad "it only supposes that the power of the people is superior to both". (Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos).

Desde luego, un celeberrimo caso de aplicación de estas tesis juzgado por el Chief Justice Marshall es Marbury vs. Madison.

En él se reafirman los principios de supremacía constitucional y de "Judicial review", con base en argumentos como éstos:

1.- The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

2.- So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide the case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the court must determine which of these conflicting rules governs the case, this is for the very essence of judicial duty.

(27) "Una Constitución limitada puede ser preservada en la práctica sólo mediante cortes de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al manifiesto tenor de la Constitución". The Federalist papers. Hamilton, Madison & Jay, Nal Penguin Inc.- 1961, U.S.A., págs. 464 y 465.

3.- The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution.

4.- Thus the particular phraseology of the Constitution of the U.S. confirms and strengthens the principle, -- supposed to be essential to all written constitutions, -- that a law repugnant to the constitution is void; and -- that courts, as well as other departments, are bound by that instrument". (28)

De aseveraciones tan contundentes podría suponerse una potes-
tad "ilimitada, absoluta e incondicional" del Poder Judicial para
interpretar la Constitución y ejercer un poder de control de la -
conformidad de leyes y actos de autoridad con ella. Atribuciones
de tal extensión y de plena definitividad conferidas a la judica- t
tura significarían el traslado virtual de todas las competen---

(28) "1.- La Constitución es o bien una norma superior principal, inmodificable por vía ordinaria, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y al igual que otros actos, es reformable cuando la legislatura desee reformarla.

2.- Así que, si una ley esta en oposición a la Constitución; si tanto una ley como la Constitución se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe o decidir el caso conforme a la ley, desatendiendo la Constitución, o conforme a la Constitu---
ción, desatendiendo la ley, la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto regula el caso. Esto es de la más pura esencia del deber judicial.

3.- El poder judicial de los Estados Unidos se extiende a to-
dos los casos que surjan de la Constitución.

4.- De ahí que la letra específica de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio, que se supone -
es esencial a todas las Constituciones escritas, de que una ley -
contraria a la Constitución es nula; y que las cortes al igual -
que otros departamentos están obligadas por ella". Marbury vs. -
Madison, tomado de Mendelson Wallace, the Constitution and the -
Supreme Court, Dodd, Mead & Company, N. York, 2da. Ed. 1970, -
págs. 7, 8 y 9.

cias de los órganos del Estado a uno sólo, el judicial, con la consiguiente subversión del principio de división de Poderes. En otros términos, como suele decirse, "el gobierno de los jueces".

Sin embargo, frente a este virtual monopolio que haría de los jueces, gobernantes y legisladores ("Judicial activism") se sitúa otro principio fundamental que atempera y regula el de "Judicial review", denominado "Judicial self-restraint" (autolimitación judicial).

La Corte Suprema reconoce, en principio, que su poder para interpretar la Constitución y específicamente para declarar inconstitucionales actos del Congreso, debe ejercerse con mucha circunspección. Por ello, la Corte conoce de cuestiones constitucionales sólo cuando le es turnada una "justiceable question".

De esta suerte, la Corte no expide el writ of certiorati (29) a menos que considere que la cuestión por resolver es "justiciable". Este mecanismo es el medio más simple de que dispone la Corte para eludir su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad.

(29) Sobre el significado de esta expresión véase supra. 416.

Una cuestión es justiciable cuando en ella está implícito - un caso o una controversia (case or controversy).

"The Supreme Court has, furthermore, imposed upon itself a comprehensive body of rules aimed at encouraging 'judicial self-restraint' and avoiding constitutional decisions. As summarized by Justice Brandeis in his concurring opinion in *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (1936), these include the following: (1) The Court will not anticipate a question of constitutionality in advance of the necessity of deciding it, nor is it the habit of the Court to decide questions of a constitutional nature - unless absolutely necessary to a decision of the case in hand. (2) The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied. (3) The Court will not pass upon a constitutional question, although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. (4) When the validity of an act of Congress is drawn into question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that the Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided". (30)

(30) "La Corte Suprema se ha autoimpuesto además, una serie comprensiva de reglas dirigida a fortalecer la 'Judicial self-restraint' y a evadir decisiones en materia constitucional. Tal como es resumido por el juez Brandeis en su opinión coincidente en el caso *Ashwander vs. Tennessee Valley Authority* (1936), éstas incluyen lo siguiente: (1) La Corte no anticipará una cuestión de constitucionalidad antes de la 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. (2) La Corte no formulará una norma de Derecho constitucional más amplia de lo que se requiera para los hechos específicos a los que se va a aplicar. (3) La 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. (4) Cuando la validez de un acto del Congreso sea puesto en tela de juicio, y no obstante que una duda sería sobre su constitucionalidad haya surgido, es un principio fundamental que la Corte deberá primero investigar si la expedición de la ley es posible, con lo cual la cuestión puede ser eludida". Herman Pritchett C. op. cit. pág. - 75.

Además de esta especie de "autolimitación" de la Corte, existen otras formas de restringir su facultad de "Judicial review" - en materia constitucional. Estas pueden resumirse en los siguientes términos:

- A) La Corte no emite opiniones o consejos (por oposición, - si emite resoluciones de cases and controversies).
- B) La Corte no conoce de controversias en las que los intereses de las partes no son realmente opuestos ("friendly suits").
- C) La Corte se niega a conocer de casos en lo que están envueltas "cuestiones políticas".
- D) La Corte rechaza todos aquellos intentos de elevar un - asunto a su jurisdicción con el avieso propósito de obtener de ella una resolución favorable sobre cuestiones - abstractas (made up cases).

Es necesario destacar que todas estas formas de "self-restraint" de la potestad de "Judicial review", no se observan siempre, ni necesariamente. Influyen, a falta de disposiciones expresas aplicables, elementos connaturales al sistema de commonlaw, - como son la tradición, los precedentes y el "buen juicio de los - juzgadores"; circunstancias y tendencias personales de los jueces

que integran la Corte en un momento determinado; y desde luego, -
presiones e influencias políticas que provocan, contra lo desea-
ble, que no todos los casos de que conoce y resuelve la Corte en
materia constitucional, cumplan con el requisito esencial de ser
"justiceable cases" [por ejemplo, los denominados "moot cases" (31)].

LA DOCTRINA DE LOS PRECEDENTES Y DEL STARE DECISIS

Es un principio fundamental de la jurisprudencia norteameri-^t
cana que una decisión tomada por la Corte más alta constituye un
precedente obligatorio para las cortes inferiores.

La tesis de que respuestas similares deben darse a cuestio--
nes similares aunque éstas surjan con posterioridad, es conocida -
en el derecho norteamericano como la "Doctrina de los preceden---
tes", o del "Stare decisis".

La frase "Stare decisis", es una abreviación de la expresión
latina "Stare decisis et non quieta mouvere", que significa "man--
tener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas".

(31) Los "moot cases" son casos académicos puramente, o hipotéti-
cos, habiendo adquirido tal carácter porque las partes no obtie-
nen ningún beneficio ni sufren ningún perjuicio derivado de su re
sultado. Estos casos ya no son "justiciables", porque el interés
jurídico de las partes ha desaparecido.

Esencialmente esas "cuestiones establecidas" o "decisiones - tomadas", configuran "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 "precedents".

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 los 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 tal o cual litigio resuelto en el pasado con el objeto de saber qué precedente debe aplicar. Esta actividad hasta cierto punto discrecional del juez, que lo ubica más como un "creador de normas" ("judicial activism") que como un mero interprete 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.

Esta posibilidad se atempera mucho cuando, mediante la aplicación de la doctrina del "Stare decisis", un juez debe atender -

los precedentes de la Corte superior de su misma jurisdicción, - aún cuando pueda, en cambio, apartarse de los criterios de otras cortes ajenas a su ámbito jurisdiccional.

Por lo que respecta a la Corte Suprema, a pesar del principio fundamental del "Stare decisis", este alto tribunal no necesariamente lo respeta, particularmente en cuestiones de constitucionalidad.

"Particularly in constitutional cases, the Court may find it necessary to disregard or overrule its own prior decisions. If the Court will not change its interpretation of the Constitution, there remains only the course of formal amendment". (32)

.. Es necesario señalar que técnicamente una corte no está obligada a guiarse por todo aquello que haya sido establecido en un precedente, sino exclusivamente por la regla de derecho (rule of law) contenida en él, que resulte relevante y que deba aplicarse para resolver el caso o litigio.

En los sistemas jurídicos como el mexicano, la obligatoriedad y la aplicabilidad de una norma jurídica a un caso concreto, es--

(32) "Específicamente en casos de constitucionalidad la Corte puede encontrar necesario desatender o anular sus propias decisiones anteriores. Si la Corte no cambia su interpretación de la Constitución, no queda sino el recurso de una enmienda formal". Herman Pritchett C. op. cit. pág. 71.

tán objetivamente determinadas por la Ley. La jurisprudencia, en aquellos ordenamientos jurídicos de esta familia, en que es vinculatoria, tiene éste carácter por disposición expresa.

En cambio en los Sistemas de common law, como el norteamericano y el canadiense, la fuerza obligatoria de los "precedents" de pende de varios factores, no prescritos expresamente en reglas de derecho.

"Basically, under the doctrine of stare decisis, the decision of a higher court within the same jurisdiction - acts as binding authority on a lower court within that - same jurisdiction. The decision of a court of another - jurisdiction only acts as persuasive authority. The -- degree of persuasiveness is dependent upon various fac-- tors, including, first, the nature of the other jurisdic-- tion. Is the other jurisdiction a Canadian one, and if so, is it one of the nine common law jurisdictions in - Canada? If the other jurisdiction is non-domestic, is - it a Commonwealth jurisdiction? In short, one must --- determine whether there is a common legal tradition be-- tween a given jurisdiction and a foreign jurisdiction in order to determine the degree of persuasiveness to be - attached to decisions rendered in that foreing jurisdic-- tion. Second, the degree of persuasiveness is dependent upon the level of court which decided the precedent case in the other jurisdiction. The decision of the highest that has already dealt with the particular matter would be the most persuasive. Other factors include the date of the precedent case, on the assumption that the more - recent the case, the more reliable it will be as autho-- rity for a given proposition, although this is not necessary so. Also, on some ocasions, the judge's reputation may affect the degree of persuasiveness of the authori-- ty". (33)

(33) "Básicamente, bajo la doctrina de stare decisis, la decisión de una Corte superior dentro de la misma jurisdicción actúa como autoridad vinculatoria sobre una corte inferior dentro de la misma jurisdicción. La decisión de una Corte de otra jurisdicción - actúa sólo con una autoridad persuasiva. El grado de persuasivi-

Como es fácil advertir, la forma como opera 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, eminentemente consuetudinarias antes descritas, en las que se fundamenta el principio de Stare decisis, al basarse en la costumbre, depende de una "ancienne tradition" y de una "sana práctica de la función judicial de decision making".

En términos generales se considera que la doctrina de los precedentes ofrece una ventaja práctica consistente en que al seguir las decisiones judiciales pasadas, el juez evita el riesgo

dad depende de varios factores, incluyendo primero, la naturaleza de la otra jurisdicción ¿Es la otra jurisdicción canadiense y si lo es, se trata de una de las nueve jurisdicciones de derecho común de Canadá? ¿Si la otra jurisdicción no es doméstica, es una jurisdicción del Commonwealth? Dicho en breve, se debe determinar si hay una tradición de derecho común entre una jurisdicción dada y una jurisdicción extranjera para decidir el grado de persuasividad que se debe asignar a las resoluciones emitidas en esa jurisdicción extranjera. En segundo lugar, el grado de persuasividad depende del nivel de la Corte que resolvió el caso precedente en la otra jurisdicción. La decisión de la Corte más alta que ha conocido del asunto particular será la más persuasiva. Otros factores incluyen la fecha del caso precedente, bajo el supuesto de que mientras más reciente sea el caso, será más confiable como autoridad para la proposición dada aún cuando esto no sea necesariamente así. También en algunas ocasiones la reputación del juez puede afectar el grado de persuasividad de la autoridad". -- Gall L. Gerald, "The Canadian Legal System", 3a. Ed. Capwell, -- Can. 1990, pag. 274.

de realizar nuevas y tal vez peligrosas formas de interpreta---
ción de la ley.

Desde nuestro punto de vista, dotar de un valor absoluto al supuesto anterior es lo verdaderamente peligroso. De hecho puede resultar y resulta orientador y esclarecedor un precedente o va--
rios, para la siempre delicada labor de administrar justicia. -
Sin embargo, nunca debe descartarse dogmáticamente que una solu--
ción o varias en el pasado, de seguirse axiomáticamente en el pre
sente, arrojen como resultado la reproducción de decisiones ina
decuadas o hasta injustas. En otros términos, el precedente, en
tanto determinación de un juez, no tiene que haber sido necesariamente
correcto, apegado a derecho, ni imparcial. El precedente debe
tenerse en cuenta desde luego, pero no tomársele forzosamente co-
mo modelo o paradigma de decisión de un caso nuevo, por más simi-
lar que sea al anterior.

En realidad, en los Estados Unidos, la fuerza vinculatoria -
de los precedentes no es tal que obligue necesariamente a respe--
tarlos. A lo que está obligado el juez es a considerarlos a efecto
de resolver el caso de que conoce, pero no precisamente a se-
guirlos mecánicamente. Es decir que el juez no puede ignorarlos
como si no existieran, pero una vez tomados en cuenta sí puede y
de hecho lo hace, apartarse de ellos razonadamente.

Es un hecho que las ventajas que suelen atribuirse a los precedentes en cuanto a la tarea de interpretación de las normas jurídicas deben tomarse con reservas. Se dice que el precedente propicia certeza y predictibilidad; continuidad y estabilidad; y consistencia junto a la posibilidad de surgimiento de nuevas interpretaciones de la Ley, conforme situaciones novedosas de la realidad se van presentando.

Sin embargo,

"In any case, the rule of precedent hardly eliminates all ambiguity in legal interpretation. Most cases before the Supreme Court involve issues that are at least marginally different from those decided in past cases, so precedent seldom determines a decision in a strict way. Indeed, the precedents that are relevant to a case often point in more than one direction. And because a court is not absolutely bound to adhere to its own precedents, the Court is always free to reconsider a past decision. This freedom in turn requires the justices to make choices". (34)

Por otra parte podemos encontrar ciertas desventajas en la doctrina de los precedentes, a saber: rigidez e inflexibilidad en

(34) "En cualquier caso, la regla de los precedentes difícilmente elimina toda ambigüedad en la interpretación legal. La mayoría de los casos ante la Suprema Corte envuelven aspectos que son al menos marginalmente diferentes de aquellos decididos en casos anteriores, de tal suerte que el precedente rara vez determina una decisión de manera estricta. En realidad, los precedentes que son relevantes en un caso frecuentemente apuntan en más de una dirección. Y debido a que una Corte no está plenamente obligada a adherirse a sus propios precedentes, ella siempre es libre de reconsiderar una decisión pasada. Esta libertad, a su vez, obliga a los jueces a tomar alternativas". Baum Lawrence, The Supreme Court, Universal Book Traders, 4^o. op. cit. pág. 132.

la interpretación de la ley; peligro de aplicaciones ilógicas de las normas jurídicas y de las decisiones previas; y la dificultad de operación de un sistema de common law vasto y complejo.

Estos inconvenientes se pretenden corregir mediante el denominado "process of distinguishing" (proceso de diferenciación), - en el cual el juez a quo 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 la aplicación de la regla "obiter dicta".

El juez no está obligado a tomar en consideración las obiter dicta (35) de una resolución precedente, sino sólo su ratio decidendi. (36)

Finalmente, un juez puede rehusarse a seguir un caso precedente cuando éste fue decidido per incuriam. Esto 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.

(35) El obiter dictum es una declaración de la Ley hecha por un juez que forma parte del caso particular o concreto a resolver, - pero que no contiene la regla de derecho con base en la cual éste habrá de decidirse.

(36) La ratio decidendi es la parte del caso que contiene la regla de derecho en la cual se encuentra la base de la decisión.

La doctrina de los precedentes en materia de control de constitucionalidad opera en términos generales tal como la hemos descrito, con algunos matices. Debido a que la Corte Suprema es el tribunal de última instancia al interpretar la Constitución, no rige en su caso la regla de que el precedente de una Corte superior obliga a la inferior de la misma jurisdicción.

Por otra parte, si bien es cierto que los posibles desaciertos derivados de la aplicación de la doctrina de los precedentes en materia de legislación federal o común, 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 la no observancia de los precedentes en cuanto a cuestiones de constitucionalidad sea frecuente en la labor de Judicial review de la Corte Suprema.

"Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. ...This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions". (37)

(37) "Stare decisis es normalmente la política sabia, porque en la mayoría de los asuntos es más importante que la regla de derecho aplicable esté establecida a que esté establecida la correcta.

De la prudencia y de la racionalidad con que se aplique la tesis del Stare decisis a la Judicial review de la Corte Suprema en cuestiones de constitucionalidad, depende el éxito de este alto tribunal en calidad de guardián de la Constitución.

Como se sabe el Sistema de control norteamericano se caracteriza por ser "difuso". En él cualquier juez puede y debe examinar la constitucionalidad de una Ley, decidiendo si la aplica o no, una vez resuelto el problema de su conformidad con la Ley suprema.

Su apreciación sobre la cuestión de constitucionalidad, planteada por una de las partes en vía incidental o de excepción en un caso concreto, puede ser revisada por un tribunal superior hasta llegar a la Corte Suprema, la cual se pronunciará en la materia, como tribunal de instancia final.

El juicio que realiza cada juez incluidos los de la Alta Corte, se basa en los precedentes relativos a las cuestiones de constitucionalidad surgidos con anterioridad al caso del que conocen. Se dice que a pesar de la facultad discrecional de cada tribunal para estimar la constitucionalidad de la Ley, ningún juez se atre

... Esto es normalmente verdadero aun cuando el error es una cuestión seriamente preocupante, siempre que la corrección pueda obtenerse por la legislación. Pero en casos que involucran a la Constitución federal, en los que la corrección por medio de la acción legislativa es prácticamente imposible, esta Corte ha desechado sus decisiones anteriores". Justice Louis D. Brandels citado por Hermann Pritchett, c. en "The American Constitutional System", - pág. 71.

verá a aplicarla si ésta ha sido declarada anticonstitucional en alguna controversia precedente.

Los rasgos esenciales de este sistema de control difuso son los siguientes:

1. Cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad, razón por la cual se denomina "difuso" a este sistema.

2. La cuestión de constitucionalidad se establece por vía incidental o de excepción.

3. Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto.

4. Rige el principio de "Stare decisis".

5. Una Corte Suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.

De una cantidad tan amplia de tribunales que revisan la constitucionalidad de una Ley, pueden suponerse resoluciones incongruentes y contradictorias de un tribunal a otro y dentro de uno mismo.

Sobre el particular opinaba el conocido profesor James Allan Clifford Grant:

"Esto está lejos de ser verdad. Lo que pasa sencillamente, es que hacen un enfoque equivocado. Como he dicho, es un error buscar el sistema norteamericano en cualquier juicio, acción, auto, recurso u otro procedimiento. Pero sí hay unidad. Esta se encuentra en la teoría de que cualquier juez tiene el poder y el deber de aplicar las leyes constitucionales por encima de cualquiera otra regla, y por lo tanto de considerar nula y de ningún valor cualquier ley, decreto, reglamento o hecho que sea contrario a la ley fundamental. Este, pues, no es un deber que sea peculiar de la Corte Suprema, ni siquiera de las cortes en general. Ustedes recordarán que la oración final de John Marshall en su fallo en el caso de Marbury contra Madison era, 'una ley contraria a la Constitución es nula y los tribunales tanto como los demás Departamentos del Gobierno están obligados por dicha Constitución'. Los tribunales ocupan una posición preeminente sólo porque, según el texto de la resolución 'es de la verdadera esencia del deber judicial... declarar cuál es la ley'; y las decisiones de la Corte Suprema asumen importancia especial sólo porque es la Corte de última instancia". (38)

Este sistema ha tenido una clara influencia en los más importantes países latinoamericanos, cuyos métodos de control de constitucionalidad, si bien no son idénticos al norteamericano, esencialmente se rigen por cuatro de sus principios básicos, a saber:

1.- La tesis de que es superior el sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad, al denominado Sistema de control por órgano político.

(38) Grant J. A. C. "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes", Revista de la facultad de derecho de la UNAM, Ed. Stylo, México, 1963, pág. 39.

2.- El principio de que debe ser una Corte Suprema, dotada de la facultad de interpretación superior e inapelable de la Constitución, el órgano encargado de la función de control, además de actuar como jurisdicción ordinaria de última instancia.

3.- El axioma de que los efectos de la resolución de la Corte Suprema, declaratorios de la anticonstitucionalidad, deben ser siempre particulares.

4.- La idea de que la confiabilidad en este sistema está garantizada por la neutralidad, el apoliticismo y la independencia de la Suprema Corte, integrada por jueces experimentados e imparciales.

De hecho esta idea es el germen o el cimiento de todo el sistema.

Países como México, Venezuela, Brasil y Argentina han hecho suyos estos cuatro supuestos y han adoptado en lo general, con distintos grados de variación, el Sistema Jurisdiccional de control.

No deja de llamar la atención que algunos Estados latinoamericanos de menor peso político y económico en la región, se hayan apartado de este sistema y se hayan inclinado por medios de con---

trol de constitucionalidad más parecidos al sistema austriaco o concentrado. Tal es el caso de Colombia, de Ecuador y de Guatemala. El primero de estos países cuenta con una Sala constitucional dentro de la Suprema Corte, mientras que los segundos han creado un Tribunal constitucional al estilo europeo.

Por lo que respecta a la exactitud de la tesis resumida en el punto 4, fundamento en gran medida de la supuesta superioridad del sistema norteamericano de control de constitucionalidad, valdría la pena meditar detenidamente tanto sobre el verdadero grado de neutralidad de la Corte, como sobre el apoliticismo de quienes la integran. Con esta reflexión concluimos el examen del sistema norteamericano.

"Throughout the history of American constitutional development may be found recurring evidence of the fact that Supreme Court Justices have been motivated by value preferences in reaching decisions. At no time have they resorted to neutrality or impersonality of principle in making choices between competing alternatives. Although it is true that from time to time an individual justice has alleged adherence to such a posture the main thread - clearly is contrary". (39)

(39) "A lo largo de la historia del desarrollo constitucional norteamericano puede encontrarse evidencia recurrente del hecho de que los jueces de la Corte Suprema han estado motivados por preferencias valorativas para llegar a sus decisiones. En ningún momento han recurrido a la neutralidad o impersonalidad de principios al seleccionar entre alternativas encontradas. Aunque es verdad que de tiempo en tiempo algún juez en particular ha mostrado adhesión a esta postura, la línea principal es claramente contraria". Selwyn Miller Althur, op. cit., págs. 63 y 64.

CAPITULO IX

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN MEXICO

- 1.- La Constitución Federal de 1917.
- 2.- El Sistema mexicano de control de constitucionalidad.
- 3.- Fundamentos constitucionales y legales del Juicio de Amparo.
- 3.1.- El amparo y el control de constitucionalidad.
- 3.2.- El amparo y el control de legalidad.

LA CONSTITUCION FEDERAL DE 1917

La Ley fundamental mexicana de 1917 es considerada, con razón, la primera Constitución de contenido social en el mundo. Ciertamente la inclusión en su texto original de los derechos o garantías sociales relativos a la educación, al trabajo y al campo, así como las posteriores incorporaciones a la Carta Magna del derecho a la salud o a la vivienda, justifican que se hable de un "constitucionalismo social mexicano". (1)

A este carácter social de la Constitución del 17, debe agregarse el claro sentido nacionalista que inspiró la redacción de los párrafos iniciales del art. 27 constitucional, en los que se

(1) Véase, por ejemplo, la obra clásica escrita con esta perspectiva y titulada precisamente "el constitucionalismo social mexicano", de Jorge Sayeg Helú, editada por primera vez, por "Cultura y Ciencia política", A.C. en México el año de 1972.

consagra el derecho originario del Estado mexicano a la propiedad de su territorio y de sus recursos naturales, dando a la propiedad privada, una naturaleza derivada, a diferencia de la Constitución anterior, que la conceptuaba como un derecho individual, no perturbable sino por causa de utilidad pública, previa indemnización (art. 27, const. de 1857). (2)

Igualmente debe destacarse una innovación más de la Carta del 17 en cuanto a sus predecesoras relativa a la intervención del Estado en la economía, prescrita en el texto original en los artículos 27 y 28, los cuales proscriben la existencia de monopolios, excepción hecha de los mal llamados "monopolios estatales", e impiden la explotación de ciertos recursos naturales por los particulares. De esta suerte, la acuñación de moneda, los correos y telégrafos, la emisión de billetes, el petróleo y los demás hidrocarburos, la petroquímica básica, los minerales radio-activos, la energía nuclear, la electricidad y los ferrocarriles, se consideran áreas económicas estratégicas, de dominio directo del Estado, no susceptibles de ser concesionadas a los particulares. La coexistencia, constitucionalmente prevista de los sectores económicos privado, social y estatal, según un esquema de economía mixta, está orientada hacia el objetivo común consistente en la consecución del desarrollo nacional de conformidad con los artículos 25 y 26 de la Ley Suprema, los cuales fijan las bases de la rectoría económica del Estado.

(2) La Constitución actual considera a la propiedad privada como una modalidad de la propiedad originaria del Estado, susceptible de ser sujeta a limitaciones o reglamentaciones y desde luego a expropiación por causa de utilidad pública, no previa sino mediante indemnización, señalando la Ley de Expropiación, que el resarcimiento al particular puede hacerse hasta en un lapso de diez años.

Estas son las decisiones políticas fundamentales que, normadas en la Ley Suprema del 17, dieron nacimiento al Estado mexicano social de Derecho, generado por una Revolución nacionalista y de claro origen popular. Al ideal supremo de la justicia individual, los constituyentes del 17, plantearon la condición indispensable de la justicia social.

Es fácil advertir el significado y la trascendencia que preceptos como el 3°, 27°, 28°, y 123 constitucionales tuvieron en el momento de su aparición en la Constitución del 17. La importancia de estas normas sigue siendo evidente. A principios de este siglo, emergían como sólidas estructuras de un nuevo tipo de Estado que rebasaba dramáticamente la decimonónica concepción del Estado burgués de Derecho individualista clásico, descrito en las Cartas Magnas del siglo pasado, conformadas sólo por una parte dogmática y otra orgánica, que contenían respectivamente, las garantías individuales y la organización del Poder Público.

A la descripción de este nuevo tipo de Estado hasta entonces desconocido, contenida en la Ley fundamental, correspondió una indispensable reelaboración de los problemas generales de la teoría de la Constitución. A partir de esos momentos, conceptos como el de Constitución, Estado social de Derecho y justicia social, hubieron de ser revisados, reelaborados e incorporados a la temática del Derecho constitucional y se convirtieron, junto a muchos -

más, en objetos de investigación y desarrollo de la teoría del De
recho y de la Teoría de la Constitución. (3)

Justo es reconocer que el pensamiento social de los constituy
yentes mexicanos de este siglo, tiene antecedentes en sus congéner
es de 1856-57.

Hombres del celeberrimo cuerpo colegiado del siglo pasado -
como Ponciano Arriaga e Ignacio Olvera son dos ejemplos de la lín
ea de continuidad que puede trazarse entre ambos Congresos const
ituyentes, en cuanto al desarrollo de ideas progresistas y de -
preocupaciones sociales que se encuentran por todas partes a lo -
largo de los 60 años que separan a las Constituciones del 57 y -
del 17.

"La generación constituyente de 1856-57 es una de las -
más ilustres que ha dado el Anáhuac. El pensamiento soc
ial del ala radical de ese Congreso no se pudo plasmar
en la Constitución liberal según su deseo, pero las idea
s siguieron vivas, quemando las mentes, hasta que de -
las cenizas brotó el manantial incontenible de la vida, -
cuya primera manifestación encontramos en 1901, en el -
grupo "Ponciano Arriaga", que dirigió Camilo Arriaga, y
de cuyo seno salieron los hombres que más tarde dieron -
el manifiesto del Partido Liberal." (4)

(3) Es increíble por cierto que a punto de concluir el presente
siglo, todavía autores de tratados en materia constitucional, prof
esores, estudiosos, etc., sigan atrapados en la Teoría de la --
Constitución del siglo XIX y adopten como válidos conceptos como
el "formal y material" clásicos para definir la Constitución del
Estado. My señaladamente en cuanto a la situación prevaleciente
en México, llevaría más tiempo y tomaría más espacio, enlistar -
los nombres de autores e investigadores estancados en las concepc
iones del siglo pasado, que elaborar un elenco de aquéllos cuyo
pensamiento en la materia acusa una ostensible evolución.

(4) Jorge Carpizo, la Constitución Mexicana de 1917, México, -
UNAM, 1973, pág. 30.

Sin embargo, no fue sino hasta este siglo cuando ese pensamiento avanzado quedó plasmado en normas constitucionales, una vez maduras las condiciones políticas, económicas y sociales para la realización de la Revolución mexicana

De esta manera, el Estado mexicano quedó conformado por las decisiones fundamentales señaladas, más las características de un Estado de Derecho, con su forma de gobierno específica. El conjunto de estas decisiones es el siguiente:

- 1.- Soberanía popular
- 2.- Garantías individuales
- 3.- Derechos sociales
- 4.- Estado de Derecho
- 5.- Democracia social
- 6.- Forma de gobierno representativo y federal
- 7.- Sistema presidencialista
- 8.- División de Poderes
- 9.- Supremacía constitucional
- 10.- Régimen de economía mixta con rectoría económica del Estado.
- 11.- Separación de Iglesia y Estado

En virtud de que el objeto central del presente capítulo es el de analizar el Sistema de control de constitucionalidad del Estado mexicano y no su Constitución íntegramente, no nos referiremos por separado a cada una de las decisiones políticas fundamentales mencionadas. Conforme vayamos incursionando en nuestro tema, iremos examinándolas cuando sea pertinente.

EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Sistema mexicano de control de constitucionalidad corresponde en términos generales, al modelo "americano" descrito en los capítulos segundo y octavo de esta obra (5). La función de control se encomienda en México a un órgano jurisdiccional no especializado, sino integrante de la división de poderes tripartita clásica, que es el poder Judicial Federal.

"En el Derecho Mexicano la garantía de la Constitución es de carácter jurisdiccional, en virtud de que la actuación de los mandatos fundamentales se realiza a través de la composición del litigio sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del "agravio personal", por lo que no existe en nuestro sistema jurídico el problema que se plantea en los ordenamientos constitucionales europeos que, siguen

(5) Véase el capítulo relativo a Sistemas de control y el que se refiere al estudio particular de los Estados Unidos de Norteamérica, II y VIII, respectivamente.

do las enseñanzas de Kelsen, han instituido un Tribunal constitucional especial, que con independencia del poder judicial ordinario, tiene la función específica de proteger la Ley Fundamental, y que algunos tratadistas llegan a considerar como un poder constitucional autónomo, al lado de los otros poderes tradicionales". (6)

El Poder Judicial federal mexicano se deposita en cuatro clases de tribunales:

- a) Suprema Corte de Justicia
- b) Tribunales colegiados de circuito
- c) Tribunales unitarios de circuito
- d) Juzgados de distrito

Es de señalarse que el Poder Judicial, Poder constituido al que se asigna la función de control de constitucionalidad, ejerce también facultades correspondientes a una competencia meramente jurisdiccional.

En otros términos, este Poder, además de dirimir controversias aplicando el derecho a casos particulares, como lo hacen todos los tribunales según su ámbito competencial, resuelve sobre la constitucionalidad de Leyes y actos de autoridad. Debido a esta doble competencia genérica, no todos los tribunales que forman parte de este Poder federal, realizan funciones de control de

(6) Fix Zamudio Héctor, "El Juicio de Amparo", Porrúa, México, - 1964, pág. 200.

constitucionalidad, ni tampoco aquéllos que sí la ejercen, dejan de actuar en el ámbito específicamente relacionado con la jurisdicción, simultáneamente.

En México, los tribunales unitarios de circuito no ejercen funciones de control de constitucionalidad, constriéndose a intervenir como instancias de apelación de la justicia ordinaria federal. Estos órganos forman parte del Poder Judicial federal, pero no del Sistema de control de constitucionalidad.

En cambio, un caso de tribunales federales que cumplen ambas clases de funciones son los Juzgados de Distrito, que sí son competentes en materia de jurisdicción constitucional, además de serlo en tanto tribunales de primera instancia en lo relativo a la jurisdicción ordinaria federal.

En consecuencia, de las cuatro clases de tribunales que componen el Poder Judicial federal mexicano, sólo los tribunales unitarios de circuito no tienen facultades en materia de jurisdicción constitucional, la cual es asignada a los otros tres, conforme a un sistema de distribución de competencias, fijado por la Constitución federal, la Ley de amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial federal, a las que nos referiremos más adelante. Entre la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito, está distribuido el conocimiento -

de los Juicios de Amparo y de las controversias constitucionales o "litigios constitucionales", que de conformidad con la Ley Suprema mexicana, integran nuestro Sistema de control de constitucionalidad.

La estructura y el funcionamiento general de los tribunales que integran el Poder Judicial son los siguientes:

Suprema Corte.- Se compone de 21 ministros numerarios y hasta cinco supernumerarios. Los miembros de la Corte son designados por el titular del Ejecutivo federal con aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión (7), en su caso. (Arts. 89, fracc. XVIII, 76 fracc. VIII y 78 fracc. V, Constitución Mexicana).

Los ministros deben ser ciudadanos mexicanos por nacimiento; tener 35 años como mínimo y 65 como máximo; ser abogados con antigüedad mínima de 5 años; haber residido en el país los últimos 5 años; gozar de buena reputación y no haber sido condenados a una pena mayor de un año, ni por delito que lesione su reputación (robo, fraude, falsificación, abuso de confianza), sin que importe la sanción a que se hayan hecho acreedores.

(7) Este es un órgano que funciona durante los períodos de receso del Congreso de la Unión, el cual se integra en México por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores (Art. 50). La Comisión permanente se compone de 19 Diputados federales y de 18 Senadores (Art. 78).

Estos funcionarios son inamovibles y sólo pueden ser privados de su cargo en los términos del capítulo de responsabilidades de la propia Constitución (Art. 94 párrafo final). Su cargo, al igual que el de todos los miembros del Poder Judicial federal es incompatible con cualquier otro, federal, local o particular, salvo el caso de actividades científicas o docentes no remuneradas. La incompatibilidad no respetada acarrea la pérdida de la función de juez de distrito, magistrado de circuito o ministro de la Corte.

La responsabilidad de ministro sólo es renunciable por causas graves siguiéndose para tramitar la dimisión, el mismo procedimiento previsto para su nombramiento.

La Corte nombra de entre sus miembros a un Presidente que dura en su cargo un año, pudiendo ser reelecto.

La Suprema Corte funciona en Pleno y en Salas. El Pleno se integra por todos los ministros, bastando la presencia de quince para que pueda funcionar. Las Salas, son cuatro, se forman cada una por 5 ministros, siendo suficiente la presencia de 4 para poder deliberar y resolver. Cada Sala elige de entre sus miembros a un Presidente que actúa con ese carácter por un año, pudiendo ser reelecto. Tanto las decisiones del Pleno como las de las Salas se toman por unanimidad o por mayoría de votos.

La competencia de la Corte, así como su distribución entre el Pleno y las Salas está fijada en la Constitución, en los artículos 11, 12, 24, 25, 26 y 27 de la Ley Orgánica del Poder Judicial federal mexicano y en Ley de Amparo (8).

Es de señalarse que a esta estructura de la Corte se añade una sala auxiliar que por determinación del Pleno y conforme a la competencia que éste le atribuye, se integra por los ministros su pernumerarios y funciona cuando "las necesidades del servicio, lo justifiquen" (Art. 12, fracc. VI, LOPJF).

Tribunales Unitarios de Circuito.- Estos juzgados se integran por un magistrado nombrado por el Pleno de la Corte. Para ser magistrado se requiere ser mexicano por nacimiento, mayor de 35 años, abogado con antigüedad de 5 años. Estos jueces duran en su cargo 6 años, son reelegibles y deben retirarse a los 70 años de edad.

Es de recordarse que estos tribunales son los únicos que no poseen dentro del Poder Judicial federal, una competencia que abarque simultáneamente el conocimiento de asuntos de jurisdic--

(8) En cuanto a la competencia de la Corte, de los Tribunales colegiados de circuito y de los juzgados de distrito, nos iremos refiriendo a lo largo de este capítulo conforme avancemos en el estudio del Sistema de control de constitucionalidad mexicano, enfatizando, desde luego, las facultades de cada Tribunal relativas al Juicio de Amparo.

ción ordinaria y de cuestiones de constitucionalidad. Sus facultades se constriñen sólo a las que corresponden a un Tribunal ordinario y están establecidas en el artículo 37 de la Ley orgánica - del Poder Judicial federal.

Tribunales Colegiados de Circuito.- Estos juzgados se integran por tres magistrados nombrados por el Pleno de la Corte, los cuales deben reunir los requisitos que exige la Ley para ser magistrado de un Tribunal Unitario. También se retiran a los 70 años. Cada colegiado nombra de entre sus miembros a un Presidente, que dura en funciones un año, siendo posible su reelección. - Sus resoluciones se toman por unanimidad o por mayoría de votos.

La competencia de estos tribunales está señalada en la Constitución, en el artículo 44 de la LOPJF y en la ley de Amparo. (9) Esta comprende facultades de jurisdicción ordinaria y de control de constitucionalidad. En materia de Amparo conoce de los Juicios de Garantías uniinstanciales.

Es de comentarse que la Ley preve la existencia de Colegiados de Circuito con jurisdicción especializada (Art. 45 LOPJF).

Juzgados de Distrito.- Se componen de un Juez nombrado por la Corte, el cual debe ser mexicano por nacimiento, mayor de 30 -

(9) Véase pág. 487 de este capítulo.

años, con título de abogado de por lo menos 3 años de antigüedad, debiendo retirarse de su cargo a los 70 años. Estos jueces duran en su cargo 6 años y son reelegibles.

Estos juzgados se distribuyen territorialmente (distrito) y por materia. Existen juzgados de distrito en materia penal, admnistrativa, civil, laboral y agraria. Poseen jurisdicción ordinaria y de control de constitucionalidad.

La competencia de los juzgados de distrito está fijada por - la Constitución, por los artículos 51 a 55 de la LOPJF y por la - Ley de Amparo. (10) La Ley preve también la posibilidad de creación de juzgados de distrito especializados. (Art. 56 LOPJF).

Conviene apuntar que la Ley Orgánica contempla la existencia de un Jurado popular federal al que considera parte del Poder Judicial federal (Art. 1º LOPJF). Las normas relativas a su estructura, organización, funcionamiento y competencia abarcan del artículo 61 al 72 de la Ley.

Antes de dar por concluidas estas someras referencias a la - composición y competencia del Poder Judicial federal en México e iniciar el estudio específico del control de constitucionalidad -

(10) Véase pág. 487 de este capítulo.

mexicano, nos parece oportuno referirnos a algunos casos concretos en que los tribunales federales que realizan funciones de control, ejercen simultáneamente facultades de jurisdicción ordinaria.

La Suprema Corte conoce en materia jurisdiccional ordinaria de:

a) Las controversias en que la Federación sea parte, cuando a juicio del Pleno se consideren de importancia trascendente para los intereses de la Nación. (Art. 11 fracc. IV, LOPJF). (Pleno)

b) Las controversias entre su Salas (Art. 11, fracc. XI LOPJF). (Pleno)

c) Las controversias entre tribunales federales y locales; - locales entre sí y militares con cualquiera de éstos por cuestiones de jurisdicción (Salas).

d) Las controversias entre tribunales de circuito o juzgados de distrito pertenecientes a distintos circuitos (Salas).

Los Tribunales Colegiados de circuito resuelven:

a) De los recursos fijados por la Ley en materia contencioso administrativa (Arts. 73, fracc. XXXIXH y 104, fracc. I-B, - constitucionales y 44, fracc. V LOPJF).

Los juzgados de distrito son competentes:

a) para conocer de los delitos de orden federal (Art. 51, - fracc. I, LOPJF).

b) para resolver las controversias que se susciten por aplicación de leyes federales en materia administrativa, estando por decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento (Art. 52, fracc. I, LOPJF).

c) para conocer de las controversias que se produzcan entre particulares con motivo de la aplicación de leyes civiles federales, en los términos del artículo 104, fracción I de la Constitución (art. 54, fracc. I, LOPJF).

Refiriéndonos al objeto central de nuestro estudio es de señalarse, en cambio que la competencia de estos tribunales correspondiente al control de constitucionalidad se ejerce mediante dos procesos distintos, a saber:

A) El Juicio de Amparo. (Arts. 103 y 107 constitucionales)

B) La resolución de los conflictos constitucionales entre - los poderes de una entidad federativa y de los mismos con conflictos entre los órganos del Distrito Federal. (Art. 105 constitucional).

En lo que respecta al Juicio de Amparo son competentes la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito y los juzgados de distrito.

En cuanto a los conflictos señalados en el inciso B), sólo es competente la Suprema Corte.

Nos avocaremos, de aquí en adelante, al estudio del juicio de Amparo y de los llamados "litigios constitucionales", que integran el Sistema de control de constitucionalidad mexicano.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL JUICIO DE AMPARO

Al iniciar el examen del Juicio de Amparo en tanto medio de control de constitucionalidad, es necesario hacer una advertencia muy clara.

El propósito de este capítulo no es el de analizar todos los aspectos de una institución tan amplia como el Amparo mexicano. - No pretendemos abordarla en toda su complejidad, ni referirnos en nuestro análisis a todas sus vertientes. Muchas cuestiones históricas, procesales e inclusive doctrinales exceden si no por completo, si por lo menos parcialemtne al objeto central de nuestra

obra. Este se halla muy lejos de consistir en un análisis exhaustivo del Juicio de Amparo. Nuestra finalidad es más modesta, pero no por ello menos relevante.

Al llegar a la última parte de esta obra, pretendemos hacer un estudio no descriptivo ni reiterativo del Amparo mexicano, sino fundamentalmente crítico y propositivo.

Como es bien sabido, existe una vastísima bibliografía nacional y extranjera especializada en el Amparo, razón por la cual nos parecería, en su caso, ocioso e improductivo reproducir o reiterar lo dicho por muchos connotados tratadistas de la materia. Resultaría también improductiva la tarea, ya emprendida por lo demás, de "escribir" una obra que se redujera a ser una nueva "Ley de Amparo comentada".

En tal virtud, nos hemos propuesto algo que tal vez sea más útil y provechoso para la ciencia jurídica en general y para la nacional en particular. Por lo menos, así lo esperamos.

Nuestro propósito es el de analizar el Juicio de Amparo mexicano, solamente en tanto medio de control de constitucionalidad, para determinar sus alcances teóricos y prácticos, así como sus limitaciones. Esto con el objeto de plantear una serie de modificaciones no precisa o exclusivamente relativas a esta institución, sino más bien concernientes al Sistema de control de constitucionalidad mexicano.

Al acometer nuestra tarea, obviamente, habremos de referir--nos a algunos aspectos doctrinales, históricos e inclusive procesales, del Juicio de Amparo, pero únicamente cuando resulten pertinentes o indispensables para el propósito que perseguimos.

En suma, el estudio del caso mexicano dentro de esta obra -pretende ser una contribución y no una reproducción; aspira a ser una seria y fructífera aportación y no una simple y mecánica repetición.

Los artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana establecen las bases constitucionales del juicio de Amparo.

El artículo 103 dispone que:

Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen 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.

El 107 establece que las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a determinadas bases, señalando en su fracción primera y en el párrafo inicial de la segunda, que:

I. El Juicio de Amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada; y que

II. La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la Ley o acto que la motivare.

La Constitución anterior a la vigente establecía los mismos fundamentos constitucionales generales del Juicio de Amparo en sus artículos 101 y 102.

Estos preceptos sitúan al Juicio de Amparo dentro del Sistema de control de constitucionalidad que suele denominarse "americano", si bien son de tenerse en cuenta ciertos matices propios de la institución mexicana.

Reproduzcamos los rasgos esenciales del sistema "americano" o "difuso" (11).

(11) Sobre las características del Sistema "difuso" de control y del "concentrado", véase el capítulo segundo de esta obra, págs.-87 y sigs.

A) El carácter "difuso" obedece al hecho de que cualquier juez "controla" la correspondencia de la Constitución y del acto de autoridad, al estar facultado para examinar la cuestión de constitucionalidad y no aplicar la ley contraria a la Ley Suprema.

B) La vía para plantear la inconstitucionalidad es "incidental". (Vía de excepción).

C) Los alcances de la resolución sobre la constitucionalidad se limitan al caso concreto.

D) Una Corte Suprema se pronuncia en última instancia sobre la correspondencia entre la Ley Fundamental y el acto de autoridad emitiendo jurisprudencia obligatoria para los jueces inferiores.

E) Tiene aplicación la doctrina de los precedentes y del "Stare decisis".

La función de control de constitucionalidad se encomienda en nuestro país a órganos jurisdiccionales, cuestión sobre la que existe unanimidad de todos los tratadistas. Recordemos que los sistemas jurisdiccionales de control corresponden básicamente a dos modelos: 1.- "Difuso o americano"; y 2.- "Concentrado o austriaco".

La jurisdicción constitucional mexicana se asemeja al primer modelo en función de lo siguiente:

A) La misión de control se asigna tanto en México, como en Estados Unidos al Poder Judicial federal;

B) En ambos sistemas rige el principio de Supremacía constitucional;

C) La interpretación de la Constitución y la definición del sentido y del alcance de sus preceptos corresponde al Poder Judicial federal, facultado para emitir jurisprudencia obligatoria;

D) La decisión sobre la constitucionalidad del acto de autoridad tiene siempre y exclusivamente efectos particulares y es resultado de la demanda de protección de la parte agraviada.

Sobre la influencia que ejerció el conocimiento más o menos profundo de los constituyentes de 1857, del Sistema americano, no cabe la menor duda. Algunos miembros del Congreso del siglo pasado expresamente la consignaron. A pesar de que también hubo quienes trataron de negar tal influencia, ésta se advierte en los argumentos que se esgrimieron para justificar el sistema de control conformado en los artículos 101 y 102 de la última Ley Suprema del siglo pasado.

La tesis de que los actos del legislativo no deberían ser anulados por ningún otro Poder que se situara por encima del genuino representativo de la voluntad popular, fue combatida arguyendo que ningún otro Poder estaría mejor capacitado para salvaguardar la Constitución y especialmente los derechos del individuo, sin romper el equilibrio entre los órganos del Estado, ni colocarse en posición de predominio sobre el legislativo, que el Poder judicial.

Es útil recordar aquí las palabras de Hamilton en el No. 78 del Federalista en favor del Poder Judicial, garante de la Constitución: (12)

"Una Constitución limitada puede ser preservada en la práctica sólo mediante cortes de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos anteriores, al manifiesto tenor de la Constitución.

Una autoridad tal de la Corte no supone en absoluto una superioridad del judicial sobre el legislativo sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos." (13)

Esto era exactamente lo que sostenían en 1857 quienes se pronunciaban a favor del texto de los que serían artículos 101 y 102 constitucionales.

Parece muy claro que los constituyentes poseían en esta materia fundamentalmente tres fuentes generales de información:

(12) Véase el capítulo octavo de esta obra relativo a los Estados Unidos, págs. 422 y sigs.

(13) El Federalista No. 78.

A) El sistema difuso de control norteamericano, en el que se encomienda la función de control al Poder Judicial, el cual en la Corte Suprema instituía un órgano con el carácter de interprete su perior de la Constitución (Judicial review).

B) La hoy celeberrima "Acta constitutiva y de Reformas" de 1847 en la que se incluían las ideas de Mariano Otero sobre el Amparo.

C) El antecedente de la segunda Ley constitucional de 1836 - que organizó el Supremo Poder Conservador, órgano político de control, considerado como una aberración jurídica del régimen centralista.

El Sistema de control norteamericano y el mexicano se basan, a pesar de sus semejanzas, en algunos principios y supuestos distintos a saber:

A) El Sistema jurídico norteamericano pertenece como se sabe a la familia del Common law. El mexicano en cambio, es de origen románico.

B) Consecuentemente en el primero opera por principio la tesis de que respuestas similares deben darse a cuestiones similares aunque éstas surjan con posterioridad. Esta doctrina de los

"precedentes", típica de un sistema consuetudinario, no se aplica como fórmula necesariamente válida en el caso de nuestro país.

C) El "Stare decisis" ("estar a lo decidido") implica que un juez al resolver un caso concreto, respete las decisiones de una o varias causas parecidas al asunto de que conoce. En México no opera el principio del "Stare decisis".

D) La "fuerza obligatoria" de toda esta doctrina de los precedentes o del "Stare decisis", se basa en el carácter estrictamente persuasivo, orientador o ilustrativo del antecedente, para el juez que conoce del caso nuevo. En cambio, en México sí existe una auténtica fuerza vinculatoria de la norma jurídica expresa aplicable al caso concreto, o bien, de la jurisprudencia obligatoria por disposición de la Ley.

Estas diferencias matizaron la influencia que tuvo el Sistema de control de constitucionalidad norteamericano en la conformación del mexicano el siglo pasado. Como consecuencia y hasta la actualidad, son de señalarse las siguientes distinciones entre ambos Sistemas de control:

1.- El Sistema norteamericano es típicamente "difuso", en tanto todos los jueces interpretan la constitución y juzgan sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad. Sus resolucio--

nes en la materia son impugnables en forma gradual de un tribunal de primera instancia a otro de apelación, hasta llegar a la Corte Suprema que emite el "juicio definitivo sobre la constitucionalidad". En México, no existe tal "difusión" del control en virtud de que sólo compete al Poder Judicial Federal conocer, en vía de Amparo o en vía de "litigios constitucionales", sobre la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad. (14) En México el control de constitucionalidad está "concentrado" en un Poder Federal y en forma cada vez más específica en la Suprema Corte de Justicia. (15)

2.- No es factible dar efectos similares al artículo VI, -- secc. 2 de la Constitución norteamericana y a sus equivalentes, - 126 de la Ley suprema mexicana de 1857 y 133 de la vigente, que establecen el principio de supremacía constitucional, disponiendo los tres que los jueces de cada Estado estarán obligados a respetar la Ley Fundamental y a no aplicar, por ende, las normas que la contradigan contenidas en los Constituciones o Leyes locales.

Este precepto en el caso norteamericano fundamenta, precisamente, la facultad de todos los jueces para ejercer la función de

(14) Arts. 103 y 105 constitucionales.

(15) Véase más adelante en este mismo párrafo el Sistema de distribución de competencias en materia de Amparo establecido por las reformas constitucionales, por las modificaciones a la Ley de Amparo y por la nueva Ley orgánica del Poder Judicial Federal que entraron en vigor el 5 de Enero de 1988.

de control de constitucionalidad. En México, en cambio, como hemos dicho, ésta se asigna exclusivamente al Poder Judicial Federal.

La conocida controversia que ha venido suscitando esta norma prácticamente idéntica a la americana, incluida en las Constituciones mexicanas, se debe a una posible contradicción entre los artículos 103 y 133 actuales. El primero concentra la función de control en los tribunales federales, mientras el segundo en apariencia la distribuye entre todos los jueces federales y locales. A pesar de que muy autorizadas opiniones como la de Gabino Fraga, en su momento, se inclinaron por atenerse a lo dispuesto en el artículo 133, la controversia en cuestión ha sido ya resuelta, fijándose el sentido de este precepto constitucional al que trata distas no menos autorizados como Tena Ramírez, consideran, con razón, "oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema". (16) En México los actos de los órganos constituidos federales y locales tienen a su favor la "presunción de constitucionalidad", no quedando a criterio de los jueces del fuero común acatarlos y aplicarlos o no. Sólo en vía de Amparo, ante los tribunales federales, puede impugnarse la anticonstitucionalidad de un acto de autoridad, lato sensu, porque expresamente así lo dispone la Ley fundamental.

(16) Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, 18a. Edición, México, 19 , pág. 542.

3.- En el Sistema norteamericano, la cuestión de constitucionalidad se plantea en vía de excepción. En el mexicano en vía de acción.

4.- El control de constitucionalidad norteamericano se ejerce con fundamento en el principio del "Stare decisis". En México no opera este principio.

A propósito de estas diferencias ya señalabamos en otra parte de esta obra (17) que los rasgos generales de los Sistemas jurisdiccionales de control "difuso" y "concentrado", a veces se encuentran entremezclados y que tratándose del Sistema mexicano, - al poseer características de los modelos "norteamericano" y "austriaco", hay quien lo considera "mixto". (18) Nosotros pensamos que el Sistema mexicano, basado en el Juicio de Amparo tiene una similitud mucho mayor con el modelo norteamericano que con el austriaco, no siendo sus matices o sus peculiaridades de una naturaleza tal que nos permitan hablar de un "Sistema híbrido o mixto".

Por lo que respecta a la celeberrima "fórmula Otero", de momento nos interesa destacar que los constituyentes del siglo pa--

(17) Véase el capítulo segundo de esta obra, pág. 92.

(18) Véase la nota 87 del segundo capítulo, pág. 92.

sado no tomaron en cuenta el Sistema integral de control que proponía el creador del Amparo. (19)

El artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, propuesta por Otero disponía:

"Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta Constitución y Leyes Constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare".

Importantes estudiosos mexicanos del tema coinciden en que Otero estaba profundamente influido por las ideas de Alexis de Tocqueville.

"... la institución del amparo... tiene una inspiración básica, clarísima e indubitable: las ideas de Alexis de Tocqueville expresadas en el capítulo VI de la clásica obra La democracia en América, de la cual don Crescencio Rejón, don Mariano Otero y don Ponciano Arriaga conocieron la versión española de Sánchez de Bustamante..." (20)

(19) El análisis detallado de la propuesta de Otero lo haremos en el apartado relativo a la justificación de reformas al Sistema de control de constitucionalidad mexicano, contenido en el último capítulo de esta obra.

(20) Antonio Carrillo Flores. "El amparo como ideal, como teoría y como realidad". La Justicia Federal y la Administración Pública, Porrúa México, 1975, pág. 285. En este mismo sentido se pronuncia Fix Zamudio, "Ensayos sobre el Derecho de Amparo", México, UNAM, 1993, pág. 161 y sigs.

Es evidente que la "fórmula Otero fue incorporada al artículo 102 de la Constitución de 1857 y posteriormente al 107 de la vigente. Pero no menos ostensible es que el pensamiento completo de Otero, no fue tenido en cuenta. En efecto, junto al artículo 25 del Acta de Reformas, son de considerarse los preceptos 22, 23 y 24 de la misma:

"Artículo 22. Toda ley que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores.

Artículo 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso General fuere reclamada como anticonstitucional, o por el Presidente de acuerdo con su Ministro o por diez diputados o seis senadores o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la Ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte y ésta publicará el resultado, quedando resuelto lo que diga la mayoría de las legislaturas.

Artículo 24. En el caso de los artículos anteriores, el Congreso General y las legislaturas a su vez se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trata es o no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución o la ley general a que se oponga."

Aquí está, si se analiza con cuidado una simiente que pudo haber sido muy fecunda, de un Sistema de control de constitucionalidad mucho más avanzado que el que se incorporó a la Carta de 1857 y que prevalece en la Constitución vigente. (21) Sin embar-

(21) Sobre esta parte de la "fórmula Otero", abundamos en las págs. 532 y sigs. de esta obra. --

go, en el Congreso constituyente del siglo pasado, sencillamente se omitió o se pasó por alto esta parte de la "fórmula Otero , -- verdadera o integral, no cercenada o parcial.

En el dictamen de la Comisión que preparó el proyecto de la Constitución de 1857 se lee lo siguiente:

"No habrá, pues, en lo de adelante, y siempre que se trate de leyes o actos anticonstitucionales, ya de la federación o ya de los estados, aquellas iniciativas ruidosas, aquellos discursos y reclamaciones vehementes en que se ultrajaba la Soberanía Federal o la de los Estados, - con mengua y descrédito de ambos y notable perjuicio de las instituciones, ni aquellas reclamaciones públicas y oficiales que muchas veces fueron el preámbulo de los - pronunciamientos; habrá sí, un juicio pacífico y tranquilo, y un procedimiento en formas legales, que se ocupe de pormenores, y que dando audiencia a los interesados, - prepare una sentencia, que si bien deje sin efecto en - aquel caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima al poder soberano del que ha nacido, sino que lo obligue por medio indirectos a revocarla por el ejercicio de su propia autoridad". (22)

Es notoria la preocupación que se tenía entonces en el seno de la Comisión por evitar "lesión de soberanías", "choque de poderes", "menoscabo de la Federación o de los Estados", y "declaraciones de guerra de potencia a potencia". La creciente admiración por el Sistema norteamericano y el permanente recuerdo - del "Supremo Poder Conservador" del 36, seguramente eran para los constituyentes del 57 respectivamente el camino del bien y la ruta

(22) Felipe Tena Ramírez, "Leyes Fundamentales de México", Porrúa, México, 15°, Edición, 1989, pág. 549.

del mal, el progreso y el retroceso o lo correcto frente a lo --
erróneo. No deja de ser interesante, sin embargo, que el artícu-
lo 101 de la Constitución del siglo pasado fue rechazado por un -
45% de los constituyentes, mientras que el 101, obtuvo un 38% de
votos en contra.

En cuanto a la última fuente de información el ---
único antecedente que registra nuestra historia en materia -
de control de constitucionalidad conferido a un órgano políti-
co, corresponde precisamente al Supremo Poder Conservador de --
1836.

La segunda Ley constitucional disponía que este órgano se -
compondría de cinco individuos designados por el Senado, tomados
de listas que al efecto preparaban las juntas departamentales.

Este Poder sólo actuaba a excitativa de los sujetos que la -
propia Constitución señalaba, siendo nula cualquier resolución -
que adoptara sin el cumplimiento de este requisito. Sus miembros
debían acreditar haber sido Presidente o vicepresidente de la Re-
pública, senador, diputado, secretario de Despacho o magistrado -
de la Suprema Corte de Justicia. Las sesiones de este órgano --
eran secretas y sus integrantes no eran responsables sino ante -
Dios y ante la opinión pública, al tomar sus decisiones.

Las facultades más importantes de este órgano eran las si---
guientes:

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 18 por lo menos.

II.- Declarar, excitado 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 4 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.

Si la declaración fuese afirmativa, se mandarán los datos al Tribunal respectivo para que sin necesidad de otro requisito, procede a la formación de causa, y al fallo que hubiere lugar.

.....

V.- Suspender a la Alta Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos Poderes Supremos, cuando desconozca alguno de ellos, o trate de transtornar el orden público.

VI.- Suspender hasta por dos meses (a lo más) las sesiones del Congreso General, o resolver se llame a ellas a los suplentes, por igual término cuando convenga al bien público y lo excite para ello el Supremo Poder Ejecutivo.

VII.- Reestablecer constitucionalmente a cualquiera de dichos tres poderes, o a los tres, cuando hayan sido disueltos revolucionariamente.

.....
.....

X.- Dar o negar la sanción a las reformas de constitución que acordare el Congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la Ley constitucional respectiva.

XI.- Calificar las elecciones de los Senadores.

..... (23).

Evidentemente la experiencia de este "Super-Poder" y su excesiva competencia influyeron negativamente en los creadores de la Constitución del 57, quienes no vacilaron en apartarse en la medida de lo posible de cualquier forma de control de constitucionalidad que se pareciera a la del régimen centralista de 1836.

Por lo que respecta al Congreso constituyente del siglo presente, en las discusiones relativas a los artículos 103 y 107 -- constitucionales no fueron cuestionados los principios doctrinales sobre los que se basaba el Juicio de Amparo a partir de 1857. Estos se daban por buenos y las preocupaciones de los constituyentes del 16-17 en esta materia tenían otro cariz.

Por ejemplo, el artículo 103 prácticamente fue aprobado sin discusión por 142 votos a favor y uno en contra. Es de señalarse sin embargo, que el diputado Fernández Martínez propuso que en las fracciones relativas a los conflictos de competencias entre la Federación y los Estados, es decir, la II y la III del 103 -- constitucional se incluyera a los municipios, sosteniendo que además debería agregarse una IV en la que se previera el caso de que disposiciones o actos de las autoridades municipales invadieran las esferas de la autoridad federal o de los Estados.

El diputado Machorro Narváez, por la comisión se opuso, aduciendo que sí se consideró la conveniencia de proteger los inte--

reses municipales y que "la comisión tomó en cuenta la garantía - que las autoridades municipales necesitan; pero, repito, lo hizo en el artículo 115 y no en el que ahora se discute, porque no creyó conveniente que el procedimiento de amparo se extendiera al -- caso del municipio" (24).

Como se sabe, el artículo 115 no contiene ningún medio de - control de constitucionalidad, luego el diputado Machorro, presi- dente de la segunda comisión estaba confundido, no tenía muy cla- ro el asunto del que se trataba y no se percataba de que sí es po sible la existencia de un "conflicto constitucional", entre un mu nicipio y las autoridades federales o locales.

Algunos otros asuntos sobre los que debatieron los constitu- yentes al discutir las bases constitucionales del Amparo fueron - en cuanto a la conveniencia de no centralizar el Poder Jurisdic- cional en la Corte Suprema, capaz de anular las sentencias de los tribunales locales o en relación a la mayor amplitud del Amparo, - protector de todas las garantías individuales, en comparación con el habeas corpus anglosajón, garante sólo de los derechos de li- bertad. El artículo 107 fue aprobado por 140 votos a favor y 3 - en contra.

(24) Diario de debates del Congreso Constituyente de 1916-17, pu- blicado por la Cámara de Diputados, 1922, pág. 562, sesión del - 22 de enero de 1917.

El Juicio de Amparo, puede reafirmarse, prácticamente pasó de una Constitución a otra, apoyado en los mismos criterios doctrinales y fundamentado en las mismas bases constitucionales.

El Amparo mexicano está estructurado actualmente de conformidad con los siguientes principios:

A) Principio de la iniciativa o instancia de parte.- El artículo 107, fracción primera de la Constitución mexicana y el artículo 4° de la Ley de Amparo, establecen que éste no puede promoverse sino por la parte que se considera afectada por el acto de autoridad.

El Amparo se promueve en vía de acción ante un órgano jurisdiccional el cuál no actúa antes de ser puesto en movimiento por iniciativa de la parte demandante.

Sobre este principio, opina el Dr. Burgoa lo siguiente:

"Este principio fundamental es no sólo una de las piedras angulares sobre las que descansa nuestra institución de control, sino una de las ventajas y conveniencias del sistema. En efecto, al tratar de delimitar la diferencia específica del juicio de amparo, expusimos que una de las peculiaridades del régimen de control por órgano jurisdiccional consistía precisamente en la circunstancia de que este nunca procede oficiosamente, es decir, sin que haya un interesado legítimo en provocar su actividad tuteladora, sino que siempre se requería la instancia de parte. Pues bien, este principio, contenido expresamente en la disposición constitucional que comentamos, es de una gran utilidad para la vida y el éxi-

to de nuestra institución, pues dada la manera como funciona, esto es, siempre y cuando exista la iniciativa - del afectado por un acto autoritario en los casos especificados por el artículo 103 de la Constitución, nunca se provoca el desequilibrio entre los diversos poderes del Estado, ya que no son éstos los que impugnan la actuación de los demás, como sucede generalmente en los regímenes de control por órgano político, sino todo sujeto - que se encuentre en la situación de gobernado." (25)

Nos parece que si bien es cierto que los sistemas de control de constitucionalidad jurisdiccionales se caracterizan porque los órganos encargados de esta función no actúan de oficio, sino excitados por los sujetos de derecho facultados para acudir ante --- ellos, no es exacto que estos sistemas jurisdiccionales excluyan la posibilidad de que esos sujetos sean los propios órganos del Estado.

Cuando el Dr. Burgoa sostiene que la instancia de parte "es una de las ventajas y conveniencias del sistema" porque de esta manera "nunca se provoca el desequilibrio entre los diversos poderes del Estado, ya que no son éstos los que impugnan la actuación de los demás, como sucede en los regímenes de control por órgano político", incurre en una imprecisión.

Como se sabe, en sistemas de control jurisdiccional en los que está prevista la vía de excepción, un juez plantea la cues---

(25) Ignacio Burgoa O., "El Juicio de Amparo". Porrúa, 28°. Edición, México, 1991.

ción de constitucionalidad ante un órgano judicial superior, para que éste la dilucide y aquél pueda resolver el caso concreto de - que conoce aplicando por ejemplo, la ley cuya conformidad con la Ley Suprema está en duda. Lo mismo ocurre cuando, ahora en vía - de acción un órgano estatal pide que se dirima un conflicto compe tencial con un órgano federal, al tribunal que controla la consti tucionalidad de actos de autoridad. En ninguno de éstos casos - "se rompe el equilibrio entre los Poderes", a pesar de que no sea el individuo o sujeto particular de derecho el que inicie el proce so de control de constitucionalidad. Tampoco es exacto, por lo tanto que la impugnación de actos de autoridad de un poder u órga no del Estado por otro u otros, sea característica privativa del sistema de control político, como sostiene el maestro Burgoa. -- Tanto en los casos de control jurisdiccional, como en los de control político puede ocurrir que uno de los sujetos legitimados pa ra plantear cuestiones de constitucionalidad sea un órgano del - Estado.

En sentido similar se pronuncia Juventino V. Castro, siendo por ende aplicables estas reflexiones a sus puntos de vista:

"Así pues -y según esos criterios-, este principio de que la controversia constitucional únicamente puede plan tearse por iniciativa o a instancia de parte agraviada, - no sólo estructura un elemento de la acción, sino que in clusive salva la colaboración que debe existir entre los poderes públicos, para el efecto de que pueda desarro--- llarse y funcionar un régimen de derecho." (26)

(26) Juventino V. Castro, "Garantías y Amparo", Porrúa, 7a. Edi-- ción, México, 1991.

El requisito de que el Amparo mexicano sólo pueda plantearse en vía de acción no es mejor ni peor que si estuviera debidamente prevista y estructurada la vía de excepción en un sistema de control más desarrollado; el principio de instancia de parte, no es rasgo de superioridad de un sistema sobre otro, ni ventaja o conveniencia especial. Consideramos que estos principios obedecen simplemente a la naturaleza y a las finalidades concretas del Amparo. Si esta institución fue estructurada para proteger específicamente los derechos constitucionales del individuo, nada más natural que éste sea el que promueva (acción) el Juicio respectivo ante la justicia federal. Si los actos de autoridad se presumen en principio conformes a la Constitución, un órgano del Estado deben tomar por fundadas y legítimas las actuaciones de los demás órganos y viceversa, sin examinar de oficio, si son o no lesivas de garantías individuales. Corresponderá al titular de esas garantías mover o excitar al órgano de control para que determine a instancia de parte agraviada, si el acto de autoridad efectivamente las vulnera. Distinta puede ser, en cambio la vía procesal y diversos tienen que ser los sujetos legitimados para emplearla, si la cuestión no se refiere estrictamente a la protección de las garantías individuales, sin enfrentarnos necesariamente a un sistema de control distinto al jurisdiccional.

B) Principio de la existencia de un agravio personal o directo.- Del acto de autoridad debe derivar un daño causado al titular del derecho o garantía individual. En otros términos, la -

afectación de la garantía debe ser causada por una autoridad en -
cualquiera de las hipótesis previstas por el artículo 103 consti-
tucional.

Adicionalmente, el daño habrá de ser directo en relación a -
la actuación de la autoridad. El daño no debe ser potencial o -
contingente sino de realización clara en el pasado o en el presen
te, o bien de inminente concreción futura.

C) Principio de definitividad del Juicio de Amparo.- Este -
principio esta consagrado en las fracciones III y IV del artículo
107 constitucional y en el artículo 73, fracciones XIII y XV de -
la Ley de Amparo.

De conformidad con estas disposiciones el Juicio de Amparo -
no puede promoverse, si no se han agotado todos los recursos o me
dios de defensa previstos en la ley, que pudieran ser adecuados -
para anular los efectos del acto de autoridad que se trata de com
batir.

Los fundamentos de este principio claramente los explica el
Dr. Juventino V. Castro:

"La esencia de este principio resalta por sí mismo, -
ya que pretende que el amparo sea la instancia final que
permita la anulación de actos de autoridad violatorios -

de garantías individuales, razón por la cual si el re---
sultado que pretende el agraviado puede obtenerlo median---
te el uso de instrumentos ordinarios, se impide la utili---
zación innecesaria del proceso constitucional, o la con---
fusión en el uso de los medios de impugnación que inte---
rrumpan los procedimientos ordinarios, o bien se traduz---
can en resoluciones contradictorias dentro de dichos pro---
cedimientos." (27)

La revisión de la fundamentación del acto de autoridad -
por el Poder Judicial federal, se instaura como el último recurso
de que dispone el agraviado para anular los efectos lesivos de -
sus garantías.

Este principio admite sin embargo, varias excepciones, a sa-
ber:

a) Cuando la violación no se refiere a leyes secundarias, si
no directamente a preceptos constitucionales, no tienen que ago--
tarse recursos ordinarios.

b) Cuando el acto reclamado importa peligro de privación de
la vida, deportación, destierro o consiste en cualquiera de los -
previstos en el artículo 22 constitucional.

c) Si está en juego la libertad de la persona.

d) Si no se es oído en juicio o se trata del tercero perjudi
cado.

(27) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 330.

e) En caso de que la Ley, en materia administrativa, exija - mayores requisitos que la Ley de Amparo para obtener la suspen--- sión del acto reclamado.

f) Tratándose del Amparo contra reglamentos o Leyes, cuando lo que se impugna es la constitucionalidad del reglamento o de la Ley, circunstancia que exime al agraviado de agotar los recursos que el ordenamiento combatido pudiera contener.

D) Principio de prosecución judicial del Amparo.- El artículo 107 de la Constitución mexicana dispone, en su párrafo primero que las controversias que preve el artículo 103 se sujetarán a - los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la - Ley.

E) Principio de congruencia o de estricto derecho.- Consistente en que la sentencia que resuelva el Juicio de Amparo sólo - debe referirse a los conceptos de violación de garantías contenidos en la demanda, sin juzgar sobre la constitucionalidad de cuestiones diferentes, ni dejar de pronunciarse sobre las controverti das. (Art. 190 de la Ley de Amparo).

En relación a este principio es de señalarse una figura jurí dica muy importante del derecho de Amparo mexicano, que es la su- plencia de la queja deficiente.

La suplencia de la queja es la contrapartida del Amparo de estricto derecho. En esencia consiste en que el juzgador está facultado para no constreñirse a los conceptos de violación invocados en la demanda de Amparo, pudiendo examinar y resolver cualquier aspecto relativo a la inconstitucionalidad de los actos reclamados, aunque no haya sido señalado por el quejoso.

Como atinadamente advierte el Dr. Burgoa, la suplencia "no opera cuando el Amparo es improcedente por cualquier causa constitucional, legal o jurisprudencial, ya que no tiene el alcance de substituir o de obviar tal improcedencia". (28)

La suplencia de la queja ha tenido una profunda transformación desde el inicio de la vigencia de la Constitución del 17 hasta la fecha. De ser al principio una excepción a la regla del Amparo de estricto derecho, poco a poco ha ido evolucionando hasta invertir los principios haciendo del Amparo que permite la suplencia de la queja la regla general.

Inclusive en la reforma constitucional de 1988 al párrafo segundo del artículo 107 constitucional, se obvió la necesidad de modificar la Ley Suprema cada vez que se ampliaban los casos en que la suplencia era permitida. Ahora el citado precepto dispone que:

(28) Ignacio Burgoa O., op. cit. pág. 299.

"En el juicio de Amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución".

La Ley de Amparo preceptúa al respecto lo siguiente:

"Art. 76 bis.- Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

II. En materia penal, la suplencia operará aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo.

III. En materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta Ley.

IV. En materia laboral, la suplencia sólo se aplicará en favor del trabajador.

V. En favor de los menores de edad o incapaces.

VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa."

F) Principio de la relatividad de la sentencia.- Consiste en que los efectos de la sentencia de Amparo que declaran la inconstitucionalidad del acto de autoridad impugnado se constriñen al caso concreto, es decir, tienen sólo efectos particulares. La "fórmula Otero", a la que ya nos referimos, implica que la resolución jurisdiccional en un Juicio de Amparo no hará nunca una declaración general sobre el acto que se anula. Este principio impide por ende, los efectos erga omnes de una sentencia de Amparo.

Tratándose de una resolución que verse sobre un acto administrativo o judicial, impugnado en vía de Amparo, es completamente lógico, por la naturaleza del acto recurrido, que sus efectos tengan sólo alcances particulares o limitados. Sin embargo, cuando se determina si la ley o un reglamento se ajustan al texto de la Ley suprema, se presenta la disyuntiva de si la sentencia que declara la inconstitucionalidad debe tener efectos generales -- (erga omnes) o particulares. Sobre este punto volveremos más adelante, (29) para analizar en detalle los argumentos de quienes en nuestro país sostienen muy diferentes posturas y fijar la nuestra.

De momento es de señalarse que la normatividad vigente asigna a la sentencia de Amparo contra leyes, alcances particulares. (Art. 107, fracc. II, constitucional y Art. 76 de la Ley de Amparo).

Estos son los fundamentos constitucionales y legales del Juicio de Amparo, así como los principios jurídicos generales que lo regulan. Es de señalarse que el artículo 107 constitucional en sus distintas fracciones establece una amplia regulación de este Juicio, en cuanto a supuestos y principios específicos que lo norman. En los siguientes apartados nos referiremos a algunos de ellos.

(29) Véase el apartado relativo a los límites del juicio de Amparo mexicano, en el siguiente capítulo, en el cual abordaremos la problemática relativa al Amparo contra leyes.

Antes de proceder al estudio del Amparo como medio de control de constitucionalidad es conveniente referirnos, aunque sea brevemente, al sistema de distribución de competencias al interior del Poder Judicial federal en materia de Amparo, vigente a partir de la importante reforma constitucional y legislativa secundaria de 1988.

Nos basaremos en la dicotomía Amparo Directo o Uni-Instancial y Amparo Indirecto o Bi-Instancial (30) para abordar el complejo aspecto competencial del Amparo mexicano.

Amparo Directo

Suprema Corte.- Conoce de los Amparos directos que compete resolver a los Tribunales colegiados de circuito en relación a los cuales, el Supremo Tribunal considere oportuno ejercer la facultad de atracción que regulan el artículo 107 de la Constitución, el artículo 182 de la Ley de Amparo y los artículos 24 y 27 fracciones III de la LOPJF. El primero de estos preceptos determina que:

"La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por sus características especiales así los ameriten".

(30) Como se sabe el Amparo directo es el Juicio sobre el que recaerá una sentencia definitiva, de un Tribunal Colegiado, sólo recurre ante la Corte para revisar cuestiones de constitucionalidad. El indirecto, en cambio, admite el recuso de revisión sobre el contenido de la sentencia, sea ante un Colegiado, o sea ante la Corte, en los términos constitucionales y legales respectivos.

Tribunales Colegiados de Circuito.- Son competentes para co
nocer del Amparo interpuesto contra sentencias definitivas o lau-
dos, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, por violacio-
nes cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento en -
materias:

- a) penal común o federal;
- b) militar;
- c) administrativa federal o local;
- d) civil federal o local y mercantil; y
- e) laboral federal o local. (Art. 44 fracc. I LOPJF).

De conformidad con el artículo 107 constitucional fracción V
en relación a la fracción IX del propio precepto, contra estas re
soluciones de los colegiados no procede recurso alguno, salvo el
que se presenta ante la Suprema Corte en el caso exclusivo de que
la sentencia de Amparo se refiera a la inconstitucionalidad de -
una ley, de un tratado o a la interpretación directa de un precep-
to de la Ley Fundamental. El Pleno de la Corte resolverá única--
mente en cuanto a las cuestiones constitucionales.

Amparo Indirecto
(Primera Instancia)

Juzgados de Distrito.- El artículo 107 fracción VII de la -
Constitución señala:

"El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa se interpondrá ante el Juez de Distrito...."

El artículo 114 de la Ley de Amparo pormenoriza esta base constitucional, especificando los casos de tratados internacionales, reglamentos subordinados, leyes auto y heteroaplicativas, reglamentos, actos en juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación actos previstos en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, etc.

Igualmente son de señalarse los casos de jurisdicción concurrente previstos en el artículo 107 constitucional, fracción XII y 37 de su Ley reglamentaria, conforme a los cuales el Amparo puede promoverse ante el juez de distrito o ante el superior del Tribunal respectivo, en tratándose de violaciones a las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 fracciones I, VIII, y X, párrafos primero y segundo de la Constitución.

Amparo Indirecto

(Revisión)

Pleno de la Suprema Corte.- Es competente para conocer del recurso de revisión promovido contra sentencias de los Juzgados de distrito en los casos siguientes:

1.- Subsistencia del problema de constitucionalidad de la Ley o tratado impugnado;

2.- Fracciones II y III del artículo 103 constitucional;

Salas de la Corte.- Según la materia asignada a cada Sala, ésta conocerá del recurso de revisión Contra sentencias de Juzgados de distrito:

A) Cuando subsista la cuestión de constitucionalidad relativa a un reglamento federal o local o bien a la interpretación directa de un precepto de la Constitución;

B) Cuando se ejercite la facultad de atracción prevista en la fracción VIII del artículo 107 de la Constitución;

Las salas conocen también del recurso de revisión promovido contra sentencias de los Colegiados cuando decidan sobre la constitucionalidad de un reglamento federal o local, o bien en ellos se interprete un precepto constitucional directamente.

Tribunales Colegiados de Circuito.- En materia de revisión estos tribunales conocen del recurso en los casos siguientes:

1.- Sentencias de los Juzgados de distrito o del superior del Tribunal responsable en los supuestos del artículo 37 de la Ley de Amparo;

2.- Autos y resoluciones de los jueces de distrito o del superior del tribunal responsable que no admitan la demanda de Amparo; concedan o nieguen la suspensión definitiva, modifiquen esta decisión; y sobreseimientos o interlocutorias.

Procederemos ahora a estudiar el Juicio de Amparo específicamente como medio de control de constitucionalidad.

EL AMPARO Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El estudio del Juicio de Amparo en tanto medio de control de constitucionalidad, lo iniciaremos a partir del análisis de algunas cuestiones conceptuales, a veces no suficientemente precisadas.

Empecemos por referirnos a la distinción entre los términos "defensa, protección o garantía de la constitución" por un lado y "control de constitucionalidad", por el otro. Estos conceptos son empleados frecuentemente como sinónimos, a pesar de que entre ellos existen diferencias importantes, tanto teóricas como prácticas.

Un caso de esta sinonimia lo encontramos en ciertas afirmaciones del destacado jurista Héctor Fix Zamudio, el cual después de señalar que nuestro ordenamiento jurídico forma parte de la corriente norteamericana de protección constitucional y que en México la garantía de la Constitución es de carácter jurisdiccional, sostiene que esta jurisdicción constitucional comprende cuatro procesos diversos, a saber:

a) El Juicio Político o de responsabilidad oficial, en relación al cual sostiene que "este medio de control está encomendado a cuerpos políticos como lo son la Cámara de Diputados y el Senado de la República", (31)

b) El contenido en el artículo 97, párrafo III de la Constitución al que califica de "represivo", al igual que al anterior.-- Este precepto autoriza a la Suprema Corte de Justicia a investigar la conducta de algún juez o magistrado federal o algún hecho que constituya la violación de garantías individuales o del voto público. En cualesquiera de estos casos la Corte no resuelve, -- sino sólo averigua, haciendo del conocimiento de las autoridades competentes según se trate, el resultado de su intervención;

c) El proceso de amparo, al que el Doctor Fix considera "la garantía jurisdiccional de mayor eficacia y de única aplicación -- práctica en nuestro Sistema constitucional"; (32) y

d) El proceso establecido en el artículo 105 que faculta a -- la Suprema Corte para 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, entre los órganos del Distrito Federal, también sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellos en que la Federación sea parte.

(31) Héctor Fix Zamudio, op. cit. pág. 201.

(32) Ibid, pág. 203.

Más adelante, sostiene este autor que,

"La defensa constitucional implica un concepto genérico de salvaguardia de las disposiciones fundamentales, que - abarca no sólo el aspecto que podemos denominar patológico de la Constitución, sino también su carácter fisiológico, que comprende sistemas políticos, económicos, jurídicos y sociales destinados a la protección de las normas - constitucionales.

En tal virtud, dentro de ese género, debemos distinguir por un lado, la protección de la Ley Suprema, que se refiere a todos los métodos establecidos para preservar - las normas fundamentales y mantener su vigencia, por lo - que tiene un carácter eminentemente preventivo o preservativo; y por el otro, las garantías, que constituyen los - remedios jurídicos de índole procesal, destinados a reintegrar los preceptos constitucionales desconocidos, violados o inciertos, por lo que son de índole restitutoria o reparadora". (33)

Es de advertirse que primero se han utilizado los términos - "garantías" y "control" como equivalentes y después los conceptos "protección y "garantías", en sentido distinto.

Por último, reproducimos este otro párrafo del jurista Fix - Zamudio:

"De todas las garantías de la Constitución Mexicana, - únicamente el amparo debe considerarse como la garantía - por antonomasia, en virtud de que constituye el sistema de control normal y permanente de la Constitución, ya que - los otros tres sistemas de protección, son medios extraordinarios". (34)

(33) Ibid, 206 y 207.

(34) Ibid, 207.

Nuevamente se entremezclan las ideas de "garantías", "control" y "protección", sin diferenciarlos explícitamente.

Para facilitar su distinción, permítasenos agrupar en dos, todos estos conceptos. Tomemos los términos "defensa" por un lado y "control" por el otro, habida cuenta de que la "protección" de la Constitución alude al fin o telos de su "defensa" y "control", en tanto que la "garantía" es el medio para alcanzar tal finalidad.

Así, la "defensa" de la Constitución se procura mediante un conjunto de procesos normativos de muy diversa estructura orgánica y ámbito competencial, cuyos supuestos de aplicación y efectos jurídicos difieren o varían en cuanto a su contenido y alcances.

La Constitución mexicana contiene medios de autodefensa tan distintos entre sí como el juicio político o de responsabilidad oficial, la intervención de los poderes federales en los casos previstos en el artículo 119, que contiene la llamada "garantía federal", la intervención del Senado en el caso de desaparición de Poderes locales prevista en el artículo 76 fracción V, o el Juicio de Amparo. Sin embargo, no todos estos medios de "defensa" de la Ley Suprema que pretenden su protección contra la interrupción del orden constitucional, son simultáneamente "medios de control de constitucionalidad", correspondiendo éste únicamente al último de los mencionados, en este elenco, es decir, al Juicio de Amparo.

La "defensa" de la Constitución pretende conservar el estado de constitucionalidad o la observancia de las normas constitucionales antes de que estas sean quebrantadas, previniendo este hecho, o una vez que han sido violentadas, destruyendo las consecuencias del acto violatorio. Este último efecto, es decir, la anulación del acto anticonstitucional, lo logra precisamente mediante el control de constitucionalidad. Luego, el "control" es un medio de "defensa de la Constitución", entre otros más, o si se quiere una de sus especies. La "defensa" es el género, el "control" es la especie.

Para que la Constitución sea "defendida", no se requiere necesariamente que alguna de sus normas haya sido transgredida. Sin embargo, si esto ocurre, sí es indispensable que se conjuren los efectos de esa transgresión, esto es, si es menester "defenderla". La "defensa", por ende puede ser preventiva, o bien restauradora. Cuando las constituciones federales, por ejemplo la mexicana o la alemana, contienen preceptos que autorizan a los Poderes de la Federación a intervenir en las entidades federativas, en los casos y bajo las condiciones legalmente previstas, para impedir la interrupción del orden constitucional; o bien, cuando se establecen procedimientos tendientes a evitar que un servidor público atente, en uso de sus facultades, contra las instituciones constitucionales, para lo cual se le separa de su cargo (juicio de responsabilidad oficial), sin duda nos encontramos frente a

instrumentos de defensa de la Ley Suprema, preventivos o "repre--sivos" si se quiere, pero de ninguna manera ante "medios de control de constitucionalidad".

El control de constitucionalidad se produce cuando un acto - de autoridad lato sensu, infringe una o varias normas constitucio- nales, y debe ser anulado por el órgano competente al efecto, me- diante el procedimiento previsto en la propia Constitución.

En otros términos, los medios de defensa (género) de la Cong- titución, estructurados normativamente por ella, cuya finalidad - es la anulación o abrogación de los actos de Gobierno contrarios a la Ley Fundamental y la destrucción de sus efectos jurídicos, - constituyen los Sistemas de control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad es un control de conformi-- dad o de regularidad de los actos de autoridad, ya realizados, ya actualizados, no previsibles, ni potenciales, con la Constitución. Para que se "controle" la correspondencia entre el acto de autori- dad y la Ley Suprema, aquél debe haber ocurrido, debe ser actual, no simplemente probable o factible.

"Debemos enfatizar que "por sistema de control constitu- cional" se entienden aquellos regímenes que tienen por - finalidad específica invalidar actos de autoridad y leyes que sean contrarios a la Ley Fundamental. Por consiguien- te, las instituciones jurídico-políticas que persigan su salvaguardia sin que aún exista un acto del poder público ya vigente en la vida del Estado, es decir, que se trate

de un acto "in potentia" que pudiese o no vulnerar la Constitución una vez que se realice, no deben merecer el calificativo de "sistemas de control constitucional" bajo el concepto estricto que se ha expuesto. La infracción de la Constitución debe ser actual, no potencial. Por lo tanto, mientras no se cometa por cualquier acto de autoridad, no puede hablarse de "control constitucional", pues éste no puede existir ni ejercitarse frente a un ataque que aún no se efectúa. Es inconcuso que la violación constitucional puede preverse o evitarse, pero esta posibilidad descansa sobre una mera amenaza o contingencia y tiene como motivación un simple amago, que mientras no se actualicen por el poder público no producen contravención alguna a la Ley Suprema. En esta virtud, los medios jurídico-políticos para impedir que se infrinja la Constitución, especialmente tratándose de leyes que están en proceso de formación y que todavía no adquieren vigencia, o sea, que aún "no son leyes", no deben estimarse como integrantes de ningún sistema de control constitucional, sino de previsión o tutela preventiva.

Por otra parte, si todo acto contrario a la Constitución es "nulo" y si esta "nulidad" se declara por el órgano de control, es evidente que esta declaración sólo puede hacerse en relación con actos ya existentes, pues no se puede invalidar lo que aún no existe. Las funciones de dicho órgano son invalidatorias, no previsoras ni preventivas; destruyen el acto inconstitucional, no evitan su producción, no impiden su nacimiento. Tampoco persiguen como finalidad sancionar o castigar al funcionario del que provenga por haberse comportado inconstitucionalmente, por lo que los sistemas de responsabilidad respectivos no son de control." (35)

.. Coincidimos con estos planteamientos, que nos permiten sostener que en México, el Juicio de Amparo es un medio de control de constitucionalidad, si bien es cierto que no es el único instrumento de defensa de la Constitución. De hecho tampoco es el único medio de control de constitucionalidad, pues junto a él, prevene nuestra Constitución el procedimiento normado en su artículo 105

y regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 11, fracción primera, al cual nos referiremos en el apartado siguiente.

De momento lo que nos interesa precisar en definitiva es la dicotomía "defensa de la Constitución" y "control de constitucionalidad".

Nos parece que el Doctor Fix, al agrupar bajo el rubro "jurisdicción constitucional" o "garantías constitucionales", a procesos de naturaleza y alcances diversos, como el Juicio de Amparo y el juicio de responsabilidad oficial, empleando términos como protección constitucional y control de constitucionalidad indistintamente, obscurece un poco la diferencia entre el género "defensa" y la especie "control".

Otro destacado jurista mexicano, Juventino V. Castro, por cierto, al referirse a esta parte de la obra del Doctor Fix, sostiene correctamente a nuestro entender, que "el amparo no es el único proceso que pretende la defensa constitucional", (36) a pesar de lo cual no abunda en la distinción que nos ocupa.

Permítasenos plantear un ejemplo para ilustrar lo que venimos afirmando.

(36) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 278.

La Constitución mexicana prescribe en su artículo 109, fracción I que procede el juicio político o de responsabilidad oficial, cuando los servidores públicos señalados en su artículo 110 incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, durante el ejercicio de sus funciones.

La Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos y Empleados de la Federación, establece en su artículo 7°. que:

Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho:

- I. El ataque a las instituciones democráticas;
- II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal;
- III. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales;
- IV. El ataque a la libertad de sufragio;
- V. La usurpación de atribuciones;
- VI. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o -

varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones;

VII. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior; y

VIII. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los re cursos económicos federales y del Distrito Federal.

Ahora bien, si la resolución que emita el Senado resulta condenatoria y se separa al servidor público de su cargo, ¿se habrá controlado la constitucionalidad de su actuación, esto es, se habrán anulado los efectos anticonstitucionales de sus actos? Desde luego que no. A lo sumo, se estará evitando que siga cometiendo actos contrarios a la Constitución y con ello se estará "defendiendo" a la Ley Suprema al preservarla de futuras transgresiones. Sin embargo, la anulación de los efectos jurídicos de los actos - cometidos por el servidor público, que dieron lugar a su destitución, tendrá que intentarse a través del medio de control de constitucionalidad que es el Juicio de Amparo. Luego la "defensa" y el "control" constitucionales son medios de protección de la Ley Suprema diferenciables entre sí, como lo son el género y la especie.

En su obra "Der Hüter, der Verfassung" (El guardian de la -
Constitución) Carl Schmitt sostiene, en relación a este asunto -
lo siguiente:

"Cuando, en las Constituciones alemanas del siglo XIX, se preve junto a otras garantías un Tribunal de Justicia Constitucional para la -protección judicial de la Consti-
tución-, viene a expresarse con ello la sencilla verdad de que la protección judicial de la Constitución no es -
más que un sector de las instituciones de defensa y ga-
rantía instituidas con tal objeto, pero revelaría una -
superficialidad notoria el hecho de olvidar la limita-
ción extrema que todo lo judicial tiene, y que por enci-
ma de esta protección judicial existen otras muchas cla-
ses y métodos de garantizar la Constitución." (37)

De lo anteriormente expuesto es posible concluir que el Jui-
cio de Amparo mexicano es un medio de control de constitucional
idad, que junto al procedimiento contenido en el artículo 105 cons
titucional, integran el Sistema de control que establece nuestra
Ley Fundamental. Los otros medios de protección de nuestra Carta
Magna, como el Juicio Político o el previsto en el artículo 97, -
forman parte del Sistema de defensa de la Constitución, dentro --
del cual queda comprendido el control de constitucionalidad como
una de sus modalidades.

Conviene adelantar que el Amparo mexicano no opera exclusiva
mente como medio de control de constitucioanlidad, revistiendo -

(37) Carl Schmitt, La Defensa de la Constitución, así traducida -
del título original "Der Hüter der Verfassung", (el guardián de -
la Constitución). Tecnos, Madrid, 1983, pág. 41.

simultáneamente el carácter de medio de control de legalidad. (38) En relación a esta dualidad pormenorizaremos más adelante en el apartado respectivo de este capítulo. De momento resulta necesario aclarar otra cuestión controvertida en cuanto al tema que nos ocupa.

Consideramos, coincidiendo en este punto con el Dr. Fix, (39) que el Amparo es un medio de control de constitucionalidad que constituye el mecanismo de defensa de la Ley Suprema de mayor aplicación práctica en nuestro país. Sin embargo, un tan destacado jurista como el profesor Tena Ramírez, niega tal naturaleza al Juicio de Amparo mexicano con base en una argumentación que bien vale la pena examinar.

Comienza este autor por enfatizar el carácter esencialmente individualista del Amparo, apreciación que compartimos con él y sobre la que volveremos en este capítulo y en el último de esta obra. Una vez reproducidas las "ideas capitales" del Juicio de Amparo, relativas a que éste se sigue a petición de parte agraviada, la cual debe ser una persona jurídica individual o colectiva y a la relatividad de la sentencia, sostiene el profesor Tena lo siguiente:

(38) Sobre la diferencia de estos conceptos véase el capítulo segundo de esta obra, págs. 94 y sigs.

(39) Véase la obra "El Juicio de Amparo", de este autor.

"Esas ideas informan de acentuado individualismo la - institución del amparo, en grado tal que si la estudia-- mos sin prejuicios habremos de convenir en que no se tra- ta en realidad de un sistema de defensa directa de la - constitucionalidad, sino de defensa primordial del indivi- duo frente al Estado, que se resuelve en defensa secun- daria y eventual de la Constitución." (40)

Posteriormente sostiene que si de las dos partes en que "he- mos dividido las constituciones del tipo de la nuestra" (dogmática y orgánica), se suprime la segunda, "no habrá Constitución". - En cambio, existen -sigue diciendo-, numerosas Constituciones que no contienen un capítulo de garantías individuales, "sin dejar de merecer el nombre de tales".

Salta a la vista que en esta materia el ilustre jurista al - que nos venimos refiriendo se ha quedado atrapado en las concep-- ciones decimonónicas del Derecho constitucional, (41) al definir a la Constitución de un Estado con base en la división clásica de "parte dogmática y parte orgánica." (42) Nos llevaría mucho tiem

(40) Felipe Tena Ramírez, op. cit. pág. 506.

(41) Véase la nota cuatro, pág. 57, capítulo II y la nota 3 pág.- 445 de este capítulo IX.

(42) Lo que se infiere de estas afirmaciones de Tena es que basta o es suficiente la existencia de normas que organicen los poderes del Estado y sus relaciones entre sí (parte orgánica de su concep- to de Constitución), para que exista una Constitución. La idea - es errónea porque las constituciones no son documentos con caracte- rísticas o contenidos "suficientes o insuficientes", previamente- te determinados. Si una Constitución posee un capítulo, de garan- tías individuales o no lo tiene, o además de éste presenta alguno relativo a los derechos sociales o al régimen económico, como la nuestra, no es porque tenga "de más o de menos", en relación a la existencia de su "parte orgánica". Las Constituciones están com- puestas esencialmente por decisiones políticas fundamentales --

po, sin ser este el propósito central de este estudio, referirnos detalladamente a cada uno de las implicaciones teóricas y a las consecuencias prácticas que tienen estas afirmaciones que se basan en un concepto erróneo de la Constitución del Estado.

Bástenos con señalar que si una Constitución contiene o no un capítulo de garantías individuales o cualquier otra clase de normas, además de las orgánicas, no es por ese simple hecho, ni "más Constitución", ni "menos Constitución". Simplemente nos hallaremos en presencia de Leyes fundamentales distintas entre sí que no pueden ser "juzgadas" o "valoradas" ni científicamente, tomando como parámetro una especie o tipo de Constitución, que es el que toma Tena indebidamente como género, (43) y que no es otro que el concepto material ("conjunto de normas su- premas dividido en parte dogmática y parte orgánica"), correspondiente al modelo de Estado de Democracia clásica, o Estado bur- gués de Derecho.

variables y no constreñibles a estereotipos o modelos determinados. Ciertamente la sección orgánica de una Constitución es una parte básica de la misma, hecho que no nos autoriza, sin embargo, a pensar en la posibilidad de suprimir cualesquiera de sus otras decisiones políticas fundamentales, ni siquiera hipotética o didácticamente, so pena no de plantearnos la cuestión abstracta, - mal enfocada, e inútil desaber si ahí existe todavía o no una -- Constitución, sino la cuestión concreta, correcta y trascendente de determinar si nos hallamos ahora frente a la misma Constitu- ción o ante otra distinta a la conformada por las decisiones polí- ticas fundamentales tomadas por el titular de la soberanía.

(43) Sobre la confusión del género con la especie en que incurren quienes definen a la Constitución con base en el concepto mate- rial clásico, remitimos al lector a la conocida "Teoría de la Cons- titución", de Carl Schmitt.

Retomando nuestro tema específico, observemos la conclusión a la que llega el autor al que estamos refiriéndonos.

"De las dos partes que hemos distinguido en una Constitución como la nuestra, la más digna de ser defendida, desde el punto de vista constitucional, es la parte orgánica, que es la sustancialmente constitucional. La defensa de la otra parte tiene suma importancia, pero no desde el punto de la Constitución, sino del individuo. Por eso el auténtico control de la constitucionalidad es el que tiene por objeto mantener a los poderes dentro de sus competencias respectivas, impidiendo sus interferencias recíprocas.

No es propiamente control de la constitucionalidad -- aquel que sólo cuida de evitar las invasiones de los poderes en la esfera de los derechos públicos de la persona. Sin duda las invasiones de este género son formalmente violaciones a la Constitución, porque los derechos infringidos figuran en ella; pero no constituyen violaciones a lo esencialmente constitucional. Los derechos públicos de la persona son derechos empíricamente seleccionados, a los que se les da el rango de constitucionales por considerárseles susceptibles de ser menoscabados con más frecuencia por la autoridad y merecedores, por lo tanto, de una protección especial. La categoría constitucional que se les otorga serviría de poco, si no estuviera acompañada de una defensa también constitucional. Pero esta razón de índole práctica no impide admitir en teoría que tales derechos pueden estar protegidos por un procedimiento ordinario." (44)

Como es fácil advertir, de lo que hasta aquí ha expuesto -- Tena, a negar al Amparo el carácter de medio de control de constitucionalidad, no hay sino un paso. Nuestro autor concluye precisamente que a través del Amparo mexicano no se realiza un verdadero control de constitucionalidad, en virtud de que esta institución jurídica únicamente evita "las invasiones de los poderes en

la esfera de los derechos públicos de la persona". No compartimos esta conclusión por las razones que a continuación exponderemos, no sin antes referirnos a una posición diametralmente opuesta a la que hemos resumido y que preconiza el Doctor Burgoa.

Para este ilustre jurista el Amparo no sólo constituye un auténtico medio de control de constitucionalidad, sino que además es capaz de tutelar toda la Constitución e inclusive la legislación secundaria.

"Hemos dicho que el amparo es un medio jurídico que - preserva las garantías constitucionales del gobernado - contra todo acto de autoridad que las viole (fracción I del art. 103 de la Constitución); que garantiza en favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los Estados (fracciones II y III de dicho precepto) y que, por último, - protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad - consignada en los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental y en función del interés jurídico particular del gobernado. En estas condiciones, el amparo es un medio - jurídico de tutela directa de la Constitución y de tutela indirecta de la ley secundaria, preservando, bajo este último aspecto y de manera extraordinaria y definitiva, todo el derecho positivo." (45)

Consideramos que mientras Tena parte de premisas correctas - para llegar a conclusiones inexactas, sosteniendo que mediante el Juicio de Amparo no se controla la constitucionalidad de Leyes y actos de autoridad, el Dr. Burgoa cae en el extremo opuesto al -

(45) Ignacio Burgoa, op. cit. pág. 173.

asignar una especie de carácter omnicompresivo al Amparo como medio de control, susceptible de ser empleado en todos los casos en que la conformidad de los actos de los Poderes constituidos con la Ley Fundamental esté en duda.

El profesor Tena destaca adecuadamente el carácter individualista del Amparo, aunque no lo considera, incorrectamente, medio de control de constitucionalidad verdadero o auténtico, debido a que solamente o preferentemente protege al individuo cuando un acto de autoridad lesiona sus derechos. El Dr. Burgoa, en cambio, sostiene, de manera acertada que, a través del Amparo se destruyen o anulan los efectos de los actos de autoridad contrarios a la Constitución, cuando éstos se han producido y no son sólo potenciales, luego sí se trata de un mecanismo de control de constitucionalidad, al cual este autor le asigna la capacidad de tutelar todo el orden jurídico, aseveración, ésta última, desde nuestro punto de vista discutible.

El hecho de que el Amparo sea una institución individualista-carácter que se revela con absoluta claridad cuando se examinan sus fundamentos constitucionales -cuyo objetivo específico es la protección de las garantías individuales, no autoriza a concluir que no funciona como un medio de comprobación de la correspondencia entre el acto de autoridad y el texto constitucional. La confusión en que incurre el profesor Tena radica en que caracteriza

la naturaleza del Amparo, con base en un análisis sobre sus alcances, aspecto cuantitativo, en lugar de hacerlo con un enfoque cuantitativo.

Si el Amparo es eficaz para defender sólo una parte de la - Constitución, (cuestión cuantitativa), no deja de buscar la anulación de los actos de autoridad que la vulneran (cuestión cuantitativa).

No es posible aceptar que la vigencia de ciertas normas constitucionales deba ser "preferentemente asegurada", haciendo caso omiso del resto de ellas, ni que la parte de una Ley fundamental "más digna de ser defendida, desde el punto de vista constitucional, es la parte orgánica, que es la substancialmente constitucional", como sostiene Tena.

Un sistema de control de constitucionalidad bien estructurado y eficaz debe tener como finalidad la protección de la Constitución contra todo acto de autoridad, una vez que éste se produzca, que resulte lesivo de cualesquiera de sus normas. La Ley fundamental es una totalidad normativa-constitucional, cuyas partes o normas, cada una, tienen exactamente la misma jerarquía formal. En cuanto a su substancia, es factible distinguir el contenido de unas y otras, conforme a la teoría de las decisiones políticas fundamentales. Cuando Tena Ramírez afirma que la parte orgánica es una sección típicamente constitucional está en lo co---

recto. Pero no deja de ser igualmente relevante el conjunto de normas constitucionales que se refieren- tratándose de la Constitución mexicana- al régimen de economía, a la forma de gobierno, a los derechos sociales, a las relaciones entre los Poderes Federales y los locales, a la estructura constitucional de las entidades federativas, etc., cuya observancia y cuyo respeto por quienes ejercen el Poder, deben estar garantizados con medios de defensa eficaces, uno de los cuales es el control de constitucionalidad. No encontramos criterios científicos, ni argumentos prácticos para fundamentar cuáles partes de una Constitución son "más dignas" de protección que otras.

Problema distinto y muy importante es el de examinar si el medio de control existente -en México, el Amparo-, constituye precisamente un instrumento adecuado y suficiente para proteger toda la Constitución. En otros términos, dilucidar si cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución es susceptible de ser combatido en nuestro país por medio del Amparo. Esta posición es la que sustenta el Dr. Burgoa, para quien el Amparo "protege toda la Constitución". El autor de referencia considera que el Juicio de Amparo es un medio de control de constitucionalidad, posición que compartimos, suficiente para tutelar plenamente la Ley Fundamental, afirmación de la que disentimos, "con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16...". (46)

(46) Sobre los alcances del Juicio de Amparo como medio de control de constitucionalidad, trataremos en apartado especial del próximo capítulo. Véase parágrafo primero, págs. 529 y sigs.

Los alcances del Amparo como control de constitucionalidad - es una cuestión muy delicada que justifica el análisis por separado que haremos de ella más adelante. De momento nos parece oportuno señalar lo siguiente.

Las disposiciones constitucionales vigentes que obligan a -- que el Juicio de Amparo se promueva a petición de parte agraviada y que determinan que los efectos de la sentencia respectiva sean siempre particulares (artículo 107, fraccs. I y II, Constitución mexicana), señalan quiérase o no, límites teóricos demostrables - o prácticos ostensibles, a esta Institución. Si el Amparo sólo - procede contra Leyes o actos de autoridad que vulneren las garantías individuales, leyes o actos de autoridad federal que invada la soberanía de los Estados y viceversa (artículo 103, fraccs. I, II y III, Constitución mexicana), resulta evidente que cuando no se cumplan estos requisitos o no se actualicen estos supuestos, - el juicio de Amparo no tendrá aplicación.

El Dr. Burgoa considera al amparo como un "proceso unitario", que con base en las normas constitucionales referidas, protege el ordenamiento jurídico mexicano, habiendo superado a través de su evolución, su sentido individualista.

"Por consiguiente, la procedencia subjetiva del amparo (sujeto que puede promoverlo, es decir, cualquier gobernado) y su procedencia objetiva (contra qué y con motivo de qué se promueve, o sea, contra todo acto de autoridad violatorio de la Constitución -control constitucional- o

de la legislación secundaria en general -control de legalidad-), se conjugan inseparablemente en la naturaleza jurídica de nuestra institución, caracterizándola como un medio de que dispone todo gobernado para obtener, en su beneficio, la protección íntegra del orden de derecho mexicano.

Por tanto, aunque nuestro juicio de amparo nació dentro de un régimen individualista y se le reputó como un medio protector de los llamados "derechos del hombre" - que en él implicaron "la base y el objeto de las instituciones sociales", la evolución de su naturaleza jurídica se ha desarrollado paralelamente a la transformación del régimen político, social y económico de México. En efecto, si dentro del concepto de "gobernado" no sólo se incluye, como ya se dijo, al individuo en particular, sino a entidades de distinto carácter que hemos mencionado y que han ido surgiendo en el devenir progresivo de la vida de nuestro país, el amparo ha extendido su procedencia subjetiva, o sea, se ha convertido en un medio jurídico para proteger a una variada gama de sujetos contra todo acto de autoridad violatorio de la Constitución. - Por ello, dicho juicio ha dejado de ser una institución exclusivamente individualista para ostentarse en la actualidad como un proceso que brinda su tutela a todo ente que se encuentre en la situación de gobernado, sin importar el ámbito social, político o económico en que se haya creado y se desenvuelva". (47)

Tena en cambio advierte y compartimos su opinión, que el amparo sigue conservando sus límites de carácter individualista, como protector de derechos de las personas jurídicas exclusivamente, en virtud de que fuera de la fracción I del artículo 103, las otras dos, en realidad no tienen aplicación práctica como medios de control de constitucionalidad.

"Las tres fracciones del art. 103, únicas que fundan - la procedencia del amparo, están al servicio del individuo y no al directo de la Constitución; no hay razón, -

(47) Ignacio Burgoa, op. cit. pág. 175.

por lo tanto, para establecer una distinción entre ellas. La primera se refiere a violaciones de garantías individuales, la segunda a invasiones de la jurisdicción local por la federal y la tercera a invasiones de la jurisdicción federal por la local. Como estos dos últimos casos implican falta de competencia, se traducen al cabo en violación de la garantía individual que consagra el art. 16, consistente en que nadie puede ser molestado sino en virtud, entre otros requisitos, de mandamiento escrito de autoridad competente. ¿Para qué invocar, pues, las fracciones segunda y tercera, si a fin de alcanzar el amparo basta con fundarlo en la primera? Así el amparo ha reivindicado totalmente sus fueros individualistas y la jurisprudencia y los litigantes mexicanos se han habituado a entender y sentir la institución a través del individuo, relegando al olvido y al desuso más completo las dos últimas fracciones del 103." (48)

En efecto, las dos fracciones de referencia sólo sirven de fundamento al Amparo cuando se arguye que el acto de autoridad vulnera el artículo 16 constitucional (garantía de legalidad), por falta de competencia, o bien, como el propio Tena lo señala, el artículo 14, que prescribe que las leyes que se apliquen al caso concreto "además de anteriores al hecho tienen que ser estrictamente constitucionales." (49)

En este mismo sentido, y por ende coincidimos también con él, se pronuncia otro ilustre jurista mexicano, el Dr. Juventino V. Castro. Al analizar las dos últimas fracciones del artículo 103 constitucional, que según su opinión estructuran el denominado "amparo soberanía", sostiene que:

(48) Tena Ramírez, op. cit. pág. 508.

(49) *Ibid*, pág. 509.

"Los exámenes posteriores de los autores, atacan al amparo-soberanía no sólo por el argumento ya mencionado -- de que el amparo fue creado para impugnar las violaciones a las garantías individuales, de las cuales carecen las entidades federativas-, sino con la reflexión de que si este amparo existiere, el fallo tendría efectos 'erga omnes' expresamente prohibidos por la Constitución, ya que el fallo protector tendría necesariamente alcances de generalidad." (50)

Este autor añade que los principios del Amparo en cuanto a la petición de parte agraviada y de los alcances particulares de la sentencia, obligan a que su fundamento siempre se reduzca a la fracción I del artículo 103, proponiendo la derogación de las otras fracciones.

"Parece claro que el Constituyente de 57 sí intuyó la violación de soberanías -y su remedio a través del juicio de amparo-, pero los principios de la promoción a instancia de parte agraviada, y de la relatividad de las sentencias de amparo, anularon la primitiva tendencia."(51)

A manera de confirmación de estas ideas es de reproducirse la siguiente jurisprudencia de la Corte a la que se refiere el propio Dr. Castro

"Tesis 62. INVASION DE ESPERAS DE LA FEDERACION A LOS ESTADOS Y VICEVERSA.- El juicio de amparo fue establecido por el artículo 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la propia Constitución, sino para proteger las garantías individuales, y las fracciones II y III del precepto mencionado, deben entenderse en el sentido de que sólo puede reclamarse en el juicio de --

(50) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 322.

(51) Juventino V. Castro, Ibid. pág. 323.

garantías una ley federal, cuando invada o restrinja la soberanía de los Estados, o de éstos, si invade la esfera de la autoridad federal, cuando existe un particular quejoso, que reclame violación de garantías individuales, en un caso concreto de ejecución o con motivo de tales invasiones o restricciones de soberanía. Si el legislador constituyente hubiese querido conceder la facultad de pedir amparo para proteger cualquiera violación a la Constitución, aunque no se tradujese en una lesión al interés particular, lo hubiese establecido de una manera clara, pero no fue así, pues al través de las constituciones de 1857 y 1917, y de los proyectos constitucionales y actas de reforma que las precedieron, se advierte que los legisladores, conociendo ya los diversos sistemas de control que pueden ponerse en juego para remediar las violaciones a la Constitución, no quisieron dotar al Poder Judicial Federal de facultades omnímodas, para oponerse a todas las providencias inconstitucionales, por medio del juicio de amparo, sino que quisieron establecer éste, tan sólo para la protección y goce de las garantías individuales." (52)

Sobre la mayoría de estos temas abundaremos en el capítulo siguiente. De momento, lo hasta aquí expuesto nos parece suficiente para pronunciarnos sobre el punto central de estas reflexiones, esto es, si el Amparo es o no un medio de control de constitucionalidad y si procede o no ante cualquier conflicto constitucional.

Consideramos que el Juicio de Amparo sí tiene la calidad de medio de control de constitucionalidad, en tanto es una institución que cumple con la finalidad de anular los efectos de los actos de autoridad violatorios de la Constitución, una vez que és-

éstos se han producido, en los términos, cumplidos los requisitos y con las limitaciones que la Constitución y la legislación secundaria le señalan (connotación cualitativa genérica del Amparo). Sin embargo, no es un medio de control de constitucionalidad adecuado para resolver todos los casos previsibles de conflicto entre el ejercicio del poder público por los órganos constituidos del Estado, en cualesquiera de sus niveles (federal, local, municipal) y las normas constitucionales (connotación cuantitativa genérica del Amparo).

Si hemos de ser objetivos, en forma indirecta o no suficientemente explícita, Tena Ramírez llega a esta misma conclusión. Quizás en su afán justificado por subrayar los límites del Amparo como medio de control, niega a esta institución este carácter. En otros términos, cuando este autor afirma que el Amparo no es un medio de control "auténtico o verdadero", lo que quiere decir es que no es completo o suficiente para resolver cualquier conflicto constitucional, (53) postura a la que nos adherimos. Al referirse una vez más a las fracciones II y III del artículo 103, sostiene:

"He aquí cómo las ideas de Otero, a que antes nos referimos, ampliadas por el Constituyente de 56 a estos casos de invasión de jurisdicciones, hacen imposible el control de la constitucionalidad, completo y auténtico, ni siquiera en la mínima porción de la ley suprema a que tales casos se contraen." (54)

(53) En este mismo tenor se pronuncia J. V. Castro, véase, op. cit., págs. 322, 323 y 324.

(54) Tena Ramírez, op. cit. pág. 507.

En estos términos sí podemos coincidir con este conocido tratadista mexicano. Efectivamente, como lo demostraremos en el apartado relativo al análisis de los límites del Amparo como medio de control de constitucionalidad, esta institución jurídica no es apta para combatir cualquier clase de actos de los Poderes constituidos que contradigan o vulneren las prescripciones constitucionales.

El Amparo es un medio de control constreñido a la defensa de la Constitución, cuando ésta es contradicha por un acto de autoridad que vulnera las garantías individuales. A pesar de la existencia de las fracciones II y III del artículo 107 que fundamentan el "Amparo-Soberanía", en la práctica éste se reduce al "Amparo-garantías", debido a que esta institución se rige en cualquier caso por los principios jurídicos contenidos en el artículo 107 constitucional, fracciones I y II.

En virtud de que no todos los actos de los Poderes Públicos que podrían originar una cuestión de constitucionalidad, están previstos en el artículo 103 de la Ley fundamental mexicana, su control no puede realizarse mediante el Juicio de Amparo, ni a través de las disposiciones del artículo 105 de la Carta Magna.

Por ende, es factible afirmar que el Juicio de Amparo en particular y el Sistema de control de constitucionalidad mexicano se caracterizan por ser mecanismos de control limitados e incompletos.

A manera de conclusión, es de advertirse que el hecho de que el Amparo pueda ser promovido por personas morales privadas o por personas morales oficiales, además de los sujetos individuales, - no es suficiente para desvirtuar la tesis que reconoce carácter individualista y limitado a esta Institución. En cualquier caso, siempre debe ser un sujeto de derecho individual o colectivo, o persona jurídica, mas no entidad jurídica -en este sentido se emplea el calificativo "individualista" que se atribuye al Amparo-- al que o a la que en lo particular le sean lesionados sus derechos, garantizados por la Constitución, el que acuda al Poder Judicial federal para pedir su protección. Nótese que fuera de la violación de garantías, no hay otro caso de contradicción entre el acto de la autoridad y el texto constitucional susceptible de ser controlado por medio del Amparo. Las limitaciones intrínsecas a la naturaleza y estructura del Amparo consisten esencialmente en que, sea un individuo, un obrero, un campesino, una empresa privada o un organismo público el que lo solicite, para que sea - procedente, siempre debe mediar un acto de autoridad, cuyos efectos anticonstitucionales se reflejan en una lesión de los derechos o garantías del sujeto promovente. Tratándose de garantías individuales o de derechos sociales, si no hay una persona jurídica directamente agraviada en sus derechos "individualmente" considerados -los del obrero, del campesino, de la persona moral pública o privada, pero no los de los obreros, los campesinos en su conjunto, ni los de tantas personas morales públicas o privadas - tomadas global o colectivamente- no se admite la interposición -

del Amparo. Por medio de él se protege por ende, sólo a la persona jurídica "individual o aisladamente" contemplada y sólo cuando son vulnerados sus derechos constitucionales.

Es obvio que no toda violación a la Constitución por los Poderes Públicos necesariamente se ha de constreñir al capítulo de derechos individuales. Pues bien, en México todos aquellos actos de autoridad contrarios a la Ley Suprema que no se ajustan a los supuestos básicos previstos en las tres fracciones del artículo - 103 y en las dos primeras fracciones del 107 constitucionales, no pueden ser objeto de control de constitucionalidad, vía el Juicio de Amparo. Por lo tanto, nos encontramos sin duda, ante un medio de control limitado e incompleto. (55)

EL AMPARO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD

En el capítulo segundo de esta obra nos referimos a la necesidad de distinguir las cuestiones relativas al control de constitucionalidad, de aquellas otras concernientes al control de legalidad. (56)

Hemos de recordar que todo orden jurídico contiene una serie muy variada de recursos normativos de control cuyo objetivo gené-

(55) El desarrollo de esta Tesis se completará en los parágrafos 1 y 2 del siguiente capítulo.

(56) Véase capítulo segundo, pág.s 94, 95 y sigs.

rico es el de asegurar que los actos de autoridad y las normas inferiores a las leyes, se mantengan en situación de subordinación con respecto a ellas. Estos recursos que garantizan las relaciones de supra-subordinación dentro del Derecho Positivo, normalmente se interponen ante órganos judiciales o administrativos.

Se trata de mecanismos de control normativo que tienen como finalidad la preservación del principio general de Derecho consistente en que una norma inferior no puede contradecir a una norma superior, a cuyo contenido y alcances está supeditada.

Este conjunto de recursos integran el sistema de control de legalidad, existente en todo orden jurídico positivo e indispensable para procurar que el ejercicio del Poder Público se realice con respeto a la Ley y dentro del marco normativo que ésta impone.

El control de legalidad consiste en el examen y la comprobación de que el acto de autoridad, distinto a la Ley se ajusta a los términos de ella y por ende no la contradice ni la vulnera. Por medio de este tipo de control se verifica igualmente, que la aplicación de la Ley corresponda al caso concreto que con base en ella se resuelve y que los términos y disposiciones procesales hayan sido puntualmente cumplidos.

En estas condiciones, cuando un sujeto de derecho advierte:

A) Que un acto de autoridad o una norma inferior a la Ley le -
han sido aplicados vulnerando sus términos y en su perjuicio; o

B) Que en el desahogo de una controversia no se han observa-
do las leyes procesales; o

C) Que la aplicación de una Ley no es adecuada para la reso-
lución del caso concreto,

puede demandar ante la jurisdicción competente, empleando el
recurso o medio de control de legalidad adecuado, la anulación de
los efectos del acto de autoridad, en virtud de que éste será un
acto típicamente ilegal.

Como es fácil observar, el único aspecto de la Ley que no se
controla mediante recursos de legalidad, es el relativo a su con-
tenido. Cuando se examina la conformidad de la Ley substancial-
mente o en cuanto a su proceso de creación o abrogación con la -
Constitución, se traslada el nivel de análisis del control de le-
galidad al del control de constitucionalidad.

La correspondencia entre una norma superior y otra inferior
ahora se plantea entre la Constitución y la Ley.

En cambio, el problema de control de legalidad se sitúa en -
el plano de la conformidad de las normas jurídicas inferiores o -
de los actos de autoridad con la Ley.

Téngase en cuenta que en un Estado de Derecho, estructurado por una Constitución, norma básica, toda "cuestión normativa", - cualquiera que sea su jerarquía puede convertirse directa o indirectamente en una "cuestión constitucional", en virtud de que todo acto de autoridad en su sentido más amplio, puede llegar hasta el nivel de fundamentación en la Ley Suprema, mediante un proceso de jerarquización inductivo-jurídico de las normas.

Sin embargo, estas circunstancias no deben ser óbice para - distinguir claramente los medios de control de legalidad, de los de control de constitucionalidad, los cuales son diferenciables - por su fundamentación jurídica, por sus finalidades, por su estructura normativa, por su contenido y generalmente por el órgano que los aplica.

A lo largo de este estudio hemos observado que en términos - generales, los Sistemas jurídicos europeos asignan a una serie de órganos de jurisdicción ordinaria la misión de control de legalidad y a un Tribunal especial la función de control de constitucionalidad. En América, en cambio, salvo casos de excepción, ambas formas de control se encomiendan a los Tribunales Superiores del Estado, con base en los principios característicos del sistema de control norteamericano o de Judicial review, en el que el supremo intérprete de la Constitución es el Poder Judicial federal, al - cual le son atribuidas simultáneamente facultades jurisdicciona--

les ordinarias de apelación o casación en última instancia y de control de constitucionalidad.

Es perceptible, no obstante, una clara tendencia en América Latina (57), a la adopción del modelo de control europeo, directamente manifiesta en la creación de Tribunales Constitucionales como el guatemalteco, el ecuatoriano y el chileno o bien confiando las funciones de control de constitucionalidad a una Sala especial de las Cortes Supremas (Colombia), o constriñendo la competencia de la Suprema Corte, al conocimiento de cuestiones de constitucionalidad (México), dejando las tareas de control de legalidad a cargo de los demás tribunales federales y locales en sus respectivos ámbitos competenciales.

Procedemos ahora a examinar el caso de México, país en el cual el medio básico de control de constitucionalidad, que es el Juicio de Amparo, se emplea igualmente como instrumento de control de legalidad.

Según algunos ilustres tratadistas mexicanos, (58) el Amparo en su calidad de medio de control de legalidad adquiere características típicas de un recurso procesal, o más concretamente del recurso de casación.

(57) Véase el parágrafo 3.1. del siguiente capítulo.

(58) Fix Zamudio, "el Juicio de Amparo" y Juventino V. Castro "Garantías y Amparo".

Sobre la naturaleza procesal del Amparo y sobre si el llamado "Amparo casación", en tanto recurso de legalidad, es o no una deformación de la figura jurídica original, existen sendas polémicas doctrinales, a las que no nos referiremos por no corresponder al objeto central de nuestro estudio.

Resulta, a nuestro entender, más relevante examinar los alcances del Amparo como medio de control de constitucionalidad y eventualmente proponer las reformas al Sistema de control mexicano - que lo complementen y lo hagan más eficaz como mecanismo de defensa de la Ley Suprema, que insistir en cuanto a si el Amparo es - "un juicio o un recurso" o si el Amparo-casación es o no una degeneración de la Institución pura y ortodoxa.

Sobre este tema nos concretamos, por lo tanto, a consignar - un hecho objetivo, a saber: el Amparo mexicano sigue poseyendo la doble función de control de legalidad y de control de constitucionalidad, existiendo en nuestro país la tendencia a asignar a la - Suprema Corte el ejercicio de facultades sólo de la segunda especie.

Los fundamentos constitucionales del Amparo-casación o del - Amparo como recurso de legalidad son los artículos 14 y 16 constitucionales.

En estos preceptos se establecen entre otras, estas dos garantías de legalidad, que son también derechos constitucionales - del individuo.

A) En todo juicio deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento (Art. 14) y

B) Toda interferencia en los derechos personales debe basarse en un mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (Art. 16)

Hay unanimidad entre los tratadistas mexicanos en el sentido de que el Amparo promovido con fundamento en estas normas constitucionales y en los artículos respectivos de la Ley de Amparo, es un medio de control de legalidad. Sólo una interpretación formalista y forzada del concepto "control de constitucionalidad", podría llevarnos a concluir que como los artículos 14 y 16 de la Ley Suprema forman parte de ella, toda inobservancia de aquéllos es sólo violación de la Constitución, de tal suerte que su anulación en vía de Amparo implica no un control de legalidad sino de constitucionalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta también que los preceptos aludidos otorgan derechos constitucionales fundamentales. En cuanto a estas cuestiones la Ley de Amparo en sus artículos 159 y 160 establece la procedencia del Amparo por inobservancia de las formalidades del procedimiento (errores in procedendo), en tanto el 166 de la misma, en su fracción VII, se refiere al caso de inexacta aplicación de la Ley (errores in iudicando).

La relación entre los artículos 14 y 16 constitucionales y los preceptos señalados de la Ley de Amparo sugiere que en es--

tos casos, lo que se pretende verificar es que el acto de autoridad haya respetado los términos exactos de la ley procesal, impli que la adecuada aplicación de una norma a un caso concreto o se haya realizado con fundamento legal suficiente; en otros términos, que sea legal. Resulta evidente que el Amparo en estas hipótesis es el medio o recurso, de última instancia, con que cuenta el agraviado para reparar los daños que le haya ocasionado un acto de autoridad ilegal. Ahora bien, es de advertirse que ese "derecho a la legalidad" que tiene todo individuo es un derecho fundamental que le confiere la Ley Suprema. El acto de autoridad que no respeta las formalidades legales, lesiona desde luego, sus derechos. La dificultad bien conocida y explorada que se presenta en el Derecho constitucional mexicano consiste en que la interpretación que se ha dado desde el siglo pasado al artículo 14 y después al 16, dificulta la distinción del papel que en cada situación cumple el Amparo, sea como recurso de legalidad, o como Juicio de constitucionalidad.

Esta dualidad del Amparo provocaba hasta hace unos años, que los máximos Tribunales federales, incluida la Suprema Corte, ejercieran una competencia doble, en materia de control de constitucionalidad y de legalidad. Sin embargo, con motivo de la Reforma constitucional al artículo 107 y a la Ley de Amparo y de la expedición de una nueva Ley orgánica del Poder Judicial Federal, se segregó del ámbito competencial de la Suprema Corte la función de control de legalidad, reservándole únicamente el conocimiento de cuestiones de constitucionalidad.

El objetivo genérico de esta reforma consiste precisamente - en conferir a la Suprema Corte en última instancia, la facultad - de conocer de los Juicios de Amparo en los que se diriman aspectos de constitucionalidad, sin que este alto tribunal desahogue, salvo por excepción, "Amparos-casación", ni emita jurisprudencia relativa a cuestiones de legalidad, la cual es fijada actualmente por - los Tribunales Colegiados de Circuito.

En estas circunstancias el artículo 107 constitucional en - sus diversas fracciones, la Ley de Amparo y la nueva Ley orgánica del Poder Judicial fijan la competencia de la Suprema Corte en materia de Amparo y de control de constitucionalidad, en estos tér-
minos:

A) La Suprema Corte -en Pleno o en Salas, según determine la LOPJF- conoce de los siguientes casos de Amparo, como medio de - control de constitucionalidad (Art. 107, fraccs. VIII y IX de la Constitución):

1. Recurso de revisión contra sentencias de los Jueces de - Distrito en Juicios de Amparo cuando en la demanda se impugne la constitucionalidad de una Ley federal o local o un tratado internacional. (Pleno)
2. Recurso de revisión contra sentencias de los Juzgados de Distrito cuando en la demanda de Amparo se reimpugne un recurso de amparo.

glamento expedido por el Presidente de la República en uso de la facultad que le confiere la fracción primera del artículo 89 constitucional, un reglamento expedido por el Gobernador de una entidad federativa, y se interprete un precepto constitucional. (Salas según la materia).

3. Recurso de revisión contra sentencias de Jueces de Distrito cuando la cuestión planteada implique invasión de Soberanías, en los términos de las fracciones II y III del artículo 103 constitucional (Pleno).
4. Recurso de revisión contra sentencias en Amparo directo de los Tribunales Colegiados de Circuito cuando decidan sobre la constitucionalidad de una ley federal o local o de un tratado internacional. (Pleno)
5. Recurso de revisión contra sentencias en Amparo directo pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito cuando decidan sobre la constitucionalidad de un reglamento expedido por el Presidente de la República, con base en el artículo 89, fracción primera de la Ley Suprema, de un reglamento expedido por el Gobernador de una entidad federativa, o se interprete directamente un precepto constitucional (Salas, según la materia).

6. Adicionalmente, por supuesto, sigue correspondiendo al Pleno de la Corte el conocimiento de las controversias constitucionales entre los Poderes de una entidad federativa y entre los órganos locales del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos, previstos en el artículo 105 de la Ley Suprema; así como los conflictos por invasión de soberanías entre la Federación y los Estados previstos en el artículo 11, fracción II, LOPJF.

B) Todos los demás Amparos se distribuyen entre los Juzgados de distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Es de advertirse que todavía no queda totalmente atribuida a la competencia de control de constitucionalidad a la Corte y de control de legalidad a los demás tribunales, pues, por ejemplo:

a) Los jueces de Distrito siguen conociendo de los Amparos promovidos contra actos de autoridad violatorios de garantías individuales, lo que implica un control de constitucionalidad. (Arts. 114 de la Ley de Amparo y 51, 52 y sigs. de la LOPJF). Lo mismo puede decirse de Amparos contra leyes y actos con fuerza de Ley.

b) La Corte en Pleno o en Salas, puede hacer uso de la denominada "facultad de atracción", (59) prevista en las fracciones V y VIII del artículo 107 constitucional, conforme a la cual es factible que conozca de los amparos de legalidad que por sus características así lo ameriten, quedando esa valoración al criterio del máximo tribunal.

(59) Esta facultad es muy similar al "writ of certiorati" del derecho norteamericano, conforme al cual la Corte Suprema solicita a un tribunal inferior el expediente de un caso para su conocimiento.

Sin embargo, la tendencia como apuntábamos ya, se advierte - claramente en el sentido de atribuir a la Suprema Corte exclusiva - mente funciones de control de constitucionalidad, sea en vía Jui - cio de Amparo o resolución de "litigios constitucionales". La - jurisprudencia del más alto tribunal del País, por ende, versará únicamente sobre cuestiones de constitucionalidad tratándose del Amparo, una consecuencia de lo cual, riesgosa sin duda, consiste en que las tesis de los distintos colegiados sobre cuestiones de legalidad, pueden diferir entre sí.

La jurisprudencia relativa al Amparo como medio de control - de constitucionalidad emanará solamente de la Corte, en tanto la jurisprudencia concerniente al Amparo como medio de control de le - galidad surgirá de los Tribunales Colegiados de Circuito. Como - se sabe la Jurisprudencia de la Corte es obligatoria para todos - los Tribunales federales y del fuero común, competentes en cual- quier materia, comprendidos, los Colegiados de Circuito. Por - otra parte, la que emiten los Colegiados obliga igualmente a to- do Tribunal federal o local, excluida la Suprema Corte (Arts. - 192 y 193, Ley de Amparo). Es de señalarse por último, que en - caso de discrepancia entre criterios jurisprudenciales de las Sa- las o de los Tribunales Colegiados, corresponde al Pleno de la - Corte determinar cuál jurisprudencia debe ser aplicada (Arts. 197 y 197-A, Ley de Amparo).

CAPITULO X

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO

1.- Límites del Juicio de Amparo como medio de control de constitucionalidad. 2.- Justificación de reformas al Sistema mexicano de control de constitucionalidad. 3.- El Tribunal Constitucional del Estado Federal mexicano. 3.1.- Tendencia a la creación de Tribunales Constitucionales en América latina. 3.2.- Composición y competencia del Tribunal Constitucional del Estado Federal mexicano.

LIMITES DEL JUICIO DE AMPARO COMO MEDIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Amparo como medio de control de constitucionalidad es una institución individualista protectora esencialmente de las garantías fundamentales que otorga la Constitución.

Al examinar al Amparo en tanto medio de control de legalidad o "Amparo-casación", observabamos cómo su fundamentación básica - en los artículos 14 y 16 constitucionales, implica una defensa específica del individuo contra actos ilegales de la autoridad, más que contra violaciones directas a la Constitución. No es de extrañar que de los Amparos de que conoce el Poder Judicial, la mayor parte de ellos, - envuelva cuestiones de legalidad, más que de constitucionalidad.

"He aquí, pues, cómo los artículos 14 y 16 han servido para poner de relieve la ficción de nuestro control de - constitucionalidad, desenmascarando el falso papel del defensor de la Constitución a lo que es primordial defensa del individuo.

Es por esto que el amparo fundado en la violación de - los artículos 14 y 16 no ha podido conservar su categoría de juicio, sino que es técnicamente un recurso. No bien de su natural evolución, pues el control que involucra como principal de la defensa del individuo y como secunda--

ria la de la Constitución, tiene al cabo que preocuparse más de la legalidad que de la constitucionalidad, por interesar al individuo más la primera que la segunda". (1)

Estas puntuales afirmaciones del profesor Tena dan pauta para el análisis en este párrafo de los límites del Amparo como medio de control de constitucionalidad y de defensa de la Ley Suprema.

Estas limitaciones son inherentes a la naturaleza del Amparo, se revelan en forma clara en su estructura jurídica y se manifiestan ostensiblemente en su eficacia parcial como instrumento normativo anulador de actos de autoridad contrarios a la Ley fundamental.

Uno de los aspectos más controvertibles relativos al Amparo mexicano, el cual en el fondo muestra precisamente sus limitaciones intrínsecas, es el concerniente al Amparo contra leyes.

El problema básico que se presenta en este caso consiste en conciliar los elementos estructurales normativos del Juicio de Garantías, con las características del acto de autoridad legislativo.

En otros términos, la cuestión esencial es la siguiente: ¿cómo hacer compatibles los principios "agravio", "parte agraviada", "interés jurídico" y "efectos particulares de la resolución", que tipifican al Amparo, con los caracteres de la Ley, por definición, general, abstracta e impersonal?

(1) Felipe Tena Ramírez, op. cit. pág. 520.

"Para contestar a esta pregunta, comencemos por advertir que es en el amparo contra leyes donde, en cierto modo, hace crisis el carácter individualista de la institución. En efecto, para la doctrina, para la ley secundaria y para la jurisprudencia, ha existido siempre el problema de cómo conciliar el elemento "perjuicio" concreto en una persona, que es indispensable para la procedencia del amparo, con la naturaleza impersonal, abstracta y general de la ley." (2)

Efectivamente, ante la inconstitucionalidad de una Ley, el Amparo "hace crisis", sencillamente porque no es el instrumento jurídico adecuado para contrarrestarla. Examinemos las razones.

Sin temor a exagerar, es posible sostener que el problema de la correspondencia entre los actos de autoridad materialmente legislativos (leyes, tratados internacionales y reglamentos) y la Constitución, es el más elevado y genuino de los que se analizan en cuanto a un Sistema de control de constitucionalidad. (3)

En principio los actos de autoridad que lesionan derechos de particulares, incluidos los fundamentales, en la mayor parte de los casos podrían combatirse mediante recursos de legalidad. Lo contrario ocurre ante la inconstitucionalidad de leyes, tratados o reglamentos, los que por su propia naturaleza requieren de un juicio que los declare conformes o no a la Ley Suprema y mantenga o anule, según sea el caso, sus efectos generales.

(2) Felipe Tana Ramírez, op. cit. pág. 522.

(3) En este sentido se pronuncian entre otros, Mariano Azuela, - Fix Zamudio, Tena Ramírez, Juventino V. Castro y Alfonso Noriega Cantú.

"Evitar los actos arbitrarios o ilegales de las autoridades públicas, puede lograrse mediante el uso de órganos o instrumentos distintos a un juicio constitucional; pero en cambio este último resulta imprescindible para atacar las leyes y tratados internacionales que no se ajustan a la Ley Suprema. Y la jurisdicción facultada para ello evidentemente tiene una misión de la más alta calidad." (4)

Al respecto es de señalarse que los fundadores del Amparo mexicano, Rejón y Otero distinguieron desde muy temprano la diferencia entre actos de autoridad y leyes contra las que procede el Amparo. Es decir, que separaron los actos de autoridad stricto sensu, de las leyes, diferenciación que prevalece hasta nuestros días en el texto vigente del artículo 103 constitucional en sus tres fracciones.

La famosa Acta de Reformas del 47 en sus artículos 22, 23 y 24 fija las bases de un sistema de anulación de leyes inconstitucionales, por supuesto, de alcances generales. (5)

En cambio, el artículo 25 del mismo ordenamiento, contiene la conocida "fórmula Otero", cuyo sentido prístino es la protección de los derechos individuales que consagra la Constitución.

El tratamiento por separado de estas cuestiones, por lo demás correcto, es uno de los aspectos históricos del Amparo mexicana-

(4) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 309.

(5) Véase el texto de estos artículos en el apartado 3 del anterior capítulo pág. 470.

no, al que no se le ha dado ni la importancia ni las consecuencias que realmente tiene.

Desde nuestro punto de vista significa que Otero, a pesar de la fuerte influencia que acusaba del Sistema de control jurisdiccional norteamericano y de las ideas de Tocqueville en la materia, percibió con nitidez que uno era el problema medular y esencial - relativo al control de constitucionalidad de Leyes y actos con fuerza de ley, y otro muy distinto el concerniente al control de legalidad, o si se quiere ser más preciso, a la protección de la parte de la Ley Suprema que otorga garantías al individuo.

"Por todo ello, resulta entendible el por qué Otero al crear el amparo propuso la fórmula que lleva su nombre, mediante la cual se establece el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, ya que los efectos erga omnes se otorgan a los procedimientos para la nulificación de leyes, resultando natural por lo tanto que en lo que toca a la promoción de un agraviado contra actos inconstitucionales impuestos a él, sólo tenga efectos en relación con el propio demandante, sin aprovechar a ninguna otra persona." (6)

Como hemos dicho ya los constituyentes del 57, por descuido o probablemente muy preocupados por no incurrir en lo que ellos consideraban "invaciones de soberanías" y "ultrajes al poder soberano del que ha nacido la Ley", incorporaron al texto constitucional sólo los principios contemplados en el artículo 25 del Acta de Reformas, desatendiendo el contenido de los otros tres precep-

tos, sin percatarse de su interrelación. En otras palabras, pensamos que lo que tradicionalmente se conoce como "fórmula Otero", no es tal, sino sólo una parte de la fórmula o sistema integral de control que concibió don Mariano. Esta incorporación fragmentaria de la propuesta de Otero a los artículos 101 y 102 de la Carta de 1857 y posteriormente a los preceptos 103 y 107 de la Constitución vigente, fue y sigue siendo el gérmen de polémicas y confusiones teóricas innumerables en torno a nuestro Juicio de Amparo y es la explicación esencial de sus límites connaturales -- prácticos en tanto mecanismo de control de constitucionalidad.

A partir de esta omisión de los constituyentes del 57 se inicia en relación al Amparo contra Leyes y de hecho a varios aspectos más, concernientes a nuestra Institución, un discurso, -para emplear un término neutral y no tener que optar por decir una evolución o una degeneración-, que no ha llegado a su fin, por lo menos satisfactoriamente en todos los casos.

Uno de los temas no resuelto aún es precisamente el del Amparo contra Leyes.

Los juristas decimonónicos Lozano y Vallarta sostuvieron que la impugnación de una Ley inconstitucional no podía proceder sino dentro de los términos de la desafortunada interpretación parcial del Sistema de Otero. Para estos autores la Ley no aplicada era

"letra muerta", luego hasta que no fuese empleada en un caso concreto, causando un perjuicio, no tenía sentido pedir la protección o el amparo de la justicia federal por parte de un agraviado - potencial, aún no molestado en su persona o en sus derechos. Una vez que se produjese el primer acto de aplicación -sostenían- se produciría eventualmente el agravio, resarcible mediante el Juicio de Amparo, cuya sentencia se limitaría a proteger al demandante en el caso especial sobre el que versare la queja, sin hacer declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley con efectos generales, por lo demás prohibidas por la Constitución. (Art. - 102, constitución de 1857). Esta "Tesis individualista del Amparo", como la denomina certeramente Tena, fue contradicha, ya bajo la vigencia de la Constitución mexicana de este siglo por el ilustísimo Emilio Rabasa, a quien se debe, por cierto, igualmente la primera objeción doctrinal sería a la interpretación extensiva - del artículo 14 de la Ley del 57 con base en la cual el Amparo - constitucional o Amparo-garantías, adquirió al paso del tiempo, - también el carácter de Amparo-recurso o Amparo-casación, (7) lo que para algunos tratadistas significó una degradación o degeneración de esta Institución jurídica.

Rabasa sostuvo, refutando a Vallarta, que es falso que el - agravio de un derecho personal ocasionado por una Ley se produzca hasta que ésta se aplica. Desde el momento en que la Ley se pro-

(7) Véase el parágrafo 3.2 del capítulo anterior.

mulga -decía- tomando fuerza de determinación que debe cumplirse, se ha causado la lesión que debe ser reparable vía Juicio de Garantías.

"La tesis de Rabasa representó un esfuerzo para rescatar el juicio de amparo del ahogo en que lo ponía su -- acentuado individualismo. Supo aprovechar para ello el amparo contra leyes, en el que es posible prever la futura lesión concreta, a partir de la disposición general - que la anuncia. De este modo Rabasa quiso hacer del amparo contra leyes un pararrayos, que a diferencia del que concibieron Lozano y Vallarta, preserva anticipadamente de la descarga de la ley a los que estuvieran en la zona amagada, que no es otra sino el ámbito de aplicación de la norma general." (8)

A pesar de que la Tesis de Rabasa no prevaleció en la primera Ley de Amparo de este siglo, se tradujo en una fecunda simiente para la evolución del tema. Sus argumentos fueron base de la distinción posterior entre Leyes autoaplicativas y leyes heteroaplicativas, recogida y aún vigente en la Ley de Amparo en vigor.

Es necesario advertir que esta diferenciación se basa exclusivamente en estos dos criterios:

A) Momento en el cual una Ley causa agravio a quien la impugna, existiendo dos hipótesis: 1.- desde la promulgación de la Ley; y 2.- hasta su aplicación por vez primera.

B) Momento en que procede su impugnación vía el Amparo, variando el término para la interposición de la demanda.

Las leyes autoaplicativas se definen teóricamente como aquellas que por su sola expedición crean, transmiten o extinguen derechos, obligaciones o imponen sanciones, sin necesidad de que su hipótesis normativa se actualice en un acto concreto para producir cualquiera de estos efectos. En otros términos la ley autoaplicativa en vigor, inmediatamente causa un perjuicio o afecta a quien la impugna.

Cuando esto ocurre, la Ley puede ser atacada debido a su carácter inconstitucional, sin esperar a que se aplique.

Las Leyes llamadas heteroaplicativas serán, por ende, aquellas otras que requieren forzosamente de un acto de aplicación para causar una lesión al sujeto de derecho.

Vale la pena abundar sobre esta cuestión, no sin antes adelantar que desde nuestro punto de vista, esta distinción no resuelve el problema de fondo del Amparo contra Leyes.

La diferencia entre un tipo de Ley y el otro, por lo demás doctrinaria, en virtud de que los términos "autoaplicativo y heteroaplicativo" no los consigna ni la Constitución, ni la Ley de Amparo, se basa en criterios que no modifican los principios fundamentales del Amparo mexicano.

En otros términos, la impugnación de la Ley inconstitucional debe hacerse siempre por el sujeto de derecho agraviado y la sentencia que recaiga sobre el Juicio por él promovido, invalidará la Ley con efectos exclusivamente referidos al promovente, trátase de leyes autoaplicativas o heteroaplicativas.

La Ley autoaplicativa puede ser atacada de inmediato, en -- cuanto es promulgada y los efectos de la resolución se constriñen a la parte agraviada, la cual adquiere una especie de patente de desaplicación de esa Ley, pues para ella la Ley será permanentemente considerada inconstitucional. Sin embargo, estos efectos no pueden asemejarse siquiera a la declaración general de inconstitucionalidad, toda vez que la Ley seguirá aplicándose en cualesquiera otros casos. En realidad, se trata de una "desaplicación de la Ley inconstitucional", como dice el maestro Juventino V. Castro, -- limitada a un sujeto de derecho específicamente, agregaríamos nosotros. Una "declaración de desaplicación particularizada", en -- suma, que como es fácil advertir difiere muchísimo de los efectos erga omnes que poseen las resoluciones sobre inconstitucionalidad de una Ley en los sistemas de control concentrado.

La cuestión central consiste en que la Ley cause un agravio ya sea por su simple expedición (autoaplicativa), o en virtud del primer acto de aplicación (heteroaplicativa), pero siempre debe -- existir un perjuicio, elemento substancial de procedencia del Amparo, para impugnar la Ley.

Esto es lo que Mariano Azuela denominaba "individualización incondicional" de la Ley que causa el perjuicio, concepto que el eminente jurista definía así; si desde la promulgación de la Ley resulta que existe un perjuicio para una persona, procede el ataque a dicha Ley por vía de Amparo. Si la Ley, en cambio no es de individualización incondicionada, los perjuicios que de ella podrían derivarse son sólo problemas y el Amparo es improcedente.

Como se percibe, el punto central consiste en determinar en qué momento se produce el agravio, antes o después de aplicar la Ley, y por lo tanto cuando puede ser ésta combatida.

Mucho se ha escrito sobre las llamadas Leyes autoaplicativas, sin que se haya llegado a formar un criterio uniforme en la doctrina, ni a conformar jurisprudencia indubitable sobre la materia.

La Ley de Amparo vigente establece al respecto las siguientes reglas:

A) El término genérico para presentar la demanda de Amparo es de 15 días, a partir del conocimiento o del inicio de los efectos del acto reclamado (Art. 21, Ley de Amparo).

B) El término para impugnar una Ley autoaplicativa es de 30 días, a partir de la entrada en vigor de la Ley. (Art. 22, fracc. I, Ley de Amparo).

C) El agraviado por ende, tiene dos opciones, a saber: 1.- - Impugnar la Ley desde el momento en que es expedida y dentro de - los primeros 30 días; o 2.- Impugnar la Ley después del primer ac to de aplicación y dentro de los primeros 15 días.

D) Si no se combate la Ley en estos términos, se considera - consentida.

E) Tratándose de Leyes heteroaplicativas, el término será - siempre de 15 días a partir del primer acto de aplicación.

Como señala Alfonso Noriega Cantú, la cuestión relacionada - con el momento en que puede intentarse el juicio de Amparo con tra una Ley que se considera inconstitucional, es estrictamente - un problema de legitimación procesal activa.

Efectivamente, la cuestión, nada fácil, es determinar el mo- mento en que se produce el perjuicio, identificar al perjudicado e interponer la demanda. Sin embargo, los principios de "peti--- ción de parte agraviada" y "declaración particular de inconstitu- cionalidad", permanecen incólumes.

Consideramos por ende que el problema básico del Amparo con- tra Leyes está muy lejos de haber sido resuelto mediante esta dis tinción en más de un sentido, artificiosa o como la denominaba -

Rabasa, "especiosa", entre Leyes autoaplicativas y Leyes hetero--aplicativas. En realidad, sólo hay una opción, entre estas dos: o la Ley respeta los términos de la Constitución, o los contradice. En otras palabras, o es constitucional o es anticonstitucional.

"Al ser la finalidad del amparo la supremacía constitucional, no puede existir acto contrario a las disposiciones constitucionales. Consecuentemente, no debe existir esa distinción para las leyes autoaplicativas y heteroaplicativas, pues sólo existen leyes; que para el efecto del amparo son constitucionales cuando se adecuan a las disposiciones relativas de la Carga Magna e inconstitucionales si contravienen sus normas." (9)

Queda claro, nos parece, que el aspecto de fondo, consistente en hacer compatible el concepto "agravio" referido a una persona, con la naturaleza general, abstracta e impersonal de la Ley, no se resuelve mediante la impugnación en vía de Amparo, de Leyes autoaplicativas.

Esto se debe a que la compatibilidad referida no se relaciona en lo mínimo con el momento en que se impugna la Ley inconstitucional, sino específicamente con los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

"Se ha examinado frecuentemente que el principio de la relatividad de las sentencias de amparo, es en el sentido de que los efectos de ellas no pueden ser los de

(9) Horacio Aguilar Alvarez de Alba, "El Amparo contra Leyes", - Trillas, México, 1989, pág. 127.

generalidad (o sea que no se aplican erga omnes), lo --
cual es perfectamente entendible en tratándose de actos
de autoridades que no se refieran a la alegación, --y --
consiguiente demostración-- de que una ley es inconstitucio-
cional, ya que es bien cierto y congruente que las sen-
tencias benefician o perjudican sólo a las personas que
intervinieron en el juicio. Las sentencias fijan la --
norma concreta a aplicar a los que litigaron; pero las --
leyes son normas abstractas, impersonales y generales, --
pues de otro modo resultarían privativas.

Por ello se combate con frecuencia cada vez mayor --
nuestro sistema de amparo contra leyes, que permite que
una ley general no sea aplicada al que obtuvo la protec-
ción constitucional en un proceso de amparo, y sí se --
aplique - a pesar de la declaración de ser inconstitucio-
nal- a otras personas que no interpusieron en tiempo su
demanda correspondiente." (10)

El maestro Juventino V. Castro, percibe con nitidez el verda-
dero problema del Amparo contra Leyes.

En efecto, es lógico que la anulación de un acto de autori-
dad que no tiene los caracteres de una Ley y que por tanto es con-
creto, particular y personal, se detenga o se delimite en el caso
específico de que se trate.

En cambio, resulta a todas luces incomprensible que una vez
descubierta la inconstitucionalidad de una Ley, se determine su -
"no aplicación" por este motivo al caso particular y a la vez su
"continua aplicación" a otros casos, a pesar de que contradiga a
la Constitución.

(10) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 314.

Recordamos que el eminentísimo Hans Kelsen, creador del Sistema "austriaco" de control de constitucionalidad, una de cuyas características es la declaración de inconstitucionalidad de la Ley con efectos erga omnes, sostenía que esta declaratoria equivalía a un acto de legislación con signo negativo. La abrogación de la Ley inconstitucional es un acto materialmente legislativo, independientemente del órgano que la decreta.

He aquí lo que quizás no se haya podido o querido entender en cuanto al Juicio de Amparo mexicano.

El Amparo no es por su naturaleza ni por su estructura la institución jurídica adecuada para combatir la inconstitucionalidad de las Leyes. Sin desconocer el talento de los diversos juristas que han abordado el tema, consideramos que la Teoría de las Leyes autoaplicativas, constituye un verdadero tour de force, por medio del cual se ha intentado, con mucha inteligencia, dotar al Amparo de capacidades que no tiene. Emplear un juicio, proceso o recurso (el Amparo) para cumplir con finalidades ajenas por completo a su naturaleza, no podía conducir sino a logros parciales y en más de un sentido imperfectos.

La Ley inconstitucional no se puede anular mediante el Juicio de Amparo porque si éste es precisamente un juicio que culmina en una sentencia, ésta por definición sólo afecta a las partes que intervinieron en él.

En otros términos, el carácter concreto de los actos de autoridad que se pretenden combatir por ser inconstitucionales, condiciona y determina la estructura jurídica del medio de control que se emplea para anularlos. Actos ejecutivos, administrativos y sentencias, pueden ser anulados mediante el Juicio de Amparo tal y como está estructurado actualmente. En cambio, cuando se impugna directa y frontalmente una Ley o cualquier acto de autoridad con fuerza de Ley, la naturaleza del acto viciado de inconstitucionalidad demanda la existencia de un medio de control, configurado normativamente de tal manera que permita eliminar los efectos de la Ley, del reglamento o del Tratado violatorios de la Constitución, de manera definitiva.

La fórmula Otero, la verdadera, distinguió por esta razón, dos procesos de control diferentes tratándose de anulación de leyes, por un lado y de violación de garantías por actos de autoridad, por el otro.

Lo que ha ocurrido durante siglo y medio en nuestro país es que en materia de control de constitucionalidad, salvo los casos señalados en el artículo 105 de la Ley Suprema, nos hemos quedado atrapados en los límites del Juicio de Amparo, empeñados en emplear esta Institución hasta donde sea posible como único, y a veces como se dice, "perfecto, paradigmático y ejemplar" medio de control. Si se nos permite un símil, el Amparo ha sido una especie de camisa de fuerza que ha pretendido a base de teorías, re-

formas y más teorías, contener en su interior todas o casi todas las cuestiones de constitucionalidad, hasta que, una vez alcanzados los límites de su ensanchamiento ha hecho crisis, como dice Tena, y empieza notoriamente a dar de sí.

El planteamiento de la inconstitucionalidad de las Leyes -- constituye uno de los límites claros del Amparo mexicano. No es posible resolver adecuadamente mediante esta importante Institución jurídica, el problema de la inconstitucionalidad de una Ley, sencillamente porque el Amparo, tal cual hoy lo conocemos, no -- fue pensado ni configurado para estos efectos. La naturalidad y efectividad con que cumple su misión el Amparo-Garantías y aún si se quiere el Amparo-casación, contrastan ostensiblemente con la - dificultosa función con la que se pretende sobrecargar a nuestra secular Institución cuando se trata de utilizarla para anular los efectos inconstitucionales de una Ley. Estos es lo que ocurre - con el llamado Amparo contra Leyes.

Es de advertirse que sistemas de control tan desarrollados - como el alemán con su Beschwerde (queja) o el español con su propio Amparo, de configuración ambos muy similar al Amparo mexicano, poseen medios de control de constitucionalidad de Leyes y actos - con fuerza de Ley perfectamente estructurados al efecto y diferentes al que sus Constituciones establecen para proteger los dere--chos fundamentales.

Ni en Alemania, ni en España se pretende anular Leyes inconstitucionales mediante la queja o el Amparo. Los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto de autoridad *stricto sensu* y de una Ley son distintos, no presentándose el caso de que la queja o el Amparo puedan dar lugar a una resolución *erga omnes*. (11)

Consideramos a manera de conclusión, que la anulación de una Ley inconstitucional requiere de un mecanismo de control diverso del Amparo y que por ende, en relación a este aspecto, el Amparo mexicano acusa ostensibles limitaciones. Sobre cuál puede ser ese mecanismo idóneo, nos ocuparemos más adelante. (12)

Por el momento, antes de referirnos en el siguiente apartado a otros casos en que no procedería el Amparo como medio de control de constitucionalidad, permítasenos concluir estas reflexiones invocando la autoridad que todos reconocen por lo demás, de los planteamientos de Mariano Otero.

El padre del Amparo, como hemos dicho, propuso un procedimiento del todo distinto al Juicio de Garantías, para la anulación de Leyes. Los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley, de conformidad con el artículo 22 del Acta de Reformas, eran generales. Los efectos del Amparo, previstos en el artículo 25 en cambio, eran particulares. Cabría preguntarse:

(11) Véanse los capítulos séptimo relativo a España y quinto relativo a Alemania, de esta obra.

(12) Véase el parágrafo 3.2 de este capítulo.

¿Si Otero hubiera considerado que el Amparo era el medio idóneo para abrogar una Ley inconstitucional, habría propuesto simultáneamente otro mecanismo de anulación repetitivo o duplicador para dejar a la Ley sin efectos? La respuesta a nuestro entender es obvia y la conclusión no lo es menos: el Amparo no es un medio de control de constitucionalidad eficaz para abrogar Leyes inconstitucionales.

JUSTIFICACION DE REFORMAS AL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Las conclusiones a las que hemos llegado en cuanto a la no idoneidad del Amparo como medio de anulación de Leyes inconstitucionales, bastarían para demostrar sus limitaciones y pensar en la necesidad de crear mecanismos de control más completos. Sin embargo, este es sólo un aspecto entre varios más, en que el Amparo mexicano cumple una función parcial de control de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad.

En este apartado analizaremos algunos casos en que el Amparo es improcedente para eliminar los efectos de actos de autoridad inconstitucionales, con el objeto de demostrar plenamente que el Sistema de control de constitucionalidad mexicano es incompleto y por ende requiere de reformas y adiciones que lo hagan eficaz como medio de defensa de la Constitución.

Al efecto, nos resulta necesaria la transcripción de algunas fracciones del artículo 73 de la Ley de Amparo, que norma los casos de improcedencia, así como la reproducción del artículo 116 - del mismo ordenamiento, que establece los requisitos de la demanda de Amparo indirecto o biinstancial, (13) ante los Juzgados de Distrito.

"Art. 73. El juicio de amparo es improcedente:

.....
.....
.....

V. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

VI. Contra las leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que, se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

Art. 116. La demanda de amparo deberá formularse por escrito, en la que se expresarán:

I. El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre;

II. El nombre y domicilio del tercero perjudicado;

III. La autoridad o autoridades responsables; el quejoso deberá señalar a los titulares de los órganos de Estado a los que la ley encomiende su promulgación, cuando se trate de amparos contra leyes;

IV. La ley o acto que de cada autoridad se reclame: el quejoso manifestará, bajo protesta de decir verdad, cuáles son los hechos o abstenciones que le constan y que constituyen antecedentes del acto reclamado o fundamentos de los conceptos de violación;

V. Los preceptos constitucionales que contengan las garantías individuales que el quejoso estime violadas, así como el concepto o conceptos de las violaciones, si el amparo se pide con fundamento en la fracción I del artículo 1° de esta ley;

VI. Si el amparo se promueve con fundamento en la fracción II del artículo 1° de esta Ley, deberá precisarse la facultad reservada a los Estados que haya sido invadida por la autoridad federal, y si el amparo se promueve con apoyo en la fracción III de dicho artículo, se señalará el precepto de la Constitución General de la República que contenga la facultad de la autoridad federal que haya sido vulnerada o restringida."

(13) Por lo que respecta a los requisitos que establece el artículo 166 de la Ley de Amparo, para la demanda en Amparo directo, es de señalarse que difieren de los exigidos para la que se presenta ante los Juzgados de Distrito, básicamente en cuanto a la naturaleza del acto reclamado, que tratándose del Juicio Uni-instancial,

**Conflictos entre Organos Constituidos
del Estado, por Invasión de Competencias.**

Siguiendo al ilustre tratadista Tena Ramírez, pueden plantearse cuatro hipótesis generales de conflictos competenciales entre órganos constituidos, a saber:

"1) de alguno de los tres poderes federales con respecto a cualquiera de los otros dos poderes federales; - 2) de alguno de los tres poderes locales con respecto a cualquiera de los otros dos poderes locales; 3) de los poderes de un Estado respecto a los de otro Estado; 4) - de los poderes federales con respecto a los poderes locales, y viceversa." (14)

Habría que aclarar que en cada ocasión que se emplea en esta clasificación el término "poderes locales", deben entenderse comprendidos los órganos propios del Distrito Federal, cuya estructura constitucional ha sido profundamente modificada en el año de 1993, habiendo quedado establecida en el artículo 122 de la Constitución Mexicana. (15) En concordancia con esta reforma, en el decreto respectivo se incluye una adición al artículo 105 de la Ley Suprema, en la que se contempla la facultad de la Corte para resolver los conflictos que se susciten entre los órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos.

debe ser una sentencia, laudo o resolución definitiva que ponga fin al juicio; las violaciones a las Leyes de procedimiento o la inexacta aplicación de la Ley.

(14) Felipe Tena Ramírez, op. cit. pág. 508.

(15) Véase este precepto constitucional.

Coincidimos con el profesor Tena en el sentido de que sólo - la segunda y cuarta hipótesis mencionadas tienen una base constitucional de solución. La segunda, se refiere al caso excepcional de control de constitucionalidad previsto en la Carta del 17, distinto al Amparo. Es importantísimo advertir que esta clase de - conflictos constitucionales contemplados en el artículo 105, no - se resuelven mediante la promoción de un individuo o persona jurídica individualmente considera, sino a petición del órgano constituido cuya esfera de competencia ha sido invadida por otro órgano. La sentencia que emite la Corte en este juicio, que no es de Am-paro, tiene por definición, forzosamente, efectos erga omnes, -- pues determina de una vez por todas el ámbito competencial de los órganos en pugna, definiendo una situación jurídica general a la que deben ajustarse todos los actos de los poderes locales de la entidad respectiva.

En cuanto a la mal llamada "invasión de soberanías", que sería la última de las hipótesis propuestas, como se sabe, está contemplada en las fracciones II y III del artículo 103 de la Ley Suprema, el cual establece la procedencia del Juicio de Amparo. Como hemos dicho ya, en el caso de invasión de competencias de poderes federales con respecto a poderes locales y viceversa, no procede el Juicio de Amparo a instancia de algún órgano federal o local, sino exclusivamente a petición de un particular quejoso que reclame violación de garantías por un acto de autoridad que en la especie, estaría viciado de incompetencia.

Hay jurisprudencia (16) en el sentido de que debe existir - un caso concreto de ejecución de un acto de autoridad que carezca de competencia y que cause con ello, un agravio al particular, pa - ra que con apoyo en alguna de estas fracciones del 103, se promue - va el Amparo. Ya señalamos también, cómo en opinión del propio - profesor Tena, en estas condiciones, la promoción del Amparo se - produce en realidad, siempre con base en la fracción I del artícu - lo 103 constitucional. (17)

Ahora bien, esto significa que en el caso de un conflicto - constitucional entre un Poder federal y un Poder local no existe la posibilidad de que alguno de ellos ocurra ante un Tribunal fe - deral para que éste lo resuelva, mediante un mecanismo como el - previsto en el artículo 105 de la Ley fundamental. Se podría con - tradecir esta afirmación señalando que la Ley orgánica del Poder Judicial Federal en su artículo 11, fracción II, faculta a la Cor - te para conocer de esta clase de controversias, precisamente -- cuando acude al más alto tribunal "la Entidad afectada o la Federa - ción, en defensa de su Soberanía". Sin embargo, consideramos - que esta atribución que confiere a la Corte la Ley orgánica no - tiene base constitucional, en virtud de que los conflictos relati - vos a "invasión de soberanías", sólo están previstos en las frac - ciones II y III del artículo 103, siendo el caso que por determi -

(16) Véase supra 512.

(17) Véase supra 510.

nación del artículo 107 constitucional, estas hipótesis normativas tendrán que desahogarse a través de un Juicio de Amparo. Este juicio, reiteramos, no puede ser promovido por el órgano cuya competencia ha sido invadida, luego, el artículo 11 fracción II de la LOPJF, confiere a la Corte una facultad contradictoria con los preceptos constitucionales referidos.

He aquí un tipo de controversia constitucional no suficiente ni adecuadamente normada en nuestro Sistema de control de constitucionalidad.

Por lo que respecta a conflictos constitucionales entre un Poder federal y otro, o entre los Poderes de una entidad federativa y los de otra, no están siquiera previstos en la Constitución mexicana y obviamente no podrían resolverse vía Juicio de Amparo.

Improcedencia del Amparo por Violaciones a Derechos Políticos

La Suprema Corte ha reiterado que el Amparo es improcedente contra violaciones de derechos políticos.

"Tesis 127. DERECHOS POLITICOS ASOCIADOS CON ACTOS - VIOLATORIOS DE GARANTIAS.- Aun cuando se trate de derechos políticos, si el acto que se reclama puede entrañar también la violación de garantías individuales, hecho -

que no se puede juzgar a priori, la demanda de amparo relativa debe admitirse y tramitarse, para establecer, en la sentencia definitiva, las proposiciones conducentes.

Tesis 128. DERECHOS POLITICOS, IMPROCEDENCIA.- La - violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales." (18)

"El artículo 103 de la Constitución previene que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de la autoridad - que violen las garantías individuales. II.- Por leyes - o actos de la autoridad federal que vulneren o restrin--jan la soberanía de los Estado. III.- Por leyes o ac--tos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal; de manera que el juicio de amparo se ha instituido para amparar y proteger a los indivi--duos particulares contra las violaciones de las garan--tías que consagra la Constitución; de consiguiente, las violaciones de derechos que no sean inherentes al hombre, sino especiales de los ciudadanos, no pueden reclamarse por medio del amparo. Cualquiera infracción de un dere--cho político, como es el de votar o ser votado en elec--ción popular, no puede remediarse por medio del juicio - político de garantías, supuesto que no constituye la violación de una garantía individual." (19)

El argumento de que los derechos políticos nos son garantías individuales o derechos fundamentales, porque no están contempla--dos en el capítulo respectivo de la Constitución, no merece el me--nor comentario, sencillamente por ser anticientífico. Un plantea--miento de este tipo no solamente se inscribe en el más rígido for--malismo jurídico sino se traduce en algo peor, en una absurdo "ca--pitulismo normativo".

(18) Jurisprudencia 1917-1985, págs. 191 y 192.

(19) Amparo en revisión, Quinta época, Seminario Judicial de la - Federación, Tomo III, págs. 1312-1317.

Francamente no hay ninguna posibilidad de sostener racionalmente que los derechos políticos no son derechos fundamentales - del hombre o derechos humanos. Si se acepta que son derechos del ciudadano, cabría preguntarse si nunca pueden coincidir las garantías individuales con los derechos del ciudadano o si necesariamente son incompatibles. El rezago de nuestra teoría constitucional y de los criterios jurisprudenciales en la materia es cuando menos preocupante. Salta a la vista que la Corte considera que los únicos derechos políticos existentes son los llamados voto activo y voto pasivo, previstos en el artículo 35 constitucional, fuera de los primeros 29 preceptos constitucionales y por ende, no integrantes de la parte dogmática de nuestra Ley Suprema! No sería difícil que pronto se "sentara jurisprudencia" en el sentido de que "no existen, constitucionalmente, derechos sociales, toda vez que no hay un capítulo en la Carta del 17 que los contemple o así los designe".

El artículo 73, fracción VII de la Ley de Amparo, establece que éste no puede promoverse contra resoluciones de organismos electorales. El ilustre profesor Juventino V. Castro señala acertadamente que:

"Debe observarse, sin embargo, que las fracciones VII y VIII que examinamos, contienen hipótesis concretas, ca suísticamente enumeradas, que podrían dejar la duda sobre si en materias políticas que no son de tipo electoral, cabe o no el ejercicio de la acción de amparo." (20)

(20) Juventino V. Castro, op. cit. pág. 370.

Nosotros iríamos más al fondo de la cuestión y nos preguntaríamos ¿qué podría hacer un ciudadano ante la expedición de una Ley que proscribiera la existencia de determinado partido político? ¿Podría impugnar su inconstitucionalidad en vía de Amparo? ¿Aceptaría un Juez de Distrito que la Ley viola garantías individuales? ¿Cuál sería el agravio?.

Ahora bien, independientemente de que la demanda fuese desechada de plano, el aspecto de fondo subsiste y es éste: la Ley que prohíbe un partido político por motivos estrictamente ideológicos, es o no inconstitucional; y si lo es, ¿mediante qué mecanismo de control podría combatirse? ¿Es acaso la estructura del Amparo adecuada para un caso como el que señalamos? Piénsese en los efectos particulares de una sentencia que declarase inconstitucional la Ley. El derecho de pertenecer a un partido político ¿es una garantía individual, un derecho político o una prerrogativa del ciudadano? Sería interesante conocer algunas respuestas, entre ellas, la de la Corte por supuesto.

Inimpugnabilidad de Tratados Internacionales

Los Tratados internacionales que ratifica el Senado de la República no pueden ser atacados por inconstitucionalidad independientemente de su aplicación a casos específicos, salvo que cau--

sen un perjuicio directo a las garantías individuales de quien -
los impugne (Art. 114, fracc. I, Ley de Amparo). ¿Qué ocurriría
si se firmara un tratado conforme al cual se permitiera a sujetos
extranjeros la explotación y comercialización de petróleo o de -
carburos de hidrógeno, en relación a los cuales el artículo 27 -
constitucional prohíbe el otorgamiento de concesiones o contratos?
Es obvio que un individuo aisladamente considerado no podría ni -
acreditar interés jurídico, ni señalar agravios, ni justificar que
la simple aprobación del Tratado vulnera sus garantías (Art. 116,
Ley de Amparo). ¿Qué medio de control de constitucionalidad, dis
tinto del Amparo, existe en nuestro país para verificar la corres
pondencia entre el contenido de un Tratado internacional y la Ley
fundamental? Ninguno. Si se examina aunque sea someramente la -
normatividad constitucional y los medios de control vigentes en -
Europa sobre la constitucionalidad de tratados internacionales, -
se comprenderá la importancia de lo que señalamos.

Transgresiones a la Constitución Federal por las Constituciones Locales

Como se sabe la estructura constitucional de las entidades -
federativas que integran el Estado mexicano debe respetar los tér
minos de la Constitución federal. Las bases de su organización -
política están establecidas en diversos preceptos de la Ley Supre
ma y específicamente en su artículo 116.

Es previsible, sin embargo, que en el ámbito local, sin necesidad de invadir la esfera de competencia de los poderes federales, se emitan Leyes, o inclusive se incluyan normas en las llamadas "Constituciones locales", que contravengan lo dispuesto por la Constitución de la República. ¿Cómo podrían anularse los efectos inconstitucionales de una norma de una Constitución local que contraviniera a la Carta Magna? Planteemos esta hipótesis. Una Constitución local es reformada para permitir la reelección encubierta de un gobernador interino en el mismo período en que desempeñó este cargo. El período gubernativo abarca, en la hipótesis de 1990 a 1996. El gobernador electo falta al cabo de los dos primeros meses de haber tomado posesión por muerte repentina. Se designa a un interino, el cual, después de año y medio convoca a elecciones, postulándose él mismo como candidato para gobernador de 1992 a 1996 con base en preceptos expresos de la Constitución local. Como se sabe el artículo 116 de la Carta federal prohíbe que un gobernador interino, sustituto o provisional sea electo para el período inmediato, siempre que haya desempeñado el cargo durante los dos últimos años. La razón es evidente. Se trata de que no se vincule el período en que gobernó con el que correspondería cubrir en caso de ser electo, existiendo el riesgo de que empleara en su beneficio su calidad de funcionario público del más alto nivel y su influencia política antes y durante el proceso electoral. Ahora bien, sólo una interpretación superficial del 116 constitucional podría llevar a la conclusión de que como la prohibición se refiere al "período inmediato", nada impi-

de que un gobernador interno sea electo en el mismo período, pasando directamente de un cargo a otro, siempre con carácter de gobernador. Es obvio que la ratio legis del 116 opera y rige en nuestra hipótesis, pues de lo que se trata es de evitar que se produzcan dos "gubernaturas" sucesivas bajo la responsabilidad de un mismo individuo. Por lo tanto la Contitución local, la Ley electoral y los actos de elección, calificación de la misma y toma posesión en su caso, en las condiciones descritas, del gobernador en cuestión, serían inconstitucionales. Ahora bien, ¿qué órgano, bajo que procedimiento y con qué bases legales ejercería funciones de control de constitucionalidad de todos estos actos? La Corte y el Amparo quedan descartados, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 73 y 116 de la Ley de Amparo transcritos. La respuesta es sencilla. No existe en nuestro sistema de control nada previsto para un caso de este tipo, en el cual, sin embargo, se estaría transgrediendo la Constitución federal.

Sería necesario esperar a que ese gobierno empezara a ejercer sus funciones para pensar en la posibilidad de combatir uno a uno los actos de autoridad que afectaran a particulares en casos concretos, mediante Juicios de Amparo. Pero la reforma constitucional, y los actos inmediatos derivados de ella, violatorios de la Carta federal, no podrían ser anulados en las condiciones en que actualmente se halla estructurado nuestro Sistema de control de constitucionalidad.

Sirvan estas hipótesis, que son sólo enunciativas, para demostrar que el Sistema de control de constitucionalidad mexicano es incompleto y claramente limitado. Fuera de los casos previstos en el artículo 105 de la Ley Suprema, es el Juicio de Amparo la base de este Sistema. Sin embargo, por ser un medio de control constreñido a la protección de las garantías individuales, - en todas las hipótesis presentadas, si se intentara anular los efectos de las violaciones a la Constitución vía Juicio de Amparo, éste sería improcedente o sería sobreseído (Arts. 73 y 75, Ley de Amparo). Los casos que hemos propuesto, en los que se producen transgresiones a la Ley Suprema no están contemplados en el Sistema de control mexicano. Consideramos por ende, suficientemente fundada nuestra afirmación sobre la necesidad de reformar los medios de control de constitucionalidad vigentes en nuestro país, - desechando por indemostrable la idea de que nuestra Constitución, actualmente está suficientemente protegida mediante el Juicio de Amparo. Procederemos ahora a plantear nuestras propuestas concretas.

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL ESTADO FEDERAL MEXICANO**
(Propuesta de creación)

El Sistema de control de constitucionalidad mexicano requiere de una profunda transformación. Durante casi siglo y medio el Amparo y el control de constitucionalidad en México han sido expresiones equivalentes. La evolución de nuestro Sistema de con--

trol se ha producido dentro de los límites estrictos de las modificaciones que ha experimentado el Juicio de Amparo. Esto significa, según lo expuesto en los apartados precedentes, que de 1857 a la fecha diversas cuestiones de constitucionalidad no han sido siquiera previstas en las Constituciones de nuestro país. - Algunas otras, como la inconstitucionalidad de las Leyes o de los actos con fuerza de Ley, han sido resueltas parcialmente y mediante fórmulas jurídicas complejas o forzadas. Hemos contado con un sólo instrumento de control por lo que hemos solucionado, satisfactoriamente, un sólo tipo de violaciones a la Constitución, pero solamente eso. Los esfuerzos teóricos y técnicos que se han realizado para perfeccionar el juicio de garantías y que configuran lo que genéricamente se analiza bajo el rubro "evolución del Amparo", no pueden ser útiles para mejorar lo que no se ha creado, ni para resolver lo que no se ha previsto. No se ha creado un Sistema integral de control de constitucionalidad, ni se han previsto más problemas de constitucionalidad que los que describen los artículos 103 y 105 de la Ley Suprema. Un Amparo desarrollado, mejor estructurado o "perfecto" en un caso extremo, sería un magnífico instrumento para proteger las garantías individuales contra actos de autoridad, pero no podría servir, por más que siga "evolucionando" para solucionar toda clase de transgresiones a la Constitución. - No es adecuado, ni productivo pretender que el Amparo sea eficaz para cumplir con finalidades totalmente ajenas a su naturaleza jurídica. Si continuamos por ese camino lograremos objetivos a medias o de manera imperfecta, ejemplo de lo cual es el Amparo con-

tra leyes. Por otra parte, tampoco es factible por supuesto, man tener un Sistema de control constreñido al Amparo, cuyos alcances se limiten a la protección de derechos individuales, dejando de lado cualquier otra clase de conflictos o cuestiones de constitucionalidad. De ahí la necesidad, a nuestro entender ostensible, de configurar un nuevo Sistema de control basado en la creación de un Tribunal Constitucional Federal que se encargue de manera exclusiva de ejercer funciones de control de constitucionalidad.

"El segundo sector en el cual encontramos una situación estática de nuestro juicio de amparo radica precisamente en la impugnación de las leyes inconstitucionales, es decir, en el "amparo contra leyes", en cuanto seguimos conservando un criterio que se está transformando no sólo en el derecho constitucional europeo a través de la creación de tribunales constitucionales específicos, sino también en varios países latinoamericanos, en los cuales se está abriendo paso la declaración general de inconstitucionalidad, como ocurrió ya desde hace tiempo en Colombia y Venezuela y más recientemente en Panamá, El Salvador y Costa Rica". (21)

Es importante señalar que el Dr. Fix, uno de los tratadistas que con mayor precisión ha profundizado en este tema, relaciona la existencia de un Tribunal constitucional con la declaración general de inconstitucionalidad de las Leyes.

Efectivamente una de las características del Sistema de control concentrado en el que se asigna la función de control a un sólo órgano de manera exclusiva, consiste en que las resoluciones

(21) Héctor Fix Zamudio, op. cit. pág. 158.

que determinan la inconstitucionalidad de las Leyes tienen efectos erga omnes. Sin embargo, es de advertir que no solamente este problema, aún existente en relación al Amparo, podría ser resuelto adecuadamente por un Tribunal constitucional, sino también todas las hipótesis a las que nos referimos en el apartado anterior y varias más que señalaremos más adelante. (22) En relación a las ventajas e inconvenientes que normalmente se atribuyen a los diversos Sistemas de control, nos remitimos al segundo capítulo de esta obra.

Es de señalarse que el propio Fix Zamudio, a pesar, de pronunciarse a favor de la declaración general de inconstitucionalidad de las Leyes, no propone concretamente la creación de un Tribunal constitucional en nuestro país. Este ilustre tratadista ofrece una alternativa distinta para cumplir con el mismo propósito, al advertir, según su perspectiva, que la introducción del criterio de la declaración general es difícil de aceptar en nuestro medio por el peso de la tradición de más de un siglo en favor de la relatividad.

"Nos atrevemos a proponer que cuando el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país establezca en jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones que señala el artículo 192 de la Ley Reglamentaria del juicio de Amparo, que determinado pre-

(22) Véase el último párrafo de este capítulo.

cepto es inconstitucional, el quinto fallo se publique - en el Diario Oficial de la Federación y a partir de ese momento dicha disposición legal quede sin efecto para el futuro, sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva." (23)

A favor de la "tesis Fix Zamudio" se pronuncia Horacio Aguilar Alvarez.

"Fix Zamudio finalmente propone que se continúe la - tímida evolución del amparo iniciada en 1951 y reavivada en 1968; con la introducción de la declaración general - de inconstitucionalidad.

No tenemos ningún escrúpulo en suscribir en todos y - cada uno de sus términos la tesis de Fix Zamudio, de la que aquí nos hemos permitido hacer una síntesis, pues no cabe duda de que puede ser calificada como magistral e - impregnada del genio extraordinario y técnico de su au-- tor." (24)

Nos parece que esta postura, inscrita según sus defensores,- en la "tímida evolución del amparo", no es necesaria si en su lugar se da el paso definitivo de establecer el Tribunal Constitu-- cional del Estado Federal mexicano.

Consideramos que esta opción "intermedia o evolutiva", impli- ca un nuevo intento por resolver lo que no es resoluble por medio del Amparo. Es decir, se insiste, una vez más, en basarse en el - Juicio de Garantías para modificar y llegado el caso perfeccionar nuestro Sistema de control de constitucionalidad. El Amparo debe mantenerse como medio de control de constitucionalidad de actos - de autoridad, stricto sensu, que lesionen garantías individuales. -

(23) Héctor Fix Zamudio, op. cit. pág. 193.

(24) Horacio Aguilar Alvarez, op. cit. pág. 135.

Los instrumentos jurídicos de control de leyes y actos con fuerza de Ley que vulneren la Constitución, aunque no necesariamente su parte dogmática, deben ser otros diferentes al Amparo. Ya señalamos - los inconvenientes de forzar al Juicio de Garantías para solucionar cuestiones de constitucionalidad, de naturaleza distinta a la del Amparo. Como dijimos, normalmente lograremos soluciones parciales e imperfectas.

Esta propuesta del Dr. Fix Zamudio por fundamentarse necesariamente en el Juicio de Amparo presenta los siguientes inconvenientes:

A) La jurisprudencia de la Corte es en términos generales - producto y reflejo genuinos de la alta dignidad y jerarquía del más elevado Tribunal del Estado. Sin embargo, no olvidemos que - la Corte son los ministros y que los ministros sostienen a veces criterios más bien basados en la tradición que en la razón. Desde nuestro punto de vista, consideramos que debe abandonarse esa actitud reverencial y esa confianza irrestricta en la jurisprudencia de la Corte fuertemente cargada con frecuencia, de preferencias subjetivas y de prejuicios ideológicos. Ya no debe ser --- "obligatoria la jurisprudencia de la Corte", como argumento de - autoridad científica, sino sólo en tanto criterio de interpretación de las leyes en los términos y con los alcances que le fija la propia Ley.

B) La publicación del quinto fallo para formar jurisprudencia, en el Diario Oficial, tendría que implicar la derogación de la facultad del Poder Legislativo para emitir normas relativas a la materia contenido de la Ley declarada inconstitucional, lo cual significaría una inaceptable invasión de la competencia del Congreso por el Poder Judicial. Si se mantuviera vigente en cambio, la posibilidad de que el órgano legislativo legislara en la materia, podría producirse la emisión de una nueva Ley que contradijera la jurisprudencia de la Corte, en cuyo caso, lo que se presentaría entonces sería un conflicto de Poderes.

C) Esta propuesta no está muy lejos substancialmente de la celeberrima tesis de Tocqueville relativa al efecto paulatino de las decisiones judiciales que "golpe a golpe" nulifican la Ley inconstitucional. De acuerdo a la Tesis de Fix Zamudio, habría que esperar a que se formara jurisprudencia para que el quinto fallo "asestara el golpe final" a la Ley violatoria de la Constitución; mientras tanto, esa Ley se seguiría aplicando a lo largo de un tiempo de duración impredecible. Lo lógico, lo sensato es que el medio de control de constitucionalidad destruya lo más pronto posible los efectos del acto violatorio de la Constitución y abroque, en su caso, de inmediato, la Ley que la contradice. La lentitud y la incertidumbre son dos objeciones que parecen insalvables cuando para derogar una Ley contraria a la Constitución hay que esperar a que se integre jurisprudencia, sin ninguna certeza de que se integrará.

Estos inconvenientes no se presentarían si un Tribunal constitucional emitiera una resolución, que tendría que ser definitiva e inatacable, declarando la inconstitucionalidad de la Ley.

Por otra parte, el Tribunal cuya creación proponemos, no sólo estaría facultado para revisar la constitucionalidad de las leyes, sino para conocer de muchas otras cuestiones de constitucionalidad que enunciaremos más adelante. La propuesta de Fix Zamudio intenta resolver solamente el problema del Amparo contra leyes. Nosotros insistimos, en cambio, en la necesidad de estructurar cabalmente un Sistema de control de constitucionalidad integral, dentro del cual quedaría comprendido el Juicio de Amparo.

TENDENCIA HACIA LA CREACION DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMERICA LATINA

Es indiscutible y ha sido ampliamente explorada la influencia que en América ha tenido el Amparo mexicano. Muchos sistemas constitucionales de nuestro continente han establecido instituciones protectoras de derechos individuales similares a nuestro Juicio de Garantías. Pues bien, nada impide que en México pueda ser útil la experiencia de otras Naciones del continente relativa a la solución de otros conflictos constitucionales distintos a la violación de garantías individuales. En América, no debe haber

la menor duda, la tendencia predominante es la de adoptar sistemas de control de constitucionalidad concentrados, inspirados en el modelo austriaco.

Inclusive, Canadá, cuyo sistema de control es prácticamente idéntico al consuetudinario "Judicial review" norteamericano, ha incorporado formas de control de orientación europea. En esta Nación, la Corte Suprema y en ciertos casos los Supremos tribunales provinciales, a petición del primer ministro, de los gobiernos de las provincias o de las legislaturas locales o de la Unión, se pronuncian sobre la constitucionalidad de una Ley. A este mecanismo se le denomina "reference cases" y constituye una opinión, en principio sólo consultiva, en relación a la constitucionalidad de la Ley, que se publica en forma de sentencia, y se obedece como si fuera obligatoria por las autoridades, las cuales no aplican más la norma inconstitucional. Lo relevante de estos "reference cases", es que la resolución de la Corte tiene efectos generales y por ende, la Ley nunca se vuelve a aplicar.

En Brasil, junto al tradicional mandado de segurança y al habeas corpus, existe la posibilidad de impugnar una Ley tanto en vía de excepción dentro de un proceso, mecanismo típico del Sistema de control difuso, como mediante una acción directa de inconstitucionalidad.

"É interessante notar que a declaração de inconstitucionalidade, na via da exceção, possui apenas efeito particular ou inter partes, ao passo que aquela que ocorre no bojo de uma ação directa tem efeito geral ou erga omnes.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, incumbe ao Senado suspender, no todo ou em parte, a lei ou o ato normativo impugnados (art. 52, X)." (25)

Otra clara influencia del modelo europeo se percibe en Colombia, Estado en el cual dentro de la Suprema Corte se ha creado una Sala especial de constitucionalidad. Entre ésta y el Pleno se distribuyen las cuestiones de constitucionalidad sujetas a control. Al igual que en Venezuela, Salvador y Panamá, existe acción popular contra leyes violatorias de la Carta Magna, además de la vía de excepción, y lo más importante, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley tiene efectos erga omnes.

Por último son de mencionarse los Estados en que la influencia del Sistema concentrado de control ha conducido al establecimiento de Tribunales o Cortes constitucionales, del mismo tipo de las europeas.

Tales casos son los de Perú, Guatemala, Chile y Ecuador.

(25) Enrique Ricardo Lewandowski, "Notas sobre o control da constitucionalidade no Brasil", en "Justicia constitucional comparada", UNAM, México, 1993, pág. 64.

En Perú existe desde 1980 el Tribunal de Garantías Constitucionales competente para conocer en última instancia de los recursos de habeas corpus y amparo. Resuelve asimismo de las acciones de inconstitucionalidad de leyes, teniendo sus decisiones -- efectos erga omnes.

En Guatemala funciona la Corte de constitucionalidad cuyas - atribuciones incluyen la resolución de amparos y de recursos de - inconstitucionalidad. Cuando su resolución versa sobre leyes o - actos con fuerza de Ley contrarios a la Constitución, la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos derogatorios o abroga torios de la Ley, según se refiera a una parte o a la totalidad de la misma.

El Tribunal constitucional chileno -suspendido momentaneamente al inicio del régimen de Pinochet y reincorporado a la vida - institucional durante la propia dictadura militar- y el Tribunal de Garantías constitucionales ecuatoriano, poseen sendos ámbitos competenciales de una amplitud considerable y están facultados am bos para verificar la constitucionalidad de leyes, inclusive de - oficio, en ciertos casos. La declaratoria de inconstitucionalidad de una Ley en Chile tiene efectos generales y en Ecuador constituye una decisión imperativa y obligatoria para cualquier autoridad, la que en caso de desobediencia incurre en responsabilidad.

No parece haber duda sobre cuál es la tendencia actual en nuestro continente en materia de control de constitucionalidad en general y de declaratoria de inconstitucionalidad de leyes específicamente. Es de advertirse además que Tribunales como el chileno y el ecuatoriano conocen de controversias constitucionales diversas, relativas a invasión de competencias, constitucionalidad de tratados internacionales, conflictos de poderes constituidos y constitucionalidad de reglamentos del Ejecutivo, lo que los convierte en órganos de control concentrado idénticos a los europeos.

Composición y Competencia del Tribunal Constitucional del Estado Federal Mexicano

En este último apartado abordaremos estas tres cuestiones en tanto elementos genéricos de la propuesta que hacemos en el sentido de crear un Tribunal constitucional en nuestro país:

- A) Características generales del Tribunal y distribución de competencias básica entre él y los Tribunales federales ordinarios;
- B) Composición tentativa del Tribunal constitucional;
- C) Cuestiones y controversias constitucionales que en principio integrarían su competencia.

Entiéndase en suma, que presentamos, para concluir esta obra, sólo lineamientos generales que orientarían la creación del Tribunal y no el proyecto de reforma constitucional desarrollado, ni el de su Ley orgánica en la que se pormenorece su estructura, funcionamiento y ejercicio de atribuciones.

A) Características del Tribunal y distribución de competencias entre él y los Tribunales federales ordinarios

El Tribunal será un órgano jurisdiccional dotado de atribuciones expresas y de un ámbito competencial exclusivo y excluyente. Sus características corresponderán a los órganos encargados de ejercer la función de control de constitucionalidad de los Sistemas de jurisdicción constitucional concentrada. Sus resoluciones serán definitivas para todos los órganos del Estado federales y locales. Se trata de un Tribunal autónomo que no crea en cuanto a los demás poderes constituidos relaciones de supra-subordinación, sino de coordinación y colaboración en el marco de los principios generales de separación de funciones. Será el intérprete supremo de la Constitución con jurisdicción única y extensiva a todo el territorio del Estado. Este Tribunal, lejos de colocarse frente a los otros Poderes del Estado en posición de conflicto, guarda ante ellos una situación de independencia indispensable para cumplir su función de control y por medio de ella de defensa de la Ley suprema.

Es de advertirse que la creación de este Tribunal requeriría de una profunda y cuidadosa reforma no sólo relativa al Poder Judicial Federal, sino, por supuesto a la Constitución de la República. La estructuración de un órgano de estas características - hace necesaria la inclusión y la modificación de varias normas - constitucionales. Sería aconsejable por ejemplo, meditar en cuanto a la posibilidad de incorporar a nuestro Sistema constitucional, instituciones de democracia semidirecta como la iniciativa popular, el referéndum o el plebiscito de cuya procedencia y realización tendría que juzgar este Tribunal.

Habría que reformar desde luego, esencialmente el capítulo relativo al Poder Judicial Federal, señaladamente los artículos - 103, 105 y 107, de la Carta Magna, no sin olvidar los preceptos relativos a la división de poderes en lo conducente y aquellos que regulan las facultades de cada órgano constituido federal. Sería necesario crear, en fin, un capítulo específico para establecer - las bases constitucionales del Tribunal que proponemos. Obviamente, como consecuencia de lo anterior, sería conducente la modificación a diversos ordenamientos secundarios y muy señaladamente a la Ley de Amparo y a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, - y en su momento, sería indispensable expedir la Ley orgánica del Tribunal constitucional del Estado federal mexicano.

Centrémonos de momento en las reglas básicas que regularían el nuevo sistema de distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal constitucional.

A) El Tribunal constitucional conocería exclusiva y excluyentemente de cuestiones de constitucionalidad y del Juicio de Amparo, en tanto el Poder Judicial de la Federación se encargaría de realizar funciones relativas a la justicia ordinaria federal.

B) La Suprema Corte actuaría como tribunal superior en materias de jurisdicción ordinaria y se incluiría en su ámbito competencial el desahogo de todos aquellos juicios y recursos en materias administrativa, laboral, penal, civil, mercantil y especializadas que procedieran contra resoluciones de tribunales inferiores o que fuera indispensable agotar para que fuese procedente el Amparo. La Corte conservaría también aquellas facultades que actualmente tiene y que no se relacionan con el Juicio de Amparo.

C) Al realizar esta función la Corte podría auxiliarse, de considerarlo oportuno, en los Tribunales Colegiados, por razones de cuantía, cargas de asuntos por resolver o por materia de juicio, con el objeto de desahogar en forma expedita las cuestiones de su competencia.

D) La Corte volvería a emitir jurisprudencia obligatoria sobre cuestiones de legalidad, eliminándose la inconveniencia de que los Colegiados puedan fijarla con los riesgos consiguientes de contradicciones entre ellos.

E) La jurisprudencia de la Corte sería obligatoria para todos los tribunales federales y los locales excluido el Tribunal Constitucional.

F) La jurisprudencia de este Tribunal vincularía a todos los Tribunales del Estado, incluida la Suprema Corte.

G) Los Juzgados de Distrito dejarían de conocer de cualquier controversia relativa a cuestiones de constitucionalidad, eliminándose de su competencia el desahogo de "Amparos contra leyes" y de "Amparos Garantías". Estos juzgados serían tribunales de primera instancia de jurisdicción federal ordinaria.

H) En síntesis, el control de constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria quedarían totalmente separados, correspondiendo ejercer el primero al Tribunal constitucional y encargarse de la segunda al Poder Judicial Federal.

B) Composición del Tribunal Constitucional

Desde luego, este es uno de los aspectos más relevantes y más delicados de la propuesta que presentamos.

La funcionalidad y la eficacia del Tribunal constitucional dependerán en gran medida de las características de quienes lo integren, de su capacidad e imparcialidad al emitir sus resoluciones y de los mecanismos que se establezcan para su designación.

Los magistrados que formen parte de este Tribunal tendrán - que reunir requisitos mucho más difíciles de cumplir que los que hoy se exigen para ser miembro de la Suprema Corte.

Por ejemplo, no será suficiente poseer título de abogado con una antigüedad determinada, sino además acreditar profundos conocimientos en materia constitucional y político-administrativa y someterse a exámenes de aptitud. Será necesario también haberse distinguido en el ámbito de la judicatura, de la enseñanza universitaria del Derecho constitucional nacional y del Derecho constitucional comparado, entre otros requisitos más.

Su designación deberá corresponder de manera equilibrada a los Poderes constituidos federales, mediante sistemas de votación rígidos y cuidadosamente meditados en función de la composición real que por experiencia se sabe que corresponde por ejemplo, al Congreso de la Unión. Esto con el afán de evitar que su designación se convierta en objeto de negociación o transacción política.

Last but not least, habrá que dotar a los magistrados de las protecciones constitucionales y legales necesarias para garantizar la imparcialidad de sus resoluciones. Los magistrados del Tribunal deberán ser inamovibles durante el tiempo de su encargo, el cual sólo perderán por responsabilidad en el desempeño del mismo o por la aparición de causas supervinientes que los inhabili-

ten para ejercerlo. La calidad de magistrado será, por supuesto, incompatible con cualquier otra función pública o privada, excepto las relativas a actividades culturales, docentes o educativas.

C) Competencia del Tribunal

En principio, las atribuciones de que estaría dotado el Tribunal para ejercer la función de control de constitucionalidad, serían las siguientes:

El Tribunal constitucional es competente para juzgar, con los efectos que se señalan en cada caso, de:

1.- El recurso de inconstitucionalidad contra reformas totales o parciales a la Constitución Federal, la expedición y reforma total o parcial de las Constituciones locales y del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, a partir de su publicación y a petición de:

- A) El Presidente de la República
- B) El 20% de los miembros de la Cámara de Diputados
- C) El 15% de los miembros de la Cámara de Senadores
- D) Los Gobernadores de las entidades federativas
- E) El 20% de los integrantes de la legislatura de una entidad federativa

F) El Jefe del Distrito Federal

G) El 20% de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

En el caso de los incisos D) y E), el recurso sólo será procedente cuando la reforma afecte el ámbito de Autonomía de la entidad federativa que lo haya promovido. En tratándose de los incisos F) y G) el recurso sólo procederá cuando la reforma afecte el ámbito de Autonomía del Distrito Federal. La decisión del Tribunal tendrá efectos generales.

2.- El recurso de inconstitucionalidad contra leyes o reformas a las leyes federales y locales, reglamentos o reformas a reglamentos federales y locales y actos con fuerza de Ley, excluidos los tratados internacionales, a partir de su publicación, a petición de los mismos sujetos legitimados en el numeral 1) de este precepto, en los términos y condiciones previstas en su último párrafo. La resolución del Tribunal tendrá efectos generales.

3.- La constitucionalidad de los Tratados internacionales, a partir de su aprobación por el órgano que al efecto esté atribuido por la Constitución federal. Hasta en tanto sea emitida la resolución del Tribunal, se mantendrá en suspenso la entrada en vigor del Tratado. La declaratoria de inconstitucionalidad del Tratado impedirá de manera definitiva su entrada en vigor. Están legitimados para plantear la inconstitucionalidad del Tratado:

- A) El 20% de los integrantes de la Cámara de Diputados
- B) El 15% de los integrantes de la Cámara de Senadores
- C) El 20% del total de las legislaturas locales del Estado - Federal, incluida la Asamblea de Representantes del Distrito Federal
- D) El .5% de los ciudadanos mexicanos inscritos en el padrón de electores, poseedores de credencial electoral para votar

4.- La cuestión de constitucionalidad. En el caso de que un Juez o cualquiera de las partes que intervienen en la causa de que éste conoce, considere que una Ley que deba ser aplicada en el curso del proceso o para su resolución, contraviene la Constitución del Estado, habrá surgido una cuestión de constitucionalidad. El planteamiento de esta cuestión ante el Tribunal constitucional será hecho por el Juez a quo por determinación propia o a instancia de parte. Hasta en tanto el Tribunal constitucional decida sobre la constitucionalidad de la Ley el proceso queda suspendido. La resolución del Tribunal tendrá efectos generales, sea en el sentido de anular la Ley o declararla conforme a la Constitución.

5.- El Juicio de Amparo por violación a los derechos conferidos por la Constitución en sus diversos preceptos, al hombre y al ciudadano, comprendidos los derechos políticos y los sociales, por

actos de cualquier autoridad federal, local o municipal, distintos a las leyes y reglamentos. Se excluye la materia contencioso-electoral.

Los efectos de la sentencia del Tribunal tendrán alcances particulares, limitados al caso especial sobre el que verse la demanda, la cual deberá ser siempre presentada a instancia de parte agraviada.

6.- Los conflictos por invasión de competencias entre los Poderes constituidos federales del Estado, a petición de alguno de ellos. La resolución del Tribunal tendrá efectos generales.

7.- Los conflictos de competencias constitucionales entre los Poderes constituidos locales, comprendidos los que surjan entre los órganos locales del Distrito Federal entre sí, cuando alguno de ellos ocurra ante el Tribunal constitucional. Los alcances de su resolución serán generales.

8.- Los conflictos constitucionales entre los poderes locales de una entidad federativa con los de otra, cuando ocurra alguno ante el Tribunal Constitucional. La resolución del mismo tendrá efectos generales.

9.- Los conflictos por invasión de autonomías entre los Poderes constituidos federales y los Poderes constituidos locales,

cuando alguno de ellos se dirija con ese motivo al Tribunal constitucional. Su decisión tendrá efectos generales.

10.- Las cuestiones de constitucionalidad de leyes y actos con fuerza de Ley y las controversias entre poderes constituidos federales o locales y uno o más municipios de los que se derive lesión de autonomía de uno o más ayuntamientos.

Si se compara el único medio de comprobación de constitucionalidad vigente en nuestro país, con la estructura compleja de control que proponemos, se observará que ésta última supera ampliamente las limitaciones del primero y se traduce por consecuencia, en un Sistema integral de control de constitucionalidad con alcances suficientes para preservar, eficazmente, la vigencia de la Ley Suprema y del Estado de Derecho.

Recordemos que un "estado de constitucionalidad", depende en gran medida de la adecuada conformación de un Sistema de control de constitucionalidad; y que, éste será efectivo y funcional en tanto provea a los Poderes constituidos y a los gobernados, de mecanismos jurídicos tales que, a través de su utilización en cada conflicto constitucional, sea posible conjurar los efectos anti-constitucionales de cualquier acto de autoridad desde la más modesta hasta la más encumbrada.

CONCLUSIONES

1.- La "constitucionalidad" de los actos de autoridad lato sensu, es la calidad que los caracteriza cuando se ejercen conforme a los términos y a las prescripciones de la Constitución. La "inconstitucionalidad" del ejercicio del Poder público se produce, en cambio, cuando el acto de autoridad vulnera las disposiciones de la Ley Suprema. La "legalidad" e "ilegalidad" de los actos de autoridad se determina con base en la misma relación entre el marco jurídico y el ejercicio del Poder del Estado, solamente que, - en este caso el punto de referencia normativo no es la Constitución, sino la correcta aplicación de la Ley, adjetiva o substantiva.

2.- La comprobación de la coincidencia de los actos de autoridad con las disposiciones constitucionales y la eventual destrucción de los efectos de aquellos actos que infrinjan esas disposiciones, al ser realizados por los órganos del Estado o por los servidores públicos, se denomina "control de constitucionalidad". Los instrumentos normativos previstos en la propia Constitución, - que con base en determinados procedimientos y con ciertos efectos jurídicos se emplean para efectuar el examen sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, son los "medios de control de constitucionalidad". Estos medios de control, los procedimientos que regulan su aplicación, los órganos que realizan las funciones

de control y los efectos de sus resoluciones integran los "Sistemas de control de constitucionalidad".

3.- La verificación de la constitucionalidad de los actos de autoridad es indispensable porque el ejercicio del Poder público no necesariamente, en todos los casos, coincide con el marco jurídico que lo norma. El "Estado de Derecho", basado en el principio de que la norma organiza, regula y delimita al Poder, esta descrito en normas constitucionales. Esta descripción pertenece al mundo del "deber ser". El juicio sobre la constitucionalidad de los actos de los Poderes públicos, para ser válido, debe someter al "Estado de Derecho" al examen de su correspondencia o no correspondencia con el origen, las formas, los medios, los límites e inclusive las finalidades del ejercicio del Poder de que están investidas las autoridades, desde las más encumbradas, hasta las más modestas, tal como se manifiesta en la realidad, es decir, en el mundo del "ser".

4.- A la descripción y prescripción contenidas en el texto constitucional, sobre cómo debe ser ejercido el Poder del Estado en forma de actos de autoridad, debe añadirse el examen concreto sobre cómo se ejerce efectivamente en la práctica. El control de constitucionalidad es uno de los instrumentos que sirven para realizar este examen cuya finalidad concreta es la "defensa de la Constitución" y del "Estado de Derecho", cuya existencia y sobre-

vivencia se debate en una lucha permanente entre dos fuerzas que se disputan la hegemonía (Derecho y Poder), no obstante lo prescrito en las disposiciones de la Ley Suprema, por claras, inequívocas o técnicamente adecuadas que éstas puedan ser.

5.- La caracterización de los distintos Sistemas de control de constitucionalidad debe hacerse siempre con la reserva de que los diversos elementos que tipifican a uno y a otro, pueden presentarse entremezclados. La asignación de la función de control a un órgano político, denominado así por su conformación y por los procedimientos que regulan su actividad, ha caído prácticamente en desuso. Cada vez se confía menos en la eficacia del control de constitucionalidad ejercido por un órgano distinto a los Poderes constituidos y colocado frente a ellos en una posición de supraordinación, o por uno de los propios Poderes del Estado de naturaleza política (ejecutivo y legislativo), al que se le confiere la misión de control, adicional a su competencia ordinaria. El Conseil Constitutionnel francés es el órgano de control actualmente en funciones, considerado como "órgano político" por antonomasia, si bien es cierto que entre él y sus predecesores Senados napoleónicos y Comité constitucional de la IV República hay importantes diferencias.

6.- La asignación de la función de control a un órgano jurisdiccional, es decir, a un Tribunal, prevalece en la mayoría de los Estados que cuentan con medios de control de constitucionalidad.-

Los dos grandes Sistemas de control jurisdiccional, el "concentrado o austriaco" y el "difuso o americano", están configurados por elementos que si bien les son propios o característicos en principio, suelen aparecer combinados o entremezclados en algunos casos. La llamada vía de excepción o vía indirecta para plantear la inconstitucionalidad, típica del Sistema norteamericano, se encuentra frecuentemente regulada en Sistemas "concentrados" como el español o el alemán. Los efectos particulares de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los actos de autoridad, conaturales al Sistema "difuso", se producen con ese mismo carácter, en ciertos casos, dentro de los sistemas inspirados en el modelo austriaco. La "vía de acción", en fin, típica del Sistema concentrado, es la regla que rige en algunos Sistemas influidos por el norteamericano; tal es el caso del Juicio de Amparo mexicano. Es de señalarse que la tendencia predominante en la actualidad es la del establecimiento de Tribunales constitucionales, de corte europeo, conforme al modelo de control concentrado.

7.- Para caracterizar adecuadamente a un Sistema de control de constitucionalidad concreto, es necesario analizarlo al margen de cortabones rígidos e inflexibles, examinando la composición del órgano que ejerce la función de control, los procedimientos que regulan su actuación, la amplitud de su competencia y de los sujetos legitimados en cada caso para plantear la inconstitucionalidad de los actos de autoridad, y los efectos de las resoluciones

que recaigan a esos planteamientos. El resultado de este examen no deberá constreñirse a definir si el Sistema en cuestión es -- "concentrado o difuso", sino más importante aún, deberá determinar el grado de eficacia real en que este Sistema asegura adecuadamente, desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo, la vigencia de la Constitución del Estado.

8.- El sistema de control concentrado de origen austriaco, creación del ilustrísimo Hans Kelsen, se denomina así porque confiere la función de control a un Tribunal único, dotado de una jurisdicción excluyente. La primera Corte constitucional europea, establecida conforme a este modelo fue, desde luego, la austriaca. - Este órgano es el único que conoce de cuestiones de constitucionalidad, (jurisdicción excluyente), aunque no es ésta la única materia que integra su competencia. En Austria, como característica connatural al Sistema concentrado, el control de constitucionalidad y el control de legalidad están claramente diferenciados, correspondiendo el ejercicio de este último a los tribunales ordinarios.

9.- Cuatro son los grandes rubros en que puede resumirse la competencia de este Tribunal en materia de control de constitucionalidad: control de leyes, ordenanzas administrativas y actos con fuerza de Ley; control de tratados internacionales; conflictos de competencia entre órganos constituidos; y protección de derechos

individuales. En los tres primeros casos, la resolución del Tribunal tiene alcances generales. En la última tiene efectos particulares.

10.- No existe la menor duda de que el modelo austriaco ha ejercido una influencia absoluta en Europa, continente en el que existen Tribunales constitucionales tanto en los grandes Estados (Alemania, Italia, España), como en aquellos de menor peso político, - (Mónaco, Liechtenstein, Portugal). Esta influencia se percibe - claramente en la actualidad aún en el continente americano, en el que hasta hace poco tiempo el Sistema difuso o norteamericano era omnipresente.

11.- El establecimiento de la Corte Costituzionale italiana en la Constitución de 1948, representa un avance en materia de control de constitucionalidad. Antes de la existencia de la Corte - operaba en Italia un Sistema de control estrictamente formal, restringido a verificar si la ley había sido formulada con apego al procedimiento legislativo previsto en las normas supremas. En el caso del nuevo régimen italiano surgido de la segunda guerra mundial, es fácil advertir el valor concreto que tuvo la creación de la Corte, institución garante del "Estado de derecho", bajo cuyos principios habría de organizarse en lo sucesivo, la vida de una - sociedad poco tiempo atrás asfixiada por estructuras totalitarias.

12.- El Sistema de control italiano reviste las características esenciales del modelo austriaco. Se trata de una jurisdicción exclusiva, confiada sólo a una Corte (control concentrado); este órgano no actúa de oficio y conoce de cuestiones constitucionales - con base en un proceso, a instancia de un sujeto de derecho legítimado para ponerlo en movimiento con el objeto de que resuelva - una "litis"; los efectos de sus decisiones tienen alcances generales y no admiten recurso alguno revistiendo carácter de "cosa juzgada".

13.- La competencia de este Tribunal constitucional no es tan amplia como la del austriaco, en virtud de que en su ámbito no se - contempla el control de la correspondencia entre los tratados internacionales y la Ley Suprema, ni la protección de derechos fundamentales, los cuales se garantizan a través de medios de control de legalidad.

14.- Mucho se ha discutido y con razón, sobre la "constitucionalidad" del origen de la V República francesa, creada mediante un procedimiento aprobado en el año de 1955 que habilitaba al Gobierno para reformar la Ley fundamental en vigor, que era la Constituición de 1946. Existe unanimidad de criterios en cuanto a que ese procedimiento no autorizaba la elaboración de una nueva Constituición, sino sólo la reforma de la existente. Con base en él se expidieron las dos famosas leyes de 1958, una "constitucional" y - otra "de plenos poderes", que sirvieron de "fundamento jurídico"

a de Gaulle para expedir la Constitución de la V República, ese mismo año. Convalidada posteriormente por un referéndum, nació la Carta Suprema de Francia, todavía en vigor, aunque reformada al principio de los sesentas, a través de mecanismos jurídicos de validez tan dudosa como los que se emplearon para su creación.

15.- Una de las novedades de esta Constitución fue el establecimiento de un órgano de control de constitucionalidad, de carácter político, denominado Conseil Constitutionnel, ideado como un mecanismo que asegurara el respeto del nuevo equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo de la V República, distinto a los Tribunales constitucionales europeos de naturaleza jurisdiccional. Una de las primeras decisiones importantes que tuvo que tomar el Consejo en 1962, se refirió a la constitucionalidad del procedimiento empleado por de Gaulle para reformar la reciente Constitución del 58, a efecto de elegir por sufragio directo al Presidente de la República. El mecanismo del "héroe de la resistencia" fue notoriamente inconstitucional pues no hizo pasar por las Asambleas el proyecto de reforma, sino lo sometió directamente a referéndum. El Consejo al ser llamado a pronunciarse sobre la validez de la modificación a la Ley Suprema, resolvió de la siguiente manera: - la reforma es inconstitucional, pero el Consejo nada puede hacer al respecto, pues la voluntad popular ha purgado el vicio de inconstitucionalidad. La conclusión que se desprende de este episodio parece obvia: el pueblo francés no emitió un voto favorable a

la reforma con el propósito consciente de purificar un acto inconstitucional de origen; el pueblo votó a favor de un individuo, de un nombre y de un prestigio.

16.- El Consejo constitucional de Francia ha desempeñado un papel muy importante como arbitro de conflictos entre los Poderes legislativo y ejecutivo de la V República. De acuerdo a la mayoría de los estudiosos del Derecho Constitucional francés, el Consejo ha servido de garante del "Etat de Droit" y no se ha manifestado como factor de desequilibrio, a pesar de sus caracteres de órgano de control de corte político. El Consejo ha procurado actuar con prudencia, dentro de los límites estrictos que le señala la Ley Suprema, fuera de los cuales, salvo ciertos casos excepcionales, se declara incompetente. Las leyes emanadas de un referéndum, los actos del ejecutivo que dependen del control de jurisdicciones ordinarias o administrativas y las leyes en vigor, no son materia de control de constitucionalidad.

17.- El Tribunal constitucional federal alemán es la institución más importante del Estado surgido de la segunda guerra mundial. - Se trata de un órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad, cuya inclusión en el texto de la Grundgesetz, constituye una novedad en el Derecho público alemán. Este Tribunal ejerce como todos los órganos de control, políticos o jurisdiccionales, de Sistemas difusos o concentrados, una función política al controlar la constitucionalidad de los actos de los Poderes del Estado.

18.- Esta afirmación debe tomarse en estos términos. La substancia de todo conflicto constitucional es necesariamente política, como político tendrá que ser en esencia, el carácter de la decisión que lo resuelva, aunque esté revestida de formas judiciales. Entiéndase que esto no es óbice para que la resolución en sí misma y los criterios y motivaciones que la animen se fundamenten en la Ley. Lo que tratamos de destacar es que cualquiera que sea el órgano que ejerza la función de control, representa la fuerza o posición política que salvaguarda la vigencia de la Constitución, mientras que el órgano controlado que la vulnera se manifiesta como la fuerza de la anticonstitucionalidad. Para dilucidar un conflicto político en esencia mediante formas y procedimientos normativos y con base en la objetividad de la propia Ley Suprema, el Poder controlador se sitúa, ante los otros órganos del Estado, en un plano de autonomía, y no de confrontación.

19.- La estructura, la organización, el funcionamiento y la competencia del Bundesverfassungsgericht, corresponden a la de un órgano que ejerce la función política de defensa de la Grundgesetz, por medio del control de constitucionalidad, en situación de autonomía frente a los órganos constituidos del Estado, con base en procedimientos y fundamentos estrictamente jurídicos. El complejo mecanismo de designación de los jueces que integran este Tribunal y las reglas para su periódica renovación, garantizan su imparcialidad y la objetividad de sus decisiones; su vastísima competencia permite que prácticamente ningún tipo de cuestión de

constitucionalidad quede fuera de su conocimiento y explica simul
táneamente el exitoso desempeño de uno de los órganos de control
de constitucionalidad más eficaces y mejor estructurados del mun-
do.

20.- El otro Tribunal europeo que presenta las notables caracte-
rísticas del alemán es el Tribunal constitucional español. Crea-
do por la Constitución de 1978, es el órgano de control más re---
ciente de los grandes Estados europeos. Al igual que el Bundes--
verfassungsgericht de Alemania, el órgano español se compone de -
magistrados cuyos procesos de nombramiento y renovación, además -
de estar equilibradamente repartidos entre diversas instancias, -
garantizan la eficacia e imparcialidad de sus integrantes, en vir
tud de los requisitos que deben cumplir para optar por el cargo.

21.- Además de la adecuada composición de este Tribunal y de la
idoneidad de los procedimientos que regulan el desahogo de las di
versas cuestiones de constitucionalidad de que conoce, su vastísi-
ma competencia incluye el conocimiento de controversias constitu-
cionales no previstas como materias propias de otros tribunales -
europeos. Es atribución del Tribunal constitucional español, por
ejemplo, la resolución de conflictos de competencias denominados
"negativos", entre órganos federales y locales, los cuales se pro
ducen ante la "negativa" de ambos, de ejercer determinado acto de
autoridad. Este tipo de cuestiones de constitucionalidad configu

ran una peculiaridad del Sistema de control español y una innovación en la materia.

22.- En Norteamérica, cuna del Sistema "difuso" de control, la Suprema Corte de Justicia, de más de doscientos años de antigüedad tiene a su cargo, en última instancia, la función de controlar la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad. Este órgano, que encabeza el Sistema difuso norteamericano, basado en los principios de supremacía constitucional, de rigidez constitucional, de revisión judicial y de "Stare decisis", ha sido y sigue siendo considerado por muchos tratadistas y estudiosos, paradigma de imparcialidad y ejemplo digno de emulación en materia de interpretación de la Ley suprema del Estado.

23.- El Sistema norteamericano, que funciona con base en normas escritas, en costumbres y tradiciones y en una práctica prudente de aplicación de la ley a casos concretos, durante mucho tiempo fue juzgado como el "mejor sistema de control de constitucionalidad, confiado a jueces integrantes de un 'Poder apolítico', altamente calificados, imparciales e independientes en sus juicios". Se pensaba y se piensa aún que este control jurisdiccional se erguía enhiesto como medio seguro de defensa de la Constitución frente a abusos o excesos de los otros Poderes, sin romper el principio de separación entre ellos y que poseía ventajas y cualidades inasequibles para el Sistema de Control por órgano político. La razón y la experiencia demuestran que todas las creen

cias sobre la perfección del Sistema difuso de control y específicamente sobre la Suprema Corte norteamericana, son mitos que se revelan una y otra vez si se estudian sin prejuicios, la composición de este órgano, el contenido y las motivaciones de una cantidad importante de sus decisiones y, muy señaladamente, la personalidad, la ideología y la capacidad real de un número representativo de los "sabios, impertérritos y arcanos seres privilegiados" - que lo integran.

24.- La eficacia, la objetividad, la imparcialidad, el apolitismo y cualesquiera otras cualidades que por principio y de manera exclusiva se atribuyen al Sistema "difuso", o son producto del desconocimiento real de este Sistema o de un análisis superficial de otros órganos jurisdiccionales y políticos de control, o bien de ambas cosas. En el fondo igualmente parciales e "ideologizadas" pueden ser las resoluciones de unos y otros órganos de control, resultando cuando menos ingenuo pensar que la Suprema Corte norteamericana posee una patente de inmunidad que la convierte en una instancia dedicada a juzgar "siempre con base en la Ley sin influencia política alguna" y a tomar decisiones que deriven exclusivamente de la más "fiel y autorizada interpretación del sentido y de los alcances de la Constitución". Es muy importante señalar que, mientras allende las fronteras del país del Norte, sigue existiendo en las academias y entre los académicos de América Latina un respeto reverencial por la Corte norteamericana, siendo frecuente aún evocar sus resoluciones como "argumen-

to de autoridad" e inclusive como "argumento de prestigio" para - quien las cita, los constitucionalistas de aquella Nación en se- rios y bien documentados estudios, se han encargado de destruir - los mitos creados en torno al Supremo tribunal, razonando sus -- bien fundamentadas conclusiones con argumentos lapidarios sobre - la sorprendente realidad del órgano inmaculado del que fuera pri- mer chief justice el "deificado juez Marshall".

25.- La influencia del sistema norteamericano en América latina fue determinante en la formación de los Sistemas de control de - prácticamente todos los Estados del continente durante el siglo - pasado y hasta hace muy poco tiempo. En México, el Juicio de Am- paro, en tanto medio de control de constitucionalidad, fue esta- blecido en las Cartas del 57 y del 17, con fundamento en la llama da "fórmula Otero" y en el Sistema "difuso" norteamericano. Debe puntualizarse que ambas fuentes de información fueron parcialmen- te comprendidas en los dos congresos constituyentes, teniendo co- mo resultado la creación de un Sistema mexicano de control limita do e incompleto.

26.- La fórmula Otero, la verdadera fórmula, fue incorporada al texto constitucional de manera fragmentaria. El medio de control de constitucionalidad de leyes que proponía don Mariano fue omiti do en ambas Constituciones. De la estructura integral ideada por el padre del Amparo mexicano, sólo se tomó el instrumento de con- trol de actos de autoridad, de cualesquiera de los poderes viola-

torios de garantías individuales, los cuales sólo podrían anularse a petición de parte agraviada con efectos particulares de la resolución respectiva. Por lo que respecta al Sistema norteamericano, su imitación y adaptación a un orden jurídico de origen y formación distintos produjo resultados medianamente satisfactorios. No podía ser de otra manera si se toma en cuenta que en el Derecho mexicano no existen o no operan de igual forma instituciones y principios jurídicos que son la base y que hacen posible el funcionamiento del Sistema "difuso" de control de constitucionalidad, a saber: Judicial review, doctrina de los precedentes y del Stare decisis, process of distinguishing, no obligatoriedad de las "obiter dicta" y obligatoriedad de la "ratio decidendi".

27.- El Juicio de Amparo surgido en estas circunstancias se caracteriza por ser un medio de control de constitucionalidad individualista y limitado. No compartimos la Tesis de quien lo descalfica como medio de control por estar constreñido a la protección de derechos de personas jurídicas unitaria o individualmente consideradas. Sus alcances limitados (aspecto cuantitativo del Amparo), no desvirtúan su naturaleza jurídica ni sus finalidades (aspecto cualitativo del Amparo). Se trata de un medio de control de constitucionalidad constreñido a la salvaguarda de los derechos individuales y sociales de las personas, otorgados por la Ley Suprema. Tampoco compartimos la postura de quien sostiene que por medio del Amparo se protege toda la Constitución e inclusive todo el orden jurídico del Estado mexicano. Hay una canti--

dad muy numerosa de conflictos y problemas de constitucionalidad que ni siquiera están previstos en la Constitución por lo que no forman parte del Sistema de control prescrito en sus artículos 103, 105 y 107. Existen además otras cuestiones de constitucionalidad que, debido a los fundamentos jurídicos y a la estructura normativa del Amparo no pueden resolverse adecuadamente a través de esta medio de control creado ex-profeso para la defensa de las garantías individuales únicamente.

28.- Una de esas cuestiones irresolubles mediante el Amparo y en relación a la cual esta Institución "hace crisis", es la de la inconstitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de Ley. Las soluciones que el Sistema mexicano de control ha propuesto, se han basado siempre en el Juicio de Amparo. La distinción entre leyes autoaplicativas y leyes heteroaplicativas que reconoce la Ley de Amparo vigente, sin emplear esta terminología, se refiere a momentos procesales para impugnar su inconstitucionalidad y a una eventual "desaplicación permanente particularizada" del ordenamiento considerado violatorio de la Ley Suprema. Esta diferenciación no resuelve sin embargo, el problema de fondo, a saber: hacer compatibles los caracteres de generalidad, impersonalidad y abstracción de la ley, con los efectos particulares, personales y concretos que por disposición constitucional corresponden a la sentencia de Amparo.

29.- Lo que ocurre es que la declaración general de inconstitucionalidad con efectos erga omnes que debe hacerse tratándose de leyes y reglamentos no puede alcanzarse a través de un medio de control (Amparo) que el propio Otero diseñó para combatir otro tipo de violaciones a la Ley Suprema en circunstancias y con efectos diferentes. Por más que se fuerce al "Amparo contra Leyes" para cumplir con estos propósitos, siempre se obtendrán a lo sumo, soluciones parciales e imperfectas, un ejemplo de las cuales es la propuesta de que: la anulación de la Ley inconstitucional se puede lograr una vez que se forma jurisprudencia, vía sentencias de Amparo, que declaren la contradicción entre la Ley y la Constitución, publicándose la última de ellas, la quinta, en el Diario Oficial de la Federación, dejando sin efectos, a partir de esos momentos, a aquélla.

30.- A esta alternativa puede objetarse principalmente que, de nuevo se trata de resolver mediante el Amparo lo que es por esta vía irresoluble, en lugar de dar el paso definitivo de crear el órgano y los instrumentos jurídicos necesarios e idóneos para lograr la declaración general de inconstitucionalidad de la Ley. Además, la anulación de la Ley sería lenta e incierta, pues habría que esperar a que se integrara jurisprudencia, si es que se integra, por un tiempo indefinido, siendo que lo razonable es que se destruyan lo más pronto posible los efectos del acto violatorio de la Constitución. Resulta natural e inobjetable esta conclusión: el Sistema de control de constitucionalidad es incomple-

to y el Amparo, que es su elemento principal, es un medio de control indiscutiblemente limitado y apto sólo para resolver un tipo de cuestiones de constitucionalidad.

31.- Además del caso de la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos, hay varias cuestiones de constitucionalidad que no están contempladas en el Sistema de control vigente en México y que justifican nuestra preocupación por reformarlo. Destacan los conflictos entre órganos constituidos por invasión de competencias, parcialmente previstos en el artículo 105 constitucional; la violación de derechos políticos, no considerados por la Suprema Corte, inexplicablemente, como derechos fundamentales del individuo; la inconstitucionalidad de origen de los tratados internacionales independientemente de su aplicación a casos concretos; violaciones a la Constitución federal por constituciones locales; entre otras. Ninguna de estas cuestiones de constitucionalidad podría ser resuelta por medio del juicio de Amparo, tal como éste se encuentra jurídicamente estructurado. Ya por no cumplirse los requisitos de la demanda, ya por alguna causa de improcedencia, una acción de Amparo cuyo acto reclamado fuera alguno de los señalados no tendría éxito alguno. Es necesario por ende crear los medios de control adecuados en cada caso para las cuestiones de constitucionalidad antes referidas, lo cual implica una reforma radical al Sistema de control existente en nuestro país.

32.- Los aspectos fundamentales del nuevo Sistema integral de control de constitucionalidad que proponemos son los siguientes:

- A) Creación del Tribunal constitucional del Estado federal mexicano, jurisdicción única y excluyente en materia de control de constitucionalidad;
- B) Este Tribunal emitiría resoluciones definitivas e inatacables con efectos erga omnes, salvo en el caso de Amparos iniciados a instancia de parte agraviada contra actos judiciales y administrativos sin fuerza de ley.
- C) El Tribunal constitucional sería competente para conocer de: el recurso de inconstitucionalidad contra reformas a la Constitución Federal, expedición y reformas de las Constituciones locales y del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; recurso de inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos federales y locales y tratados internacionales; la impugnación de leyes inconstitucionales "en vía de excepción"; el Juicio de Amparo por violación de derechos fundamentales; conflictos entre órganos constituidos; y de las cuestiones particulares por disposición de la Ley.

D) Los tribunales integrantes del Poder Judicial Federal, incluida la Suprema Corte ya no serían competentes en materia de control de constitucionalidad, quedando a su cargo el desahogo de cuestiones de jurisdicción ordinaria.

E) En síntesis, el control de constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria quedarían totalmente separados, correspondiendo el primero al Tribunal constitucional siendo competentes en cuanto a la segunda, los juzgados federales.

33.- Es de advertirse que nuestra propuesta se inscribe en la tendencia ostensible en América Latina a favor de la creación de Tribunales constitucionales de acuerdo al modelo europeo o "concentrado" de control de constitucionalidad. Cada vez más Estados latinoamericanos, se inclinan por el establecimiento de órganos de control "concentrado", ejemplo de lo cual son los casos de Guatemala, Chile, Perú y Ecuador. Otros, como Brasil y Colombia han estructurado instituciones de control similares a los órganos europeos. La inserción de México en esta línea de evolución de los órganos de control del continente americano representaría un avance de consecuencias positivas indiscutibles en nuestro Sistema de defensa de la Constitución.

34.- Un "estado de constitucionalidad" depende en gran medida de la adecuada conformación de un Sistema de control de constitucionalidad; éste a su vez, será efectivo y funcional en tanto provea

a los poderes constituidos y a los gobernados, de medios de control tales que, a través de su utilización en cada conflicto o cuestión de constitucionalidad, sea posible anular los efectos inconstitucionales de cualquier acto de autoridad, desde la más modesta, hasta la más encumbrada.

B I B L I O G R A F I A

- AGUILAR Alvarez de Alba H. "El Amparo contra Leyes", Ed. Tri--
llas, México, 1989.
- ALBERTINI, Pierre, "Le droit de dissolution et les systèmes Cons-
titutionnels français, Presses Universitaires, Paris, --
1977.
- ALLAN T.R.S. "The british model of representative government", -
en el constitucionalismo en los postrimerias del siglo -
XX, UNAM, México, 1988.
- BARRAGAN Barragán José. "Algunos documentos para el estudio del
origen del juicio de amparo 1812-1861, UNAM, México, 1987.
- BATTAGLINI Mario e MATTIA Minimi, "Codice della Corte Costituzio-
nale", Ed. Cedom Padova, Italia, 1964.
- BAUM Lawrence. "The Supreme Court", 4a. Ed., Universal Book --
traders, Ohio, 1992.
- BOBBIO, Norberto. "El Problema del Positivismo Jurídico", Fonta-
mara, 1991.
- "Estado, Gobierno y Sociedad, F.C.E. México, -
1989.
- e Pierandrei F., "Introduzione alla Costituzio-
ne", Editori La Terza, 3a. Edición, Bari, Italia, 1960.
- BOIS P. André, "Les Institutions Allemandes", Que sais-je?, París,
1971.

- BURDEAU, George. "Traité de Science Politique", V.I, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 10a. Ed. 1966.
- BURGOA Orihuela, I. "El Juicio de Amparo", Porrúa, 28a. Ed., México, 1991.
- "Derecho Constitucional Mexicano", Porrúa, -
3a. Edición, México 1979.
- CADART, Jacques, "Institutions Politiques et D. Constitutionnel",-
Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, -
1975.
- CANO Mata, A. "El Control de Garantías por el Tribunal Constitu-
cional y otros estudios". Editora Revista de Derecho Pri-
vado, Madrid, 1985.
- CANUDAS, Luis Felipe. "La irreformabilidad de las decisiones po-
líticas fundamentales", (artículo), 1934.
- CAPPELLETTI, Mauro. "La Justicia Constitucional", México, UNAM -
1987.
- "La giurisdizione costituzionale delle li-
bertá". Multa Paucis, Varese, 1957.
- CARPISO M., Jorge. "La constitución mexicana de 1917", México, -
1973.
- "Estudios constitucionales", UNAM, México, -
2da. Edición, 1983.

- CARRILLO Flores, A. "El Amparo como ideal, como teoría y como -
realidad". La Justicia Federal y la Administración Pública,
Porrúa, México, 1975.
- CARTOU, Louis. "Communautes européennes". Dalloz, 7a. Edición,-
París, 1981.
- CASTRO V., Juventino. "Garantías y Amparo", Porrúa, México, 7a.-
Ed. 1991.
- CATTANI, Luigi. "Costituzione della Repubblica Italiana", Ed. Ce-
tim, Bresso, 1980.
- CHAMBERS, M. "Supreme Splits" en National Law Journal, Novemb. -
30th, 1987.
- COVIAN Pérez, M. "Crisis del derecho y revolución", UNAM, México,
1956.
- CUEVA, Mario de la. "La idea del Estado", UNAM, México, 1980.
- DUVERGER, Maurice. "Institutions politiques et droit constitutio-
nnel", Presses Universitaires, París, 1966.
- FAVOREU, Louis et PHILIP, Louis. "Le Conseil Constitutionnel," -
Que sais-je?, 2a. Ed., París, 1980.
- FIX Zamudio, H. "El Juicio de Amparo", México, Ed. 1964.
- "Ensayos sobre el Derecho de Amparo", México, -
1993.
- "La justicia constitucional en América Latina",-
en el constitucionalismo en los postrimerias del siglo XX,
Tomo IV, UNAM, México, 1989.

- "Los Tribunales constitucionales y los derechos humanos". Porrúa, México, 1985.
- GALL L. Gerald. "The Canadian Legal System", 3a. Ed. Capwell C.-1990.
- GARCIA Pelayo, M. "Derecho constitucional comparado", Alianza,-Madrid, 1984.
- GARRIDO Falla, F. et alt. "Comentarios a la Constitución", Civitas, Madrid, 1980.
- GHIGLIANI, Alejandro E. "Del control jurisdiccional de constitucionalidad". Roque de Palma Editor, B. Aires, 1952.
- GIL Valdivia, G. y CHAVEZ Tapia, J. Coord. "Evolución de la organización político constitucional en A.L.", Vol. II, México, 1979.
- GRANT, J.A.C. "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las Leyes". Revista de la facultad de derecho de la UNAM, México, 1963.
- GUNTEN, B. de et alt. "Les Institutions de la France", Editions Nathan, Paris, 1988.
- HAMMANN, Adreas. "Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23, Mai 1949", Luchterland Auflage, Berlin,-1970.
- HAMILTON, Madison & Jay, "The Federalist papers", Nal. Penguin - Inc. U.S.A., 1961.

- "Los Tribunales constitucionales y los derechos humanos". Porrúa, México, 1985.
- GALL L. Gerald. "The Canadian Legal System", 3a. Ed. Capwell C.-1990.
- GARCIA Pelayo, M. "Derecho constitucional comparado", Alianza,-Madrid, 1984.
- GARRIDO Falla, F. et alt. "Comentarios a la Constitución", Civitas, Madrid, 1980.
- GHIGLIANI, Alejandro E. "Del control jurisdiccional de constitucionalidad". Roque de Palma Editor, B. Aires, 1952.
- GIL Valdivia, G. y CHAVEZ Tapia, J. Coord. "Evolución de la organización político constitucional en A.L.", Vol. II, México, 1979.
- GRANT, J.A.C. "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las Leyes". Revista de la facultad de derecho de la UNAM, México, 1963.
- GUNTEN, B. de et alt. "Les Institutions de la France", Editions Nathan, Paris, 1988.
- HAMMANN, Adreas. "Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23, Mai 1949", Luchterland Auflage, Berlin,-1970.
- HAMILTON, Madison & Jay, "The Federalist papers", Nal. Penguin - Inc. U.S.A., 1961.

- HAURIOU, A. et GICQUEL, J. "Droit constitutionnel et Institutions politiques". Montchrestien, 7a. Ed. Paris, 1980.
- HELLER, H. "Teoría del Estado", F.C.E., México, 1987.
- JEANNEAU, Benoit. "Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 6a. Edition, Dalloz, Paris, 1981.
- JOUFFRET Spinosi, Camille. "Les grands Systemes de Droit contemporain", 8a. Ed., Dalloz, Paris, 1982.
- KELSEN, Hans. "La Garantía jurisdiccional de la Constitución". - UNAM, México, 1974.
- "Teoría general del Derecho y del Estado", UNAM, - México, 2da. Edición, 1988.
- KLEIN, Friedrich. "Neues deutsches Verfassungsrecht", Hirschgrabenverlag, Frankfurt am Main, 1949.
- LAVELLE, P. "La pensée politique du Japon contemporain", Presses, Universitaires, Paris, 1990.
- LE FUR e alt. "Los fines del derecho", UNAM, México, 1984.
- LETOURNEUR M. et alt. "Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs", collection U. série de Droit Publique interne, Paris, 1970.
- LOEWENSTEIN Karl. "Verfassungslehre", Tübingen, Deutschland, 1958.
- MARIANINI Giuseppe. "Historia del Poder en Italia", UNAM, México, 1985.
- MAUNZ Theodor. "Grundgesetz Kommentar", C.H. Beck'sche, Verlagsbuchhandlung, München, 1980.

- MAUS, Didier. "Etudes pour la constitutions de la V Republique",
EDitions STH, Paris, 1990.
- MENDELSON, Wallace. "The constitution and the Supreme Court", -
Dodd, Mead & Company, N.Y. 2a. Ed. 1970.
- MIAILLE Michel e alt. "La crítica jurídica en Francia", Universi
dad autónoma de Puebla, 1986.
- MIAILLE, Michel. "el Estado del Derecho", Universidad autónoma -
de Puebla, 1985.
- MIRKINE Guetzevich, B. "Les constitutions européennes", Tomo I, -
Presses U., Paris, 1951.
- MONACO, R. "La costituzione italiana", 10a. Ed. Giappichelli Edi
tore, Torino, Italia, 1963.
- MONTAÑO, Jorge. "Partidos y Política en América Latina". México,
1975.
- MUÑOZ Machado, Santiago. "Derecho público de las comunidades au-
tónomas", Civitas, Madrid, 1982.
- NEVINS, Allan & STEELE, Henry. "A pocket history of the U.S.", -
6a. Ed. Pocket Books, N.Y. 1976.
- NORIEGA Cantú, A. "Las ideas políticas en las declaraciones de -
derechos de las Constituciones políticas de México", --
UNAM, México, 1984.
- "El pensamiento conservador y el conservaduri
mo mexicano", Tomos I y II, UNAM, México, 1972.

- OBERDARFF, Henri. "Les constitutions de l'Europe des Douze", Edition de La documentation française". Paris, 1992.
- OLIVIER Lapie, P. "Les trois communautés", Arthème Fagard, Paris, 1960.
- PACTET, Pierre. "Institutions Politiques, Droit Constitutionnel", 10°. Ed. Masson, Paris, 1991.
- PATTARO, Enrico. "Elementos para una teoría del Derecho", Debate Madrid, 1986.
- PEREZ, S. Nicolás. "Tratado de Derecho Político", Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- PESTALOZZA, Luigi. "La Costituzione dello Stato", Editori Riuniti, Roma, 1975.
- PETRONE Franco. "Socialismo Jugoslavo", Editori Riuniti, Roma, 1969.
- POULANTZAS, N. "Fascismo y dictadura" siglo XXI, México, 19a. - Edición, 1990.
- PRELOT, Marcel. "Institutions Politiques et Droit Constitutionnel", 3a. Ed., Paris, 1963.
- "Precis de Droit constitutionnel", Paris, 1949.
- PRITCHETT C. Herman. "Constitutional Law of the Federal System", Prentice-Hall, Inc. New Jersey, 1986.
- "The american constitutional System", 5a. - Ed. Mcgraw-Hill, Inc. 1981.
- QUERMONE Jean, Louis. "Le gouvernement de la France sous la V République", Ed. Dalloz, Paris, 1980.
- REUTER, Paul. "Le Droit de la Communauté économique européenne - et L'ordre juridique des Etats membres", Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.

- SACHICA, Luis C. "El control de constitucionalidad y sus mecanismos", Thémis, 2da. Edición, 1980.
- "La Constitución colombiana, 100 años haciéndose", UNAM, México, 1982.
- SAYEG Helú, Jorge. "El consittucionalismo social mexicano", cultura y ciencia política, 1972.
- SELWYN M, Arthur. "The Supreme Court, Myth and Reality". Greenwood Presss Inc. Connecticut U.S.A., 1978.
- SPADOLINI, Giovanni et. alt. "La comunicazione política", Centro Studi Nuova Ricerca, Roma, 1988.
- "Bicameralismo, Quali riforme per via reglamentore", Centro Studi, Nuova Ricerca, Roma, 1988.
- STEIN, Eckehart. "Derecho Político", Aguilar, Madrid, 1973.
- STERN, Klaus. "Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland", - C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977.
- SCHMITT, C. "Verfassungslehre", Duncker U. Himblot, Berlin, 1928.
- "La defensa de la Constitución", Tecnos, Madrid, -- 1983.
- "La dictadura", Ediciones Castilla, Madrid, 1968.
- TENA Ramírez, F. "Derecho Constitucional Mexicano", Porrúa, México, 18°. Edición, 1981.

..... "Leyes fundamentales de México", Porrúa, México,
co, 15°. Edición, 1989.

VAZQUEZ, Hector. "Sobre la epistemología y la metodología de la
Ciencia Social", Universidad autónoma de Puebla, 1984.

WELBROECK, Michel. "Traité internationale et juridictions in--
ternes dans les pays du Marché commun". Editions, A. -
Pedore, Paris, 1969.