

CAPÍTULO TERCERO

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

I.	La legitimación activa en el derecho comparado	165
1.	La legitimación territorial: el caso italiano	166
2.	La legitimación territorial y de las minorías políticas: el modelo alemán	167
3.	La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español	168
4.	La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría . .	171
II.	La legitimación activa en el ordenamiento constitucional mexicano	177
1.	Fracciones de órganos legislativos	179
2.	Procurador general de la República (legitimación universal)	188
3.	Los partidos políticos	201
III.	La legitimación pasiva en el ordenamiento constitucional mexicano	208
IV.	Terceros interesados	211

CAPÍTULO TERCERO

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

I. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

La acción de inconstitucionalidad tiene como característica común³¹⁸ en los ordenamientos jurídicos austriaco, italiano, alemán y español, por citar sólo algunos de los ejemplos más significativos en esta materia, una legitimación restringida. Y es restringida porque corresponde, no a individuos particulares que actúen en defensa de sus propios intereses, personales y concretos, sino a órganos del Estado en sentido amplio que actúan con carácter objetivo en defensa de la Constitución. En la doctrina alemana se habla por ello de un procedimiento “objetivo”, donde los órganos que han iniciado el mismo no adoptan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, puesto que no tienen intereses propios, sino que actúan en cierto modo como defensores abstractos de la Constitución.³¹⁹ Esta restricción de la legitimación responde a la necesidad de “cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal”.³²⁰

Sea como sea, y aun dentro de una cierta homogeneidad de los modelos referidos, existen diferencias entre ellos en materia de legitimación, diferencias o peculiaridades que imprimen a cada uno de los siste-

³¹⁸ Como nos dice Fernández Segado, “aunque cada ordenamiento nos ofrece una solución peculiar, lo cierto es que el común denominador de todos ellos nos viene dado por la limitación de la legitimación para recurrir a aquellos órganos que están encargados de velar por el interés general”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 227, p. 77.

³¹⁹ Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 183, pp. 81 y 82; Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, pp. 977 y 985 (donde cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ese sentido).

³²⁰ Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 227, p. 77.

mas su propio carácter y que tienen cierto interés para el estudio del caso mexicano, como enseguida veremos.

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

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

1. *La legitimación territorial: el caso italiano*

En Italia, la acción de inconstitucionalidad tiene, en efecto, una clara dimensión territorial, no de protección de las minorías,³²¹ en especial tras la reforma constitucional de corte federalizante (Ley número 3 de 2001), que ha dado la siguiente redacción al artículo 127 constitucional:

El Gobierno, cuando considere que una ley regional excede la competencia de la Región, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días desde su publicación.

La Región, cuando considere que una ley o un acto que tenga valor de ley del Estado o de otra Región lesiona su esfera de competencia, podrá promover la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días desde la publicación de la ley o del acto que tenga valor de ley.³²²

³²¹ No obstante, en Italia se registra un cierto movimiento doctrinal, cada vez más fuerte, favorable a la introducción de esta legitimación de las minorías políticas en el recurso de inconstitucionalidad. D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, *Revista Vasca de Administración Pública*, septiembre-diciembre de 1991, núm. 31, p. 62.

³²² Sobre ello, véase Alegre Martínez, Miguel Ángel, “Significado e implicaciones de la reforma del artículo 127 de la Constitución italiana: la desaparición del control

Este modelo de legitimación territorial ya había sido establecido en Austria, en donde estaban legitimados el gobierno federal para impugnar las leyes de los *Länder* y los gobiernos de estos últimos para impugnar las leyes federales.³²³ El propio Kelsen sentó ya el principio de que “en los estados federales, el derecho de recurrir debe ser atribuido a los gobiernos locales de los estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación y al gobierno federal contra los actos jurídicos de los estados-miembros”.³²⁴ Esta legitimación da lugar a que el control abstracto de constitucionalidad adquiera una clara dimensión territorial, centrada en el reparto constitucional de las competencias (*verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung*).

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

Este círculo de legitimados es ampliado en Alemania³²⁵ donde se otorga legitimación no sólo al gobierno federal y a los de los *Länder*, sino también a un tercio de los miembros del *Bundestag*, lo que tiene una clara finalidad de protección de las minorías,³²⁶ aparte el hecho de que

previo de constitucionalidad sobre las leyes regionales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12 y 13, 2003-2004, pp. 421 y ss. Citamos el artículo 127 constitucional por la traducción de este autor.

³²³ Eisenmann, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, con prólogo de Kelsen, edición facsímil, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 183 y 184. El círculo de legitimados en Austria, desde la reforma constitucional de 1975, se amplió a las minorías parlamentarias e incluso a los individuos lesionados por las leyes autoejecutivas.

³²⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 196.

³²⁵ Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I (Staatszielbestimmungen, Staatsorgane und Staatsfunktionem)*, C. F. Müller, Heidelberg, 1986, p. 172. Es ocioso subrayar que nos referimos aquí únicamente al recurso de inconstitucionalidad o, en la terminología alemana, *abstrakte Normenkontrolle* y no al control incidental o concreto por medio de las cuestiones de constitucionalidad que cualquier juez (o los supremos, como en Austria) puede plantear ante el Tribunal Constitucional. Este último existe, no sin ciertas diferencias estructurales, en Austria (desde la reforma constitucional de 1929), Italia, Alemania y España. Pero aquí nos interesa sólo el control abstracto.

³²⁶ Cumple así el tribunal “una importante función de protección de la minoría parlamentaria” (“eine wichtige Funktion zum Schutz der parlamentarischen Minderheit”). Säcker, Horst, *Das Bundesverfassungsgericht: Status, Funktion, Rechtsprechungsbeispiele*, Munich, C. H. Beck, 1975, p. 34. También, Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 976. Häberle, desde su particular concepción del derecho procesal constitucional, propone incluso “constitucionalizar” la oposición como tal en el derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucio-

en todos los *Länder* existe un Tribunal Constitucional que conoce de la conformidad a la Constitución de las leyes de cada *Land*.

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

no se han producido con el Parlamento como institución y, por consiguiente, como fuerza unida, sino más bien con dos poderes políticos que en cuanto tales no poseían la legitimación jurídico-institucional de la Corte y no tenían, por lo demás, la directa legitimación democrática a través de la investidura electiva. Por esto era más fácil para la Corte reservarse una cierta independencia, porque políticamente es menos delicado oponerse a una formación política teniendo siempre a las espaldas la defensa de las opuestas, que enfrentarse al Parlamento y a la soberanía popular compactos.³²⁷

3. *La legitimación territorial, de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español*³²⁸

El modelo español de legitimación para el control “abstracto” de la constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca al austriaco (originario) y al italiano, aunque supera (en la amplitud de la legitimación) a todos ellos, en los que naturalmente se inspira, en cuanto que se completa³²⁹ el sistema alemán con una importante legitimación del Defensor del Pueblo, que constituye una originalidad del

nal Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente”. Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en su libro recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, traducción de Xabier Arzo Santiesteban, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 41, nota 86 (hoy también, en excelente traducción de Fix-Fierro, en su obra recopilatoria *El Estado constitucional, op. cit.*, nota 9.)

³²⁷ Cit. por D’Orazio, Giustino, *op. cit.*, nota 321, pp. 65 y 66.

³²⁸ Esto ha de considerarse hoy matizado por lo que decimos en el último apartado del capítulo anterior sobre los conflictos en defensa de la autonomía local en cuanto a su legitimación.

³²⁹ La legitimación se otorga al presidente del gobierno, a los órganos colegiados y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (legitimación territorial), a cincuenta diputados y a cincuenta senadores (legitimación de protección de las minorías parlamentarias), y al Defensor del Pueblo (legitimación de tutela objetiva de los derechos fundamentales).

sistema español³³⁰ (pero extendida a Perú, Bolivia, Ecuador, Polonia, Ucrania y otros países) y en cierto sentido,³³¹ lo deja a medio camino entre el modelo de legitimación restringida y el modelo de acción popular, al menos en cuanto a sus posibilidades teóricas, bien es cierto que la fugacidad de los plazos de interposición del recurso,³³² que también afecta al Defensor del Pueblo, difumina en buena parte la virtual intervención de los ciudadanos a través del filtro del Defensor del Pueblo.

Resulta claro que el sistema español se encuentra, en todo caso, más cerca en realidad del modelo de legitimación restringida³³³ que del sistema de la acción popular de inconstitucionalidad. No obstante, aun siendo restringida, la legitimación en el ordenamiento español es más amplia que la contemplada en Alemania e Italia, cumpliendo así una triple función: defensa de los intereses territoriales, protección de las minorías,³³⁴ y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través

³³⁰ España ha sido, efectivamente, el primer país en que se ha legitimado al *Ombudsman* para interponer la acción de inconstitucionalidad. Sea como sea, el caso español no es ya, sin embargo, un precedente aislado pues en la actualidad otros países —especialmente latinoamericanos— que han instaurado un Tribunal Constitucional y un *Ombudsman*, han atribuido también a este último legitimación para impugnar directamente la constitucionalidad de las leyes. Es el caso, por ejemplo, de Polonia o Ucrania, en Europa. Y en América Latina, se otorga legitimación activa al *Ombudsman* en la Constitución guatemalteca de 1985, la peruana de 1993 (artículo 203), la boliviana de 1994, la ecuatoriana de 1995 o la venezolana de 1999 (artículo 281). Por el contrario, la Constitución sudafricana de 1993 no otorga esa legitimación ni al *Ombudsman* ni a la Comisión de Derechos Humanos, a pesar de que sí instaura un Tribunal Constitucional con competencia para el control abstracto a instancia de ciertos órganos políticos; y tampoco se otorga legitimación al *Ombudsman* para plantear directamente la constitucionalidad en la Constitución rusa de 1993, como sí se concede a otros órganos políticos.

³³¹ Sólo en cierto sentido, relativamente, y más en la teoría que en la práctica (hasta ahora, al menos). La aproximación es mayor —también aquí idealmente, no en la *praxis*—, por ejemplo, mediante la legitimación que el artículo 203 de la Constitución peruana reconoce a cinco mil ciudadanos, previa validación de sus firmas por el Jurado Nacional de Elecciones.

³³² Precisamente por ello, no habría sido desacertado que, al menos en el caso del Defensor del Pueblo, permaneciese siempre abierta esta legitimación o, al menos, sujeta a un plazo más dilatado.

³³³ Así ocurre, patentemente, en la práctica pero también, y sin perjuicio de que pueda llegar a darse un ejercicio más decidido de esta facultad por el Defensor del Pueblo, por razones ligadas a la propia naturaleza del Defensor del Pueblo y la preservación de su *autoritas*.

³³⁴ Véanse las interesantes reflexiones de López Aguilar, Juan Fernando, *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*, Madrid, Congreso de los Diputados, serie IV, monografía núm. 20, 1991, pp. 220 y ss.

del Defensor del Pueblo.³³⁵ Y aunque no creemos que pueda afirmarse en modo alguno que haya sido así en la experiencia española,³³⁶ no ofrece dudas que una legitimación otorgada a un *Ombudsman* encierra grandes posibilidades teóricas en esta línea, todavía no explotadas. Tal legitimación puede llegar a suponer algo así como la instauración de

³³⁵ Aunque la ley española no limita la legitimación del Defensor del Pueblo a ningún motivo de inconstitucionalidad, la doctrina ha entendido que sólo está legitimado para interponer recursos contra las leyes que vulneren normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales y ello sobre la base de que el artículo 54 de la Constitución define al Defensor del Pueblo como “alto comisionado de las Cortes Generales... para la defensa de los derechos contenidos en el título I”. Así, entre otros, Aragón Reyes, Manuel, “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Óscar Alzaga (dir.), *op. cit.*, nota 187, p. 236. Posturas distintas son las que mantienen, por una parte, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1090 y, por otra parte, Esteban Jorge de y Pedro J. González Trevijano, *op. cit.*, nota 238, t. III, p. 226. El propio Tribunal Constitucional también se ha referido expresamente a la cuestión en la STC 150/90, de 4 de octubre, FJ 1 (aunque sea un *obiter dictum*, más bien se inclina el tribunal por entender que la legitimación del Defensor del Pueblo no se limita a la protección de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales).

³³⁶ En efecto, no muy contados los casos en que el Defensor del Pueblo español ha hecho uso de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad, y son ya varios los casos en que se le ha recriminado fuertemente su actitud pasiva frente a determinadas leyes, como la polémica Ley Orgánica 2/1992, de 20 de febrero, de Seguridad Ciudadana, algunos de cuyos preceptos más importantes fueron finalmente declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, ante la impugnación de 50 parlamentarios y varias cuestiones de inconstitucionalidad, a las que no se sumó el Defensor del Pueblo. Más recientemente, hubo una muy fuerte contestación social a determinada reforma legislativa en materia de extranjería, pese a lo cual el Defensor del Pueblo, apoyándose en el criterio de varios expertos, decidió no plantear el recurso de inconstitucionalidad, ni siquiera respecto de los aspectos de más dudosa inconstitucionalidad. Compartimos plenamente, por ello, la opinión del profesor Cascajo Castro en el sentido de que “la deseada moderación y prudencia que debe presidir el ejercicio de esta colaboración en una acción judicial ante el Alto Tribunal, no puede llevar a una minoración avergonzante de la misma. ¿Qué obstáculos existen para que la ‘auctoritas’ de la institución se ponga al servicio de esta iniciativa, en defensa del interés general y del interés de la Constitución? ¿Qué razones hay para que un órgano al margen de la contienda parlamentaria y partidista y desde un estudio exhaustivo del asunto, no utilice la vía del recurso de inconstitucionalidad? El sistema no está tan colmado de instancias objetivas en defensa de los derechos ciudadanos, como para postergar uno de los mecanismos de la legitimación activa para acudir al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso, ya de por sí bastante limitada”. *Cfr.* Cascajo Castro, José Luis, “Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 52. Añadiríamos, por nuestra parte, que el ejercicio cuantioso y cualitativo del recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo difícilmente puede poner en duda su patrimonio más importante en su misión de defensa de los derechos humanos, que es su indepen-

una acción popular pero con un (muy importante) filtro, que sería el Defensor del Pueblo, sea dicho esto en un sentido coloquial. Precisamente por la convicción de las grandes posibilidades que encierra esta legitimación, más allá del concreto caso español, propugnamos decididamente la extensión en México de la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que pensamos que completaría el sistema de legitimación actual, y pondría fin a algunas de las limitaciones que padece.³³⁷

4. *La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría*

Una acción popular de inconstitucionalidad surge por vez primera en el ámbito latinoamericano (Colombia y Venezuela), a mediados del siglo XIX.³³⁸ Este instituto se ha mantenido hasta hoy en diversas Constituciones latinoamericanas, y así puede De Vergottini sostener con justicia que la acción popular de inconstitucionalidad es un “instrumento característico de los ordenamientos latinoamericanos”.³³⁹ Naturalmente que de la acción de inconstitucionalidad colombiana o venezolana no conocía un órgano *ad hoc* de la constitucionalidad, que aún no existía, sino la Corte Suprema.

Aunque probablemente desconociendo la experiencia latinoamericana, esta legitimación popular, conocida en la doctrina ger-

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

³³⁷ En el mismo sentido, Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 13, p. 837; García Morelos, Gumersindo, “Perspectivas de los derechos humanos en México”, *ABZ*, 1o. de junio de 1996, año I, núm. 23, p. 10. Recientemente, entre otros muchos, Morales Paulín, Carlos A., “La justicia constitucional en México: avances y perspectivas, una propuesta”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *op. cit.*, nota 118, p. 342.

³³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 136 y ss.

³³⁹ Vergottini, Giuseppe de, “Sulla effettività del controllo giurisdizionale di costituzionalità negli ordinamenti ibero-americani”, en el colectivo Giorgio Lombardi

mana como *Popularklage*, fue tenida en cuenta por Kelsen, quien vino incluso a reconocer, ya a la altura de 1928, su superioridad *teórica*, al señalar que

ciertamente la mayor garantía sería la de establecer una *actio popularis*: el tribunal debería examinar la regularidad de los actos sujetos a su jurisdicción, en particular las leyes y reglamentos, ante la demanda de cualquiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno.³⁴⁰

Pero en último término reconocía que “no es todavía posible recomendar esta solución porque comportaría un peligro demasiado elevado de acciones temerarias”³⁴¹ y seguramente no le faltaba razón. Sea como sea, esta legitimación popular es desechada en el sistema kelseniano de justicia constitucional que se plasma en la Constitución austriaca de 1920, que responde a un esquema bien distinto de legitimación, otorgada únicamente a ciertos órganos políticos muy determinados (*Organklage*)³⁴² y que, en buena medida, viene caracterizando hasta hoy a dicho sistema, tal y como se ha instaurado en numerosos países, si bien no faltan ciertas Constituciones que al introducir un Tribunal Constitucional, han previsto este sistema de legitimación popular para la acción de inconstitucionalidad.

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

(dir.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 1985, p. 383.

³⁴⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 194.

³⁴¹ *Idem*.

³⁴² Sistema de legitimación completado después con un control incidental de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional a instancias de cualquier juez o sólo de ciertos tribunales (*Richterklage*).

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin cumplirá las siguientes funciones:...

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento de su formación,³⁴³

aclarando por su parte el artículo 242 que “cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente”. Una acción popular, en favor de cualquier ciudadano, se consagra también en las Constituciones de El Salvador y Nicaragua (ante la Sala de lo Constitucional). En Venezuela y Panamá se va más allá, en cuanto que se reconoce legitimación a cualquier persona, incluso aunque no sea nacional o no goce de los derechos políticos. En Guatemala y Ecuador se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero sólo “con el auxilio de tres abogados colegiados activos” en el primer caso, y “previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia”, en el segundo. En Uruguay, Honduras y Paraguay se exige, en cambio, un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad. Y en Perú, sin exigir ese interés, se otorga legitimación activa a cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, si bien bastará con que lo haga el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial si la norma (impugnada, se sobreentiende) es una ordenanza municipal.³⁴⁴

Pero también en Europa ha tenido cierta difusión este tipo de legitimación, si bien mucho más modesta. En esa línea habría que mencionar, ante todo, la Constitución del *Land* de Baviera, que consagra una verdadera acción popular de inconstitucionalidad “en la que la legitimación y el interés pertenecen a *quiscuís de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio”.³⁴⁵

³⁴³ El número 5 del mismo artículo extiende el objeto de esta acción popular de inconstitucionalidad a los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

³⁴⁴ Sobre ello, véase Brage Camazano, Joaquín, “La acción peruana de inconstitucionalidad”, *Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, 2005, en prensa.

³⁴⁵ Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción (y estudio sobre la

Y, como nos dice Häberle, “es opinión generalizada que este recurso se ha acreditado plenamente y ha mostrado gran potencia integradora en Baviera”, lo que ha de llevar incluso a plantearse si no sería recomendable extender, en interés de la efectividad de los derechos fundamentales, esta acción a los demás *Länder*.³⁴⁶

También debe mencionarse el más reciente artículo 32.A.3 de la Constitución húngara, que instituye una *actio popularis* (mecanismo procesal de profunda raigambre en este país) frente a las leyes inconstitucionales e incluso, pienso que por primera vez en el mundo, frente a las omisiones legislativas.³⁴⁷

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

jurisdicción constitucional mexicana) de Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Mariano Azuela, México, Instituto de Derecho Comparado (UNAM), 1961, p. 3. Artículo 98.4 de la Constitución de Baviera: “todo habitante de Baviera que se sienta lesionado en sus derechos constitucionales por un poder público, puede reclamar la protección del Tribunal Constitucional bávaro”.

³⁴⁶ Häberle, Peter, “Efectividad de los derechos fundamentales; en particular en relación con el ejercicio del poder legislativo”, en el colectivo López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 66, p. 237.

³⁴⁷ Sobre este tema, Zlinszky, János y Agnes Németh, “Características generales de la nueva Constitución húngara y del primer año de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, traducción de Carlos Flores Juberías, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto de 1991, pp. 261 y ss. Parece que la experiencia no ha resultado del todo negativa, si bien la doctrina ha propugnado una reforma del sistema, y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de una amplia *self-restraint* y de restricciones no escritas para el acceso al mismo, pues se entiende que la legislación se halla demasiado influenciada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello conduce a la doctrina a hablar de la necesidad de reconducir sus competencias a una medida razonable (“*Rückführung auf ein vernünftiges Maß*”), sin perjuicio de reconocer en todo caso el prestigio que el Tribunal se ha ganado por su contribución a la buena marcha del nuevo Estado constitucional: “*Dies... ändern aber nichts daran, da sich das VerfG schon in den ersten zweieinhalb Jahren seiner Existenz bleibende Verdienste um die Funktionsfähigkeit des neuen demokratischen Verfassungsstaats in Ungarn erworben hat*”. Así termina su artículo Brunner, Georg, *op. cit.*, nota 220, p. 315; también pp. 300 y ss.

constitucionales, o a fracciones bastante significativas de los mismos, o al poder judicial, es insustituible cuando existe un control concentrado”.³⁴⁸ La legitimación del *Ombudsman*, por lo demás, encierra unas grandes posibilidades y permite salvar algunos de los más graves inconvenientes de la legitimación restringida a órganos políticos, sin llegar a una solución como es la de la legitimación popular que no sólo puede resultar más radical y problemática, sino que además, no aportaría ninguna ventaja adicional destacable en un sistema como el mexicano que cuenta ya con un control difuso de la constitucionalidad, apto para tutelar las situaciones jurídicas iusfundamentales.³⁴⁹

* * *

Con esto, hemos visto una posible esquematización de modelos de Derecho comparado en cuanto a legitimación activa en materia de control normativo abstracto de la constitucionalidad, pero hay que reconocer que se trata de una esquematización muy centrada en la experiencia europea, de un lado, y con una finalidad predominantemente

³⁴⁸ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 240, p. 20. Podría admitirse, si acaso, una legitimación de un número importante de ciudadanos, pero la utilidad de una legitimación tal es bastante dudosa en un sistema con legitimación de minorías parlamentarias (y, en España, también del Defensor del Pueblo). Una opinión completamente diversa es la de González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 207, pp. 250-259. Tampoco tiene mayor sentido en México, al menos, en tanto subsista el amparo contra leyes. Me parece, por lo demás, que la opinión de Pérez Royo aparece confirmada en la realidad por la reciente experiencia de Hungría, donde uno de los mejores conocedores del nuevo sistema puede afirmar lo siguiente: “A la larga, sin embargo, esta carga de trabajo no va a poder evidentemente mantenerse, y así se han multiplicado en poco tiempo las voces en el ámbito doctrinal [y cita abundante doctrina] que propugnan la desaparición o, por lo menos, la restricción radical de la legitimación popular, cuya variante actual húngara es única en todo el mundo” (“Auf die Dauer ist allerdings die immense Arbeitsbelastung nicht durchzuhalten, und so haben sich auch alsbald die Stimmen aus berufenem Munde gemehrt, die eine Beseitigung oder zumindest radikale Einschränkung der Popularklage fordern, deren gegenwärtige ungarische Variante in der ganzen Welt einmalig ist”). Incluso existieron ciertos borradores de leyes de reforma en el sentido de restringir el círculo de los legitimados (*Kreis der Antragsberechtigten*) en el proceso de control normativo abstracto “clásico” a determinados órganos constitucionales (que ignoro si se han plasmado ya en leyes). Brunner, Georg, *op. cit.*, nota 220, p. 300.

³⁴⁹ Mantiene una opinión distinta Márquez Hernández, Rosario Selene, “México: acción popular y derechos ciudadanos”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *op. cit.*, nota 188, pp. 739 y ss.

pedagógica, por otro lado, en cuanto que lo que pretende exponer es, por una parte, la progresiva ampliación de la legitimación activa en distintos ordenamientos y la influencia (y flujo) de unas Constituciones sobre otras en este ámbito; y por otra parte, pretende también destacarse algunos de los sistemas más influyentes de legitimación activa. Pero, por supuesto, son muchas las Constituciones que se separan en mayor o menor medida de estos modelos o que no encajan en ninguno de ellos. Este es el caso de México, como enseguida veremos, pero también de otros muchos países.

En *Europa*, puede destacarse el caso de *Polonia*. En este país, puede solicitar el control de las leyes o tratados internacionales previo a su aprobación o ratificación el presidente de la República. Pero en cuanto al control *a posteriori*, que es el que nos interesa, se distinguen dos tipos generales de *legitimación activa*: *a*) la *universal*, que se otorga con independencia de si la norma impugnada entra dentro del círculo de intereses o campo de acción del sujeto legitimado o no, corresponde a prácticamente todos los órganos constitucionales o de relevancia constitucional: el presidente, el *Sejm* (Congreso) y el Senado, el primer ministro, el primer presidente de la Corte Suprema, el presidente del Tribunal Administrativo Superior, el fiscal general (esta función es realizada por el ministro de Justicia), el presidente de la Cámara Suprema de Control, minorías parlamentarias de al menos 50 diputados o 30 senadores, y el *Ombudsman*; *b*) la legitimación activa *particular*, que sólo se otorga en cuanto que la norma impugnada se refiera al ámbito de actuación del legitimado, corresponde a los órganos constituidos: unidades de autogobierno local, órganos nacionales de los sindicatos y las autoridades nacionales de las organizaciones patronales y organizaciones profesionales, iglesias y organizaciones religiosas y el Consejo Nacional de la Judicatura.

En *América Latina*, puede destacarse que en algunos casos se otorga legitimación activa para plantear una acción abstracta de inconstitucionalidad *a*: *a*) el fiscal general o procurador general (Perú, México, Guatemala, Bolivia, Brasil); *b*) ciertas entidades de relevancia social, como sindicatos (Brasil) y colegios profesionales (Perú), en especial de abogados (Guatemala, Brasil).

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MEXICANO

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

Habría sido deseable, y continúa siéndolo como observación *de lege ferenda*, que se hubiese otorgado legitimación para impugnar todo tipo de leyes y tratados internacionales y sin sujeción a plazo alguno, a la Comisión Nacional de Derechos Humanos equivalente funcional de la figura del *Ombudsman* o del Defensor del Pueblo español. Habría sido también aconsejable, quizás, legitimar al presidente de la República para impugnar leyes de los estados y a los gobernadores y/o a las legislaturas de los estados para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales o tratados internacionales que les afecten, si bien ello podrán hacerlo en la actualidad tanto el presidente de la República como los gobernadores —siempre que exista un verdadero conflicto jurídico, y no se trate de normas electorales— por medio de las controversias constitucionales, con la ventaja adicional de que, en el segundo caso, para esa anulación se exige sólo la mayoría simple, mientras que cuando es la federación la que impugna leyes estatales se exige, igual que en la acción de inconstitucionalidad, mayoría reforzada de ocho ministros.

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

de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario”.

Respecto del procurador general de la República, el artículo 102 constitucional establece que “intervendrá *personalmente*” en todo lo referido al ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad y no por conducto de sus inferiores jerárquicos o cualesquiera otros representantes; y el artículo 4o. LOPGR reitera que es ésta una función personal e indelegable del procurador general. En realidad, puede considerarse que la legitimación activa para plantear una acción de inconstitucionalidad corresponde a los entes constitucionalmente habilitados para ello, que han de plantear esa acción “directamente y no por conducto de sus apoderados, puesto que no existe ordenamiento alguno que prevea” lo contrario.³⁵⁰ Y concretamente respecto del procurador general de la República, la Suprema Corte ha precisado que no cabe delegación alguna en la interposición de la acción de inconstitucionalidad, sino que ha de ser una actuación personal del procurador, considerando improcedente la ejercitada “en nombre del procurador general de la República si el escrito de demanda respectivo no contiene su firma sino la de otra persona que signó en su ausencia”, puesto que, de un lado, en tal hipótesis la intervención del procurador es indelegable, y, de otro lado, “si el acto volitivo de ejercitar la acción no fue manifestado por el titular del derecho, al no signar la demanda inicial, no puede tenerse por iniciada la acción de inconstitucionalidad”.³⁵¹

Y por lo que al presidente de la República se refiere, se establece, en el artículo 11 LR105, que será representado por el secretario de estado, por el jefe de departamento administrativo o por el consejero jurídico del gobierno, conforme lo determine el propio presidente, y considerando para tales efectos las competencias establecidas en la ley. El acreditamiento de la personalidad de estos servidores y su suplencia se harán en los términos previstos en las leyes o reglamentos interiores que correspondan. En la actualidad, en virtud del Acuerdo publicado el 9 de enero de 2001 en el *Diario Oficial de la Federación*, el presidente determinó que su representación en controversias constitucionales y acciones de

³⁵⁰ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XII, agosto de 2000, p. 484, Acción de inconstitucionalidad 3/2000.

³⁵¹ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIV, julio de 2001, p. 677, Acción de inconstitucionalidad 12/2001.

inconstitucionalidad corresponde al consejero jurídico de la Presidencia, salvo disposición legal en contrario.

1. *Fracciones de órganos legislativos*

Se otorga legitimación activa:

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

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

El porcentaje del treinta y tres por ciento es un porcentaje mínimo, pues aunque la Constitución no lo establezca así expresamente, es evidente que así ha de ser y así lo ha precisado con todo acierto la Ley Reglamentaria.

La Suprema Corte ha avalado la posibilidad de que promuevan la acción de inconstitucionalidad, “dentro del plazo legal, los diputados integrantes de una nueva legislatura, cuando la que expidió la norma general impugnada concluyó su encargo”, pues la legitimación se ha de entender conferida “a los integrantes” del órgano legislativo que “al momento de ejercitarse en tiempo la acción de inconstitucionalidad se encuentren en funciones; sostener lo contrario, llevaría al extremo de que las leyes que se publiquen en el último día, o después de que una legislatura haya concluido sus funciones, no podrían impugnarse, pues quienes integraron ese órgano ya no son diputados y quienes los sustituyen pertenecen a una legislatura diferente, lo que además de ser contrario a la lógica, desconoce el principio de que el órgano de autoridad es siempre el mismo, con independencia de qué personas físicas ejerzan su titu-

laridad”,³⁵² aunque habría que precisar que justamente en este caso no estamos propiamente ante un órgano ni ante una fracción de órgano siquiera, sino ante una agrupación ocasional a la que la Constitución le atribuye determinadas facultades, lo que no empece en absoluto al criterio sostenido por la Corte.

Es indiferente, dada la naturaleza abstracta y objetiva del control normativo instado a través de la acción de inconstitucionalidad, que todos o algunos de los parlamentarios que ejerciten la acción de inconstitucionalidad no hayan votado en contra de la aprobación de la ley impugnada. En efecto, es tesis jurisprudencial la de que “los diputados que conformen el treinta y tres por ciento de la integración de una legislatura estatal tienen legitimación para promoverla aun cuando no hubieran votado en contra de la norma general impugnada” o incluso si hubieran votado a favor, “pues no debe pasar inadvertido que el referido medio de control de la constitucionalidad se promueve con el único interés genérico de preservar la supremacía constitucional”.³⁵³

Es posible incluso que la acción de inconstitucionalidad la plantee una mayoría parlamentaria en casos no por excepcionales inimaginables: sería el caso, perfectamente posible, de que una ley se apruebe con el respaldo de una o varias fuerzas políticas y, dentro del plazo para plantear la acción, se conforme una nueva legislatura con un vuelco electoral en que la minoría derrotada se convierta en mayoría o al menos logre un respaldo mayoritario a esos efectos, si bien lo más práctico en tal caso sería derogar la ley, dado que la sentencia eventualmente estimatoria no tendrá en ningún caso efectos retroactivos.

Por otro lado, es también indiferente, en cuanto a la legitimación activa, que intervengan o deban intervenir, de modo concurrente, otros entes u órganos en el proceso legislativo de que se trate. En concreto, es tesis jurisprudencial que tiene legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad “en contra de reformas o adiciones a las Constituciones locales, el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso o legislatura correspondiente sin tomarse en consideración a los ayuntamientos cuando los mismos deban intervenir”. La Suprema Corte considera que, a estos efectos,

³⁵² *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 470, Acción de inconstitucionalidad 9/2001.

³⁵³ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 448, Acción de inconstitucionalidad 9/2001.

por “órgano legislativo estatal” [al que deben pertenecer los promotores en un porcentaje de al menos un 33%] debe entenderse aquel en que se deposita el Poder Legislativo de un Estado conforme a su propia Constitución, pues éste y no otro es el depositario de dicha función legislativa. Por tanto, cuando en la mencionada vía se plantea la invalidez de una reforma o adición a una Constitución Local para lo cual la misma requiera la intervención de los Ayuntamientos del propio Estado... tal circunstancia no modifica la naturaleza del Congreso Estatal como depositario del Poder Legislativo y órgano emisor de la ley, por lo que el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de dicho cuerpo legislativo sí está legitimado para impugnar dicha reforma o adición. Ello es así, porque del mismo modo en que la aprobación, promulgación y publicación de las leyes que realiza el titular del Poder Ejecutivo no hace que éste forme parte integrante del Congreso, ni que deba tomarse en cuenta para calcular el treinta y tres por ciento de sus miembros, la participación de los Ayuntamientos en el acto de aprobación de las reformas constitucionales que expida el Congreso, no da lugar a que se les considere parte integrante del “órgano legislativo” pues no actúan como diputados, ni forman un órgano deliberante, sino que, en su carácter de entidades políticas, componentes del Estado, tienen la potestad de manera individual y separada de aprobar o no las nuevas disposiciones que pretendan incorporarse a la Constitución Estatal; esto es, son entes públicos que intervienen en el proceso de formación de las normas locales supremas para validar con su voto las modificaciones a la Constitución, discutidas y aprobadas previamente por el Congreso Local como órgano legislativo que permanentemente ejercita esa función.³⁵⁴

A. La protección de las minorías parlamentarias como función básica

Como nos recuerda Orozco,

ante la imposibilidad práctica de que en una sociedad compleja y plural todos estén de acuerdo en lo que debe hacerse políticamente, es necesario que existan procedimientos que permitan adoptar decisiones públicas legítimas y ello se hace por medio del principio de la mayoría,

³⁵⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 469, Acción de inconstitucionalidad 9/2001, Tesis jurisprudencial 18/2001.

principio que sin embargo supone también, necesariamente, el respeto a las minorías y no sólo eso sino también su protección e impulso.³⁵⁵

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

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

Y justamente porque puede ocurrir, sin embargo, que en un órgano legislativo se forme una mayoría suficiente para aprobar una determinada ley (o tratado internacional) que contradiga a la propia Constitución —ese marco jurídico-político de coincidencias—, se otorga a las minorías la posibilidad de acudir ante la Suprema Corte planteando, de manera directa y abstracta, la constitucionalidad de la ley, forma por medio de la que logra protegerse, al unísono, a las minorías políticas y la propia supremacía constitucional, que resulta de esta manera reforzada. Este mecanismo de protección de las minorías parlamentarias resulta ser, al mismo tiempo, uno de los cauces más adecuados para promover una protección jurisdiccional de la Constitución.

Como nos dice D’Orazio, cualquiera que sea la valoración que se haga de un remedio tal en términos de política institucional y de oportunidad, o de resultados concretamente apreciables en el ámbito de determinados ordenamientos, el hecho mismo de que se admita una legislación constitucional como ésta significa, en sustancia, que las dos partes clásicas del sistema parlamentario (mayoría y oposición) desean establecer una ulterior garantía recíproca. Aquellas partes reconocen (es decir, han convenido históricamente en reconocer) que la búsqueda de la “razón”

³⁵⁵ Orozco Henríquez, J. Jesús, “Consideraciones sobre los principios y valores tutelados por el derecho electoral federal mexicano”, *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal*, núm. 9, 1997, pp. 95 y 96.

no puede hacerse equivaler a la fuerza del número expresada en una votación del Parlamento (que haría, en principio, legítima toda decisión de la mayoría), sino que dicha búsqueda debe confiarse a una sede de juicio externa, que encuentra su fundamento legitimador en la posición *super partes* del juzgador y en el reconocimiento de una *lex superior* que tutela y somete a ambas, tanto a la *maior* como a la *minor pars*, a la mayoría y a la minoría.³⁵⁶

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

la simple amenaza de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de las minorías, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.³⁵⁷

B. Elevado porcentaje requerido

Hemos dicho ya que la protección de las minorías es, indudablemente, el principio al que trata de responderse mediante esta legitimación. Y si decimos que esta es la lógica a la que “trata de” responderse no es por otra razón que por la de que resulta harto discutible que tal objetivo pueda lograrse de una manera mínimamente eficaz si se requiere que la acción de inconstitucionalidad aparezca respaldada por un tercio de los miembros de la cámara legislativa que expidió la norma impugnada, y ello de una manera muy especial en un país como México, donde un partido (el PRI, como es de sobra conocido) tiene una representación mayoritaria (abrumadora, en algunos casos) en prácticamente todos los órganos legislativos de la nación y, desde luego, en los de nivel federal.

Y si bien es cierto que se ha iniciado ya un proceso, que parece imparable, hacia un mayor pluralismo político y un fortalecimiento de los partidos de la oposición —lo que resulta por lo demás enteramente deseable— no puede dejar de reconocerse que, incluso en una situación de mayor pluralismo político y parlamentario, el porcentaje requerido

³⁵⁶ D’Orazio, Giustino, *op. cit.*, nota 321, p. 61.

³⁵⁷ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1974, p. 512.

(de representantes del órgano legislativo de que en cada caso se trate) parece excesivo, sin que haya razones de peso para negar legitimación a un porcentaje más reducido de representantes del pueblo, lo que, en el contexto mexicano, creemos altamente necesario.

Así, debe tenerse presente cómo, en España, con una composición parlamentaria más fragmentada (incluso en los años de mayor hegemonía del partido gobernante), se otorga legitimación a un séptimo de los miembros del Congreso de los Diputados,³⁵⁸ y a un quinto de los senadores,³⁵⁹ cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados.³⁶⁰ Y si es cierto que en Alemania o en Austria el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o el Consejo Nacional (Austria) para plantear una acción de inconstitucionalidad es también de un tercio, no lo es menos que tal porcentaje no ha sido obstáculo para que la acción desarrolle una función de tutela de las minorías parlamentarias, al mismo tiempo que se ha convertido en un instrumento eficaz de control de la constitucionalidad, dado que la composición parlamentaria es también aquí claramente más fragmentada que en México.³⁶¹

El contexto político mexicano es, por lo demás, enteramente diferente al alemán o al austriaco, por muy diversas razones pero, por lo pronto, por la distinta fuerza y representación que tienen las mino-

³⁵⁸ El artículo 162 de la Constitución española reconoce legitimados, concretamente, y por lo que ahora interesa, a 50 diputados y, dado que el Congreso se compone de 350 diputados desde el inicio de la transición hasta el día de hoy, resulta que un séptimo de los diputados constituyen un quórum suficiente para interponer un recurso de inconstitucionalidad, al menos en tanto el legislador orgánico no disminuya —siempre dentro de los límites constitucionales (de 300 a 400 diputados)— el número de representantes populares que integran el Congreso de los Diputados, algo bastante improbable.

³⁵⁹ La legitimación se reconoce a 50 senadores, sobre un total aproximado de 250, número variable por cuanto uno de los criterios de elección es el poblacional: cada Comunidad Autónoma designa un senador “y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio”.

³⁶⁰ En Francia, tienen legitimación sesenta diputados sobre un total de 570, es decir, algo más de la décima parte de los diputados; y sesenta senadores sobre trescientos cinco, es decir, algo menos de un quinto del total de los integrantes del Senado.

³⁶¹ Ello tampoco quiere decir que haya de llegarse a una solución como la de Bolivia, país donde se atribuye legitimación a cualquier senador o diputado, lo que “es tanto como sentar las bases para que la misma [la vía de control abstracto] se instrumentalice como un instrumento más de la vida política”. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 43, p. 377.

rías políticas en México y en los demás países mencionados; y más aún, por la escasa cultura y tradición que existen en México de juego limpio, de respeto a las minorías, de no aplastamiento por la sola fuerza de la mayoría, de lealtad institucional. Por todo ello, lleva la razón Fix-Fierro cuando pone de relieve que

el porcentaje de miembros de los órganos legislativos que exige la Constitución como legitimación para interponer las acciones es alto, si tomamos en cuenta el nivel de desarrollo de las oposiciones y su presencia como minorías en los órganos legislativos. Esto, sin embargo, no es un obstáculo insuperable, dado el fortalecimiento continuo de la pluralidad política en el país.³⁶²

Es de destacar, en la misma línea, la reflexión general del profesor Carpizo en el sentido de que “lo que está muy claro es que el Poder Revisor de la Constitución instituyó la acción de inconstitucionalidad con una concepción muy restringida, como teniendo miedo a su propia creación y, por ello, la limitó con exceso. Tal y como quedó establecida, probablemente va a ser poco utilizada”,³⁶³ lo cual es particularmente cierto por lo que a la legitimación, de las minorías en concreto, se refiere.

En el contexto expuesto, nos parece que una reducción de la representación de la minoría accionante en el correspondiente órgano legislativo a un sexto, al menos, sería una medida bastante razonable y dotaría de la virtualidad necesaria a esta legitimación, que de otro modo no tiene, ni tendrá operatividad, en tanto no se produzca un vuelco en un sentido pluralista de la representación de los partidos políticos en los órganos legislativos de la nación. Desde luego, lo que es del todo inaceptable, desde nuestro punto de vista, es que la principal fuerza opositora, al menos ella, no pueda por sí sola impugnar la inconstitucionalidad de una ley, sino que requiera el concurso de la segunda fuerza parlamentaria en la oposición. Esto último ya no sucede en la composición de las Cámaras legislativas federales de los últimos tiempos, pese a lo cual seguimos defendiendo la reducción del porcentaje exigido, pues si ello parece atinado en países con un mapa político mucho más fragmentado y unas tradiciones mucho más

³⁶² Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 9, p. 54.

³⁶³ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 13, pp. 837 y 838.

sólidas y consolidadas de respeto al adversario político, tanto más oportuno resulta en un país como México en el que hay que fortalecer precisamente la cultura del respeto a las minorías parlamentarias, evitando al máximo su aplastamiento por la sola fuerza de los votos.

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

C. *Personación en juicio*

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

se presumirá que quienes comparezcan a juicio gozan de la representación legal y cuentan con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario (artículo 11 LR105).

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

que se unen al solo efecto de impugnar la validez constitucional de una ley. La agrupación surge sólo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y sólo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia, en el cual los Diputados o Senadores no actúan en rigor como *litis consortes*, sino como integrantes de una parte única que, por imperio de la ley, ha de ser siempre plural.³⁶⁴

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

³⁶⁴ STC 42/85, de 15 de marzo, FJ 2.

entre otras consecuencias, una pluralidad de partes actoras que ejerceran sus acciones por medio de una demanda única y vinculada entre sí por una figura análoga al litisconsorcio activo, planteamiento que acaso permitiera un apartamiento o desistimiento individual. La legitimación se confiere a una parte de un órgano constitucional con un límite cuantitativo estimado por la Constitución como garantía suficiente del interés del recurso, interés que no se contempla por la Constitución desde la perspectiva de los sujetos individuales “sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional” (Sentencia 5/1981, de 3 de febrero, FJ 3o.). En consecuencia, cada Diputado [o Senador] no es titular ni dueño de una acción de la que pudiera disponer a lo largo del proceso constitucional individualmente, por lo cual los cambios de voluntad operados en la de uno o varios de los Diputados en orden al recurso después de haber sido éste interpuesto, son irrelevantes para el proceso constitucional ya iniciado.³⁶⁵

2. *Procurador general de la República*³⁶⁶ (legitimación universal)

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

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

No hay, pues, ley, ni tratado internacional que no puedan ser impugnados por el procurador general de la República, lo que contrasta fuertemente con la limitación del objeto de la impugnación por parte de los otros legitimados, que sólo pueden impugnar leyes federales (Cámara de Diputados), o leyes federales y tratados internacionales

³⁶⁵ Auto del Tribunal Constitucional español 874/85, de 5 de diciembre. En México, en cualquier caso, no cabe el sobreseimiento por desestimiento del actor en la acción de inconstitucionalidad, como tampoco en la controversia sobre la constitucionalidad de normas generales.

³⁶⁶ Una legitimación en favor del procurador general de la República se reconoce también en Portugal, Brasil, Perú y Guatemala.

(Cámara Senadores) o leyes —federales o estatales— electorales (partidos políticos) o leyes de un estado (Legislaturas locales). Todas ellas, sin excepción posible, pueden, en cambio, ser impugnadas ante la Suprema Corte por el procurador general. En este sentido, puede decirse que *su legitimación es universal*.

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

La cuestión de la dependencia o independencia del procurador general respecto del presidente de la República tiene una extraordinaria relevancia en relación a su legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, porque si resultase que el procurador no tiene garantizada su independencia respecto del Ejecutivo, al menos en un grado razonable, la legitimación para ejercitar la acción de inconstitucionalidad quedaría en muy buena medida desvirtuada. Así sucedía hasta hace no muchos años de modo especialmente agudo, como destacábamos en ediciones anteriores de esta obra y aunque en la actualidad la situación ha cambiado considerablemente al haber en México un creciente pluralismo político en los últimos años y una cierta alternancia tan saludable como necesaria. Aun así, la situación de dependencia o independencia del procurador tiene una muy destacada influencia en la funcionalidad de su legitimación activa para plantear la acción de inconstitucionalidad. Veamos por qué:

1. *Respecto de las leyes de la Federación*, si existe sintonía entre la composición de la Cámara de Diputados y la de Senadores, por un lado, y el partido político a que pertenezca el presidente de la República, es claro que, al ser nombrado el procurador general por el presidente y depender absolutamente de su libre voluntad su nombramiento, su legitimación activa para plantear la acción de inconstitucionalidad queda seriamente condicionada por el hecho de que si plantea esa acción frente a una ley federal estará oponiéndose a una norma aprobada con la mayoría del partido de que es líder aquel que lo designó. Esta fue la situación hasta no hace mucho, si bien en los últimos tiempos ya no es así. Pero es que si la situación no es la descrita antes, al haber un

mayor pluralismo político en México, tampoco puede ignorarse que la existencia de una diversa conformación de fuerzas políticas en la presidencia de la República y en los órganos legislativos de la Federación puede conllevar otro riesgo no menor si el procurador general depende totalmente de la libre voluntad del presidente: el de que el procurador general pueda hacer un uso más o menos torticero de su legitimación activa para plantear acciones de inconstitucionalidad frente a leyes aprobadas por fuerzas políticas adversarias de aquel de quien depende absolutamente el procurador (el presidente de la República) con mayoría en una o ambas cámaras legislativas.

En este sentido, respecto de las leyes de la Federación, si el procurador general no tiene garantizada su independencia frente al presidente de la República, su legitimación activa para interponer las acciones de inconstitucionalidad queda muy condicionada y resulta en gran medida disfuncional, y ello tanto si en los órganos legislativos tienen mayoría la fuerza o fuerzas parlamentarias que respaldan al presidente de la República (riesgo de no ejercicio de la legitimación activa para no “atacar” al partido de aquel de quien depende absolutamente), como si no es así, pues entonces el riesgo lo es de que se emplee la legitimación activa como instrumento de agresión o desgaste frente a las fuerzas parlamentarias (mayoritarias) adversarias del partido que lidera el presidente de la República. En este sentido, ya en ediciones anteriores de esta obra decíamos: “Pero es que la falta de independencia del procurador general no podría ser valorada positivamente en relación al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ni siquiera en el caso de que llegasen a tener la mayoría parlamentaria y la Presidencia de la República dos partidos distintos pues, incluso en esa lejana hipótesis es fácil que lo que terminase ocurriendo es que la legitimación del procurador general para interponer la acción de inconstitucionalidad se utilizase, justamente, para obstaculizar buena parte de las leyes aprobadas por el Congreso, lo que se lograría sin el desgaste ni las complicaciones que puede implicar el ejercicio por una minoría de un 33% de los parlamentarios o el veto presidencial”.

Por tanto, en cuanto a la legitimación activa frente a las leyes federales, si el procurador general depende absolutamente del libre criterio del presidente, su legitimación queda en gran medida truncada y

resulta disfuncional, y ello tanto si hay coincidencia entre el partido del presidente de la República y las fuerzas parlamentarias mayoritarias, como si no la hay. Cabría aplicar entonces al procurador general aquello de la canción: ni contigo ni sin ti tienen mis males remedio. La cuestión estriba, pues, en la total dependencia, o no, del procurador general respecto del presidente y no en si el partido de este último tiene o no mayoría en los órganos legislativos.

2. *Respecto de los tratados internacionales*, es sabido que su celebración es facultad del presidente de la República.³⁶⁷ Por tanto, siempre que el procurador ejerza esta facultad impugnatoria, lo hará frente a unas normas que ha celebrado —e incorporado así al ordenamiento mexicano como Ley Suprema (artículo 133)— el propio presidente. La dependencia, siquiera relativa, del procurador respecto del presidente conllevaría reconocer poco menos que la legitimación aquí contemplada es una vez más una legitimación que nace muerta.³⁶⁸

3. Respecto, en fin, de las *leyes de los estados*, si el procurador general no tiene independencia respecto del Ejecutivo, el ejercicio, por parte del procurador general, de la legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las mismas será tanto más probable en la medida que el partido gobernante a nivel federal no coincida con el partido mayoritario a nivel local, situación que ciertamente “se dará cada vez con más frecuencia en el futuro”.³⁶⁹

Por todo lo anterior, es de la mayor importancia determinar si el procurador goza o no, y en qué grado, de independencia respecto del Ejecutivo, pues ello va a condicionar en muy buena medida el

³⁶⁷ Castro y Castro no oculta su extrañeza y desconcierto ante esta legitimación frente a tratados internacionales: “Más que en cualquier otro ejemplo, es en esta intervención del procurador general de la República donde mayor desconcierto me causa la nueva estructuración constitucional en materia de acciones de inconstitucionalidad. ¿Cómo es posible —salvo si se ha creado un nuevo poder político—, que el procurador plantee que un tratado es contrario a la Constitución, celebrado por el presidente, y ratificado por el Senado de la República? ¿Quién autoriza y supervisa la impugnación?”. Castro y Castro, Juventino, *op. cit.*, nota 69, p. 208.

³⁶⁸ Incluso podría tener cierta justificación que el procurador general de la República fuese nombrado exclusivamente por el Senado por mayoría de dos tercios, pues aunque los tratados internacionales, celebrados por el presidente, son ratificados por el Senado, la ratificación sólo requiere mayoría simple, mientras que para el nombramiento del procurador general de la República se precisó una mayoría reforzada de dos tercios. Pero la dependencia del Ejecutivo no parece justificable en modo alguno.

³⁶⁹ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 81, p. 119.

juego de esta legitimación en la vida política mexicana.³⁷⁰ A ello nos referimos a renglón seguido.

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

De conformidad con el texto constitucional, afectado también en este punto por la reforma de 1994, el procurador general de la República, que es la persona que está al frente del Ministerio Público de la Federación, es “designado por el Titular del Ejecutivo”, esto es, por el presidente de la República entre mexicanos mayores de 35 años, que sean licenciados en derecho con antigüedad de 10 años al menos, gocen de buena reputación y no hayan sido condenados por delito doloso. Y si bien es cierto que para ese nombramiento se precisa la “ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente”,³⁷¹ no lo es menos que “podrá ser removido libremente por el Ejecutivo”, tal y como expresamente declara la letra A) del artículo 102, determinación esta última de gran importancia y de interpretación más problemática de lo que *prima facie* pueda parecer.

De esta regulación parece desprenderse que la Procuraduría General es un cargo de confianza del gobierno y del Senado simultáneamente, en cuanto que su nombramiento corresponde al presidente de la República con la ratificación del Senado. Esta conclusión queda, sin embargo, aparentemente desvirtuada por el régimen constitucionalmente previsto para la destitución del procurador general. Dicho

³⁷⁰ Por supuesto, aquí abordamos la cuestión en términos objetivos, pues luego en la *praxis* todo depende mucho de las condiciones personales de quien sea titular de la Procuraduría General y de la aptitud del presidente hacia el mismo, que puede ser muy considerada, dándole en la práctica, por unas u otras razones, un mayor o menor margen de maniobrabilidad y libertad. Es claro, en cualquier caso, que lo que interesa es que haya garantías objetivas (y no subjetivas dependientes de la pura voluntad del presidente de la República) de que la legitimación activa del procurador general no se va a emplear como instrumento de lucha política.

³⁷¹ Esta ratificación por el Senado se trata de justificar en la iniciativa presidencial en los siguientes términos: “Debido a que la Constitución le otorga al procurador general de la República el carácter de representante de los intereses de la Nación en las materias del juicio de amparo y las controversias y las acciones de inconstitucionalidad, se hace necesario someter el nombramiento que haga el Ejecutivo Federal a la ratificación del Senado de la República”.

régimen parece no sólo no garantizarle su independencia frente al Ejecutivo, sino que, por el contrario, parece consagrar su dependencia absoluta, en cuanto que puede ser removido por el presidente de la República en cualquier momento y sin que se precise la concurrencia de causa alguna: se trata, en suma, de una remoción o destitución que ni precisa ratificación del Senado ni parece tampoco —en principio— necesitar justificación, al menos no desde una perspectiva jurídico-constitucional estricta, pues ese parece ser el único significado que puede atribuirse al expresivo adverbio “libremente” que emplea el artículo 102 constitucional.

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

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

Por lo pronto, hay que empezar reconociendo que, como se ha demostrado, la dependencia del procurador general respecto del Ejecutivo conduce a un resultado que, generosamente, cabría calificar de disfuncional; pues no de otro modo puede calificarse el hecho de que se otorgue legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes federales o tratados a quien, en último término, depende pura y simplemente de quien es responsable último de unas y otros,³⁷² como ha

³⁷² Respecto de los tratados, porque es el encargado de su celebración; respecto de las leyes federales, porque el partido al que pertenece cuenta asimismo con mayoría

sido lo habitual hasta hace bien poco en México; y no menos disfuncional resulta esa legitimación activa en la situación alternativa de que el presidente no esté respaldado por las fuerzas parlamentarias mayoritarias, pues entonces el procurador general puede estar fácilmente tentado de instrumentalizar políticamente su legitimación activa para combatir leyes aprobadas por las fuerzas parlamentarias mayoritarias, adversarias de aquel de quien el procurador general depende absolutamente (el presidente de la República), si aceptáramos esa interpretación. No creo que sea una interpretación malintencionada sostener que la dependencia respecto del Ejecutivo del procurador supone que éste une, en principio, su suerte al buen servicio al presidente, y parece que este buen servicio incluye, por lo pronto, la falta de oposición frente a las leyes de cuya autoría es responsable, directa o indirectamente, la Presidencia de la República, cuando menos en sus líneas básicas;³⁷³ o, por el contrario, en la situación alternativa, ese buen servicio incluiría la oposición por su parte a determinadas leyes aprobadas por las fuerzas parlamentarias mayoritarias, que serían las adversarias políticas del presidente.

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

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

parlamentaria y en la mayor parte de los casos, las leyes aprobadas lo han sido por iniciativa legislativa presidencial.

³⁷³ El único límite que tendría el presidente es el control político de las minorías y, especialmente, de la opinión pública y los medios de comunicación, aspecto éste cuya importancia no puede en modo alguno minusvalorarse, especialmente cuando en el nombramiento del procurador general de la República haya existido un cierto consenso entre el gobierno y la oposición, como hasta ahora ha ocurrido. Pero es obvio que ello no es, en absoluto, suficiente, pues no podría impedir, en términos de estricto derecho, la destitución sin causa alguna por el presidente.

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

Así pues, lo que se propugna en la iniciativa presidencial es una remoción, en efecto, “libre” del procurador general por el presidente de la República, pero no en el sentido de “libérrima” o absolutamente libre, sino más bien en el sentido bien distinto de discrecional, por cuanto que la libertad de la remoción aparece condicionada a un ejercicio negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal. El propio presidente habla, así pues, en su iniciativa de reforma de remoción “libre”, pero no se limita a ello sino que expone la justificación por la que la remoción es “libre”, el sentido en que debe entenderse esta expresión en la concepción del autor de la iniciativa de reforma, iniciativa que —sin cambio alguno en este punto— pasó a ser ley de reforma constitucional, hoy ya en vigor.

Recordemos una vez más que el motivo que explica y da sentido a la facultad presidencial de “remoción libre” del procurador es el hecho de que al ser el presidente de la República “el responsable último de velar por la aplicación de la ley en el ámbito administrativo, debe estar facultado para actuar firmemente cuando perciba que la institución se desempeña de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal” y, naturalmente, sólo en ese caso de actuación negligente o indolente³⁷⁴ en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, primordialmente la señalada en el párrafo segundo del artículo 102.A) de la Constitución:

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los

³⁷⁴ La apreciación de si hay o no un ejercicio indolente o negligente (necesariamente grave) corresponde, en primer lugar, al presidente de la República, cuya decisión ha de gozar de un margen de confianza, por así decirlo, pero sin que ello cierre en modo alguno el control judicial para los casos en que sea clara o patente la inexistencia de tal vicio. La referencia a un ejercicio negligente o indolente no es más que un concepto jurídico indeterminado, técnica perfectamente conocida por los juristas, y cuya utilidad y eficacia no se presta a dudas.

inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

En efecto, entiendo que, aunque el ejercicio negligente o indolente viene referido en la iniciativa a la persecución de los delitos federales, como función característica por antonomasia del procurador general de la República, resulta obvio que un ejercicio viciado de cualquiera de sus otras atribuciones básicas puede ser suficiente para justificar la remoción del procurador. Es claro que la referencia a aquella específica función no puede tener una finalidad enumerativa o agotadora, sino sólo ejemplificativa, con relación precisamente a la que es la función emblemática del procurador general de la República, pero no su única función. Así lo exige la operatividad lógica del precepto, tanto más si se tiene presente que el mismo artículo de la Constitución, un poco más adelante, establece la responsabilidad del procurador general de la República por toda falta, violación a la ley u omisión en que incurra “con motivo de sus funciones”; y ha de entenderse que también el ejercicio indolente o negligente se refiere también al ejercicio de sus funciones en general, y no sólo al ejercicio de la más emblemática de ellas. Esta interpretación extensiva aparece avalada por el hecho de que lo que se interpreta no es el texto mismo de la Constitución, sino sólo el texto de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial, que no es más que un criterio hermenéutico del texto constitucional mismo, por más importante que en este caso sea tal criterio.

El único obstáculo que podría encontrarse para una interpretación como la aquí sostenida es que la aludida determinación del presidente de la República por la que se vincula la remoción libre al desempeño de la institución “de manera negligente o indolente en la persecución de los delitos de orden federal”, no quedó plasmada, de manera expresa, en el texto constitucional reformado, pero —aunque no deja de ser un inconveniente no pequeño— hay una serie de datos que acaso consientan y aconsejen tenerla en cuenta a la hora de interpretar el precepto constitucional.³⁷⁵

³⁷⁵ Todo ello, por cierto, no hace sino confirmar que el viejo adagio *in claris non fit interpretatio* o la caracterización de Montesquieu del juez como la boca del que pronuncia las palabras de la ley (y de la sentencia como un documento que ha de

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

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

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

Desde luego que una interpretación como la aquí sostenida presenta el inconveniente de que la Constitución no regula la duración del mandato del procurador general, pero ello no es un obstáculo insalvable, pues el cambio del presidente de la República puede considerarse como “causa justa” para la remoción del procurador general y el corresponder siempre al texto expreso de la ley) no son más que una falacia, experiencia hoy común hasta del menos avezado de los juristas.

nombramiento de otro en su lugar a falta de una regulación expresa de la duración del mandato por la Constitución o la ley.

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

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

[La impugnación de una ley federal o de un tratado internacional por el Procurador General] sería a lo menos desconcertante. Instauraría la hipótesis de que un *Nuevo Poder* ha nacido en nuestra vida constitucional al lado de la Federación (con su distribución en Ejecutivo, Legislativo y Judicial); de los Estados Federados (¿y el Distrito Federal?); de los municipios; y del Poder Reformador de la Constitución... Manifiestamente no es de creerse que ése hubiese sido el propósito del Poder Constituyente (o si se quiere mejor del Poder Reformador de la Constitución), al aprobar un nuevo artículo 105 constitucional. Creo que es manifiesto el que (independientemente de que no se daría la hipótesis que vengo manejando, por *obvias razones políticas*) el Procurador de la República no puede oponerse a leyes federales promovidas por el Ejecutivo Federal, o tratados firmados, por él. Y recuérdese que éste

puede remover libremente a aquél. Si se trata de leyes no iniciadas por el Presidente de la República tampoco creo que pudiera oponerse el Procurador General... Es perfectamente entendible que es ésa [el veto presidencial] la más antigua forma en que el Ejecutivo Federal se ha opuesto a las leyes, entre otras muchas razones por las de una inconstitucionalidad que aprecia. Para esto no necesita al Procurador General, puesto que el procedimiento constitucional apropiado existe; y en caso de que el Presidente vetara la ley, la nueva mayoría que exige la Constitución (para superar el veto: dos tercios de los votos), difícilmente daría cabida al 33% opositor. Si insistiéramos en que el Procurador General puede, sin necesidad de consultar al Presidente, impugnar como inconstitucional una ley federal —y suponiendo que este último funcionario no lo cesa y lo sustituye— todavía quedaría una hipótesis remota por resolver: ¿también podría impugnar el Procurador una ley vetada por el Ejecutivo, devuelta, y votada nuevamente por los dos tercios de las Cámaras del Congreso? La llamamos hipótesis remota porque la nueva votación es de dos tercios, y se supone que hay la posibilidad matemática de un tercio restante que pudiera seguir estando en contra de la ley federal aprobada. Y una final advertencia: El Procurador General no juega por tercios; existentes o inexistentes. Tan sólo requiere su propia voluntad, aunque yo insisto en que lo que necesita es la voluntad del Ejecutivo Federal.³⁷⁶

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

Y si esa legitimación del procurador casa mal con su pretendida dependencia absoluta del Ejecutivo, habrá que formular las objeciones correspondientes e incluso hacer las pertinentes consideraciones *de lege*

³⁷⁶ Castro y Castro, Juventino, *op cit.*, nota 69, pp. 199 y 200.

ferenda. Lo que, en todo caso, no puede hacerse es prescindir de una disposición constitucional por el simple hecho de que case mal con otra disposición de la misma Constitución: lo que habrá que hacer es, más bien, lograr una interpretación conciliadora de ambos preceptos a fin de evitar un resultado absurdo. Ello creo que no hace sino reafirmar la necesidad y oportunidad de una interpretación como la que sustentó.

Y se admita o no la interpretación aquí sostenida sobre el *status* del procurador general en cuanto a su independencia frente al presidente de la República, no podemos dejar de hacernos eco de la opinión pujante en la doctrina mexicana en el sentido de potenciar, *de lege ferenda*, la independencia del procurador general por medio de una reforma constitucional que atribuya al Congreso de la Unión la facultad de su nombramiento por una mayoría reforzada,³⁷⁷ consagrando de este modo con claridad su absoluta independencia respecto del presidente de la República. Mientras esa reforma llega, habrá quizás que determinar si puede prosperar o no una interpretación como la aquí propugnada. De lo que no cabe duda es de que México también ha contribuido a dar continuidad histórica a la célebre exclamación de Goldschmidt hace décadas, y que recientemente nos recordaba Montero Aroca:³⁷⁸ “¡Qué naturaleza proteica tiene el procurador general!” (¡*Welche Proteusnatur hat die Staatsanwaltschaft!*), en referencia a la multiplicidad de formas que podía adoptar Proteo, el pastor de los rebaños de Poseidón, de modo análogo a como acontece con el ministerio público a nivel del derecho comparado.

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

En nuestra modesta opinión, pensamos que el *iter* no ha terminado, es preciso dar autonomía técnica y funcional al Ministerio Público; que éste ya no dependa del Poder Ejecutivo, que sea independiente, pues se trata del representante social, no del representante del gobierno. Por ello, proponemos que su titular sea designado por el Congreso de la Unión o alguna de sus Cámaras, sin intervención del Ejecutivo, y que el mismo responda ante la Ley y ante la sociedad, no ante el titular del Ejecutivo... De la misma manera, sería conveniente que el Procura-

³⁷⁷ Es, por ejemplo, la propuesta de Cárdenas Gracia, Jaime, “La ubicación constitucional del ministerio público”, *La justicia mexicana...*, op. cit., nota 13, p. 279.

³⁷⁸ Montero Aroca, Juan, “El ministerio público en España (un intento de explicación de lo inexplicable)”, *La justicia mexicana...*, op. cit., nota 13, p. 302.

dor fuera neutral, o al menos no haberse destacado como dirigente de partido, ya que de lo contrario se corre el riesgo, como ahora, de señalar que el Procurador se mueve por intereses partidarios, no por interés de la sociedad.³⁷⁹

3. *Los partidos políticos*

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

– Si las *disposiciones electorales* sobre cuya constitucionalidad se suscitan dudas son *federales*, sólo se otorga legitimación a aquellos partidos políticos “con registro ante el Instituto Federal Electoral”.

– Si, en cambio, las *disposiciones electorales que se impugnan son de ámbito estatal o local*, estarán legitimados no sólo los partidos registrados en el Instituto Federal Electoral, sino también los partidos con registro estatal, si bien en este último caso, como es enteramente natural, sólo respecto de las leyes “expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro” o, dicho de otro modo, únicamente respecto de las leyes del Estado al que el partido en cuestión reduce su ámbito de actuación.

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

³⁷⁹ Soberanes Fernández, José Luis, *op. cit.*, nota 49, p. 16.

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

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

Ha de tenerse en cuenta, en efecto, que la mentada reforma de 1996 ha suprimido la referencia expresa a la “materia electoral” como excluida del objeto de la acción de inconstitucionalidad y si bien es cierto que, junto a ello, se introduce un nuevo apartado f) en el mismo artículo 105.II por el que se regula específicamente la legitimación respecto de las leyes electorales, es patente que, suprimida con carácter general la “excepción electoral” (por así llamarla), no hay motivo alguno en el texto constitucional para entender no incluidas dentro de las “leyes de carácter federal” (apartados a-b-c) o “estatal” o “del Distrito Federal” (apartados c-d-e) a las que tengan por objeto la materia electoral. Tal exclusión ha perdido ya toda la base constitucional, clara y rotunda, que antes sí encontraba.

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

No obsta a la interpretación arriba sostenida lo preceptuado, también tras la referida reforma de 1996, por el propio artículo 105.II en el

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

a) Respecto de las *leyes (electorales) federales*, están legitimados: “el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión” (apartado a) o “del Senado” (apartado b), así como el procurador general de la República (apartado c) y los “partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral”.

b) Respecto de las *leyes (electorales) del Distrito Federal* tiene además legitimación el “equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal” (apartado e), pero no los partidos de ámbito del Distrito Federal pues éstos no existen por cuanto que, también en este punto, como en tantos otros,³⁸⁰ el régimen jurídico del Distrito Federal es distinto al de los estados y, conforme al artículo 122.C (que establece las Bases a que ha de sujetarse el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal), Base Primera, V, apartado f), inciso final: “En estas elecciones [las locales del Distrito Federal] sólo podrán participar los partidos políticos con registro nacional”.

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

³⁸⁰ Artículo 43 de la Constitución: “Las partes integrantes de la Federación son los Estados de... y Distrito Federal”. Artículo 44: “La ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos”. Su concreto régimen jurídico está contenido, fundamentalmente, en el extenso artículo 122 de la Constitución.

Esto supone, en suma, ampliar la legitimación en la acción de inconstitucionalidad frente a una clase específica de leyes: las electorales, respecto de las cuales el círculo de legitimados se extiende, bajo ciertas condiciones formales y territoriales, a los partidos políticos, lo que se explica por el especial interés que éstos tienen en cuanto tales respecto de tal tipo de leyes, así como por la necesidad de fortalecimiento de las minorías, muy especialmente en el campo electoral, en el que pueden sufrir muy serios fraudes de otra forma, que redundarían no sólo en su propio perjuicio, sino sobre todo en el del sistema en su globalidad, en el del proceso democratizador, así como en la credibilidad y transparencia del entero proceso electoral. Este criterio, defendido en esta obra ya en su primera edición, ha sido literalmente asumido por la Suprema Corte de Justicia al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/1998.³⁸¹

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

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

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

Es claro que son ellos los principales interesados en velar por el respeto a las reglas de juego en el proceso electoral tendente a elegir democráticamente a los representantes del pueblo en los diversos niveles de gobierno. Ello no justificaría, no obstante, la exclusión de los

³⁸¹ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo IX, abril de 1999, p. 253. Acción de inconstitucionalidad 10/1998 (“Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos no son los únicos que pueden combatir en esta vía leyes electorales”).

legitimados por el régimen común para impugnar las leyes electorales y, por ello mismo, la legitimación específica de los partidos es concurrente con la de los demás legitimados, quienes también pueden jugar un papel de relevancia en esta tarea de control, por más que resulte difícil imaginar una actuación autónoma de alguno de esos legitimados sin que, al mismo tiempo, se produzca una impugnación de la misma ley electoral por algún partido político. Más bien, será frecuente la concurrencia de los legitimados por el régimen común y los especialmente legitimados en materia electoral, ante todo por medio de la superposición de la demanda de partidos políticos y minorías parlamentarias.

Hay que aclarar, en todo caso, que esta legitimación específica tiene una mayor amplitud que la de las minorías parlamentarias pues se contempla con mucha generosidad, en la medida en que cualquier partido legalmente constituido y con registro puede acudir por vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte. El registro habrá de ser federal ante el Instituto Federal Electoral para impugnar leyes electorales federales o locales, y estatal para impugnar leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa de la entidad federativa que les otorgó el registro.

No se requiere, pues, haber obtenido una determinada representación sino que basta con que el partido político impugnante de la ley esté registrado,³⁸² bien a nivel nacional (respecto de las leyes electorales fede-

³⁸² Sobre el registro de los partidos nacionales, véanse los artículos 24 a 29 Cofipe (requisitos y procedimientos de constitución) y 30-31 (sobre admisión o no). Como nos dicen Carpizo y Carbonell, “una organización para poder ser registrada como partido político deberá satisfacer una serie de requisitos, a saber: *a*) formular una declaración de principios, su programa de acción y sus estatutos; y *b*) contar con tres mil afiliados en por lo menos diez entidades federativas, o bien, tener trescientos afiliados, en por lo menos cien de los distritos electorales uninominales. En ningún caso el número total de sus afiliados en el país podrá ser menor al 0.13% del padrón electoral federal que se haya utilizado en la elección anterior a su solicitud. En el artículo 28 Cofipe se señalan todos los pasos que habrán de realizarse y los documentos que deberán entregarse con la finalidad de obtener el registro... Un partido político pierde su registro por las siguientes causas: *a*) No participar en un proceso electoral federal ordinario; *b*) No obtener por lo menos el 2% de la votación emitida, en ninguna de las diversas elecciones federales —diputados, senadores, presidente de la República—; *c*) No obtener por lo menos 2% en alguna de las votaciones arriba señaladas, si participa en una coalición; *d*) Haber dejado de cumplir con los requisitos necesarios para obtener el registro; *e*) Incumplir de manera grave y sistemática, a juicio del Consejo General del Instituto Federal Electoral, las obligaciones que le señala el Código; *f*) Haber sido declarado disuelto por acuerdo de sus miembros, conforme a

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

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

si el partido promovente [de la acción de inconstitucionalidad] demuestra haber solicitado el registro condicionado [ante el Instituto Federal Electoral, o ante el registro estatal, según sea un partido de ámbito federal o local] conforme a la convocatoria expedida por la autoridad electoral y ésta le negó el registro, debe estimarse que carece de legitimación procesal para ejercitar la acción constitucional de mérito, por no acreditar con el certificado respectivo, expedido en términos de lo dispuesto por los artículos 22 y 23 Cofipe.³⁸³

Así pues, todo partido político que goce de registro tiene legitimación activa para plantear la acción de inconstitucionalidad y ello incluso si es un registro condicionado; pero si no tiene ni siquiera el registro condicionado, carecerá de legitimación, pues carece de ella “el partido político que solicitó registro condicionado y éste le fue negado por la autoridad electoral” (tesis jurisprudencial 16/1997).

Por último, debe decirse que los partidos políticos que hagan uso de su legitimación habrán de hacerlo a través de sus dirigencias, por así determinarlo expresamente la Constitución, como por otra parte es natural. Cuando sean partidos con registro a nivel nacional, en el Instituto Federal Electoral, la pertinente decisión de interposición de la

lo que establezcan sus estatutos; y g) Haberse fusionado con otro partido político”. Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 67-69.

³⁸³ *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo V, febrero de 1997, p. 357. Acción de inconstitucionalidad 7/96, de 7 de enero. Tesis jurisprudencial 16/1997.

acción habrá de adoptarse por las “dirigencias nacionales”, pues así lo determina también el nuevo apartado f) del artículo 105.II. Y ello incluso para el caso de que la ley que se impugne sea estatal y no nacional; incluso en este caso, en cuanto que el partido es de ámbito federal, se exige que sea su dirección nacional la que adopte la decisión de impugnar una ley de ámbito estatal. La solución es, obviamente, distinta cuando el partido político tenga registro estatal, pues en tal supuesto dice el precepto constitucional que los partidos ejercen esta legitimación “a través de sus dirigencias”, dirigencias que son las de ámbito estatal.

Estos criterios, defendidos ya en la primera edición de esta obra, han sido también asumidos por la Suprema Corte.³⁸⁴ A nuestro modo de ver, hay razones no sólo de interpretación literal y sistemática que avalan el rechazo a la posibilidad de que las dirigencias estatales de un partido político con registro federal puedan impugnar leyes estatales, sino también argumentos ligados a la importante función desempeñada por los partidos políticos en un sistema democrático, conforme hoy reconoce de modo expreso la Constitución mexicana, por lo que la admisión de la posibilidad mencionada supondría no sólo no apoyar la unidad interna de esos partidos políticos, que como instrumentos de manifestación de la voluntad popular juegan un papel muy relevante de integración política, sino apoyar más bien su desmembración o su debilidad estructural interna, que es cosa distinta del pluralismo, promoviendo que su funcionamiento pueda llegar a ser un verdadero reino de taifas en atención a los particulares intereses de cada organización territorial del partido de que se trate, aparte de que éstas carecen de toda autonomía *externa*, no son “como” partidos políticos estatales, sino sólo unidades organizativas internas, aun cuando pueda reconocérseles más o menos autonomía internamente, por lo que no tendría sentido reconocérseles esa legitimación activa, máxime en contra de sus dirigencias nacionales.

³⁸⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XII, agosto de 2000, p. 484, Acción de inconstitucionalidad 3/2000 (“Acción de inconstitucionalidad. Los partidos políticos sólo pueden ejercerla por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según corresponda”); e *ibidem*, tomo XI, abril de 2000, p. 547, Acción de inconstitucionalidad 1/2000 (“Acción de inconstitucionalidad. El presidente de un Comité Ejecutivo estatal carece de legitimación para promoverla en representación del partido político nacional”).

Es preciso indicar que la Corte ha podido precisar que la legitimación activa se otorga a los partidos políticos en las condiciones vistas, pero no a las agrupaciones políticas nacionales:

De conformidad con los artículos 105, fracción II, inciso *f*), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 62 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del propio artículo 105, sólo los partidos políticos nacionales, con registro ante el Instituto Federal Electoral, podrán promover la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales, tanto federales como locales; en consecuencia, las agrupaciones políticas nacionales carecen de legitimación para promover ese medio de control constitucional, pues aunque el artículo 33 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales las contempla como formas de asociación ciudadana que coadyuvan al desarrollo de la vida democrática y de la cultura política, así como a la creación de una opinión pública informada, el artículo 22 del mismo código dispone que no son partidos políticos, sino que para alcanzar esta calidad deben demostrar que se les otorgó el registro correspondiente”.³⁸⁵

III. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Conforme al artículo 10 de la LR105, relativo propiamente a las controversias constitucionales pero de aplicación también a las acciones de inconstitucionalidad por la remisión normativa del artículo 59 LR105, la legitimación pasiva en las acciones de inconstitucionalidad corresponde al órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general impugnada. En coherencia con ello, el artículo 61 LR105 establece que la demanda de la acción de inconstitucionalidad ha de contener, entre otros datos, los siguientes: “los órganos legislativos y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas”. Son indiferentes los cambios en la integración de la legislatura, pues el demandado lo es el órgano legislativo en sí mismo, cualquiera que sea su integración, por más que esos cambios puedan

³⁸⁵ Acción de inconstitucionalidad 6/2004 y su acumulada 9/2004. Tesis jurisprudencial 38/2004.

tener repercusión, en algunos casos, en el posicionamiento jurídico del órgano legislativo en cuanto a la constitucionalidad o no de la norma impugnada, especialmente en la hipótesis de un vuelco en la composición política de alguna de las cámaras legislativas.

Si concretamos lo dispuesto en el artículo 10 LR105 a las distintas hipótesis imaginables de acciones de inconstitucionalidad, podríamos decir que los órganos con legitimación pasiva, o que han de ser “demandados” por los promoventes de una acción de inconstitucionalidad, han de ser los siguientes:

a) Si se impugnan *leyes federales o leyes del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión*, la legitimación pasiva corresponde al Congreso de la Unión, esto es, a la Cámara (federal) de Diputados y a la Cámara (federal) de Senadores, pues ambas Cámaras participan en la elaboración de esas normas generales. Por regla general, también corresponde la legitimación pasiva al presidente de la República, como órgano que normalmente promulga dicha Ley, aunque excepcionalmente no será así respecto de la Ley Orgánica del Congreso, pues respecto de la misma se establece constitucionalmente que no será necesaria su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

b) Si se impugna un *tratado internacional*, corresponde la legitimación pasiva al Senado y al presidente de la República.

c) Si se impugna una *ley emitida por una legislatura estatal o por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, la legitimación pasiva corresponde a cada uno de estos órganos legislativos, respectivamente, así como al gobernador del estado como el órgano que promulga dichas normas por regla general, si bien no será así en el caso de la Ley Orgánica del Estado al no requerirse su publicación en la gaceta de gobierno de la entidad federativa.³⁸⁶ En todo caso, la impugnación ha de serlo, lógicamente, por contradicción con la Constitución federal,

³⁸⁶ La Suprema Corte ha establecido la tesis jurisprudencial de que cuando una disposición constitucional de una entidad federativa establece que no es precisa la “promulgación expresa del Ejecutivo estatal para tener vigencia”, el gobernador “no puede tener el carácter de autoridad demandada”, al ser el propio Congreso estatal el que tiene la competencia para ordenar la promulgación de la ley en cuestión (en el caso, era la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos): *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo IX, febrero de 1999, tesis P./J.1/99, p. 286, acción de inconstitucionalidad 1/98.

pues la eventual incompatibilidad con la Constitución estatal no es revisable a través de la acción federal de inconstitucionalidad que estudiamos en esta obra, sin perjuicio de que sí lo sea a través de las acciones locales de inconstitucionalidad a que se ha hecho referencia en algún momento anterior y que existen ya en varios estados de la República.

d) Además, algunos autores consideran, con apoyo en jurisprudencia de la Suprema Corte, que también tienen legitimación pasiva los secretarios de Estado o jefes de departamento federales o de las entidades federativas que respectivamente refrenden el correspondiente Decreto promulgatorio (de una ley) del presidente de la República o el gobernador del estado, y ello por aplicación del segundo párrafo del artículo 13 y la fracción II del artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como del artículo 92 de la Constitución federal, que dicen:

Artículo 13 LOAPF:

Tratándose de los Decretos promulgatorios de las leyes o decretos expedidos por el Congreso de la Unión, sólo se requerirá el refrendo del titular de la Secretaría de Gobernación.

Artículo 27 LOAPF:

A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

II. Publicar las leyes y decretos que expidan el Congreso de la Unión, alguna de las dos Cámaras o el Presidente de la República.

Artículo 92 de la Constitución federal:

Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda. Y sin este requisito no serán obedecidos.

Por nuestra parte, no compartimos esta interpretación, pues es claro que la LR105 otorga la legitimación pasiva al órgano que hubiera “promulgado” la norma general impugnada (artículos 10 y 61.II) y no en ningún caso al órgano que hubiera refrendado o debido refrendar esa promulgación de la norma general. Una cosa es promulgar una norma y otra refrendar esa promulgación y la legitimación pasiva sólo corresponde, a nuestro entender y en rigor, a quien promulgue dichas normas,

sin perjuicio de que quien refrende la promulgación pueda eventualmente intervenir en el proceso como “tercero interesado”.

IV. TERCEROS INTERESADOS

El artículo 59 LR105, por remisión al artículo 10 de la misma ley, atribuye el carácter de parte en el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad también a los llamados “terceros interesados”, entendiendo por tales “las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *que sin tener el carácter de actores o demandados, pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse*”.

Ahora bien, la cuestión que se plantea es la de que, como ese precepto prevé específicamente el supuesto de la intervención de terceros interesados en el proceso de las controversias constitucionales, puede interpretarse que cuando, por la remisión del artículo 59 LR105 a dicho artículo 10 de la misma ley, se aplique esa figura a las acciones de inconstitucionalidad, la remisión hecha por el precepto a las “entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución” (reguladora de las controversias constitucionales) ha de entenderse realizada en realidad a las entidades u órganos de la fracción II (en la que se regulan las acciones de inconstitucionalidad). Esta es, a nuestro modo de ver, la interpretación correcta, por lo que pueden ser terceros interesados el presidente de la República, los partidos políticos (con registro federal o estatal) y cualesquiera órganos legislativos (federales o locales) que no sean parte “actora” ni “demandada” siempre y cuando la sentencia que eventualmente llegue a dictarse en el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad pueda llegar a afectarles. Sea como sea, no puede ser tercero interesado el procurador general de la República, que tiene en todo caso el carácter de parte, conforme al artículo 10, IV.

No obstante, no parece ser esta, sin embargo, la interpretación seguida por la Suprema Corte, que ha considerado que pueden ser terceros interesados los secretarios de Estado o jefes de los departamentos administrativos que puedan verse afectados por una ley determinada, siempre que no hayan refrendado el Decreto promulgatorio de esa ley

(en el caso, los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina). Esta interpretación nos parece poco convincente ya que si bien el artículo 10, al que se remite el artículo 59, alude como terceros interesados a las entidades, poderes u órganos “a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución”, al interpretar ese precepto no puede pasarse por alto que lo que regula propiamente el artículo 10 es la cuestión de las partes procesales en las controversias constitucionales y no en las acciones de inconstitucionalidad y su aplicación a éstas tiene lugar sólo de forma supletoria, lo que requiere, a nuestro modo de ver, una adaptación razonable de sus previsiones, y esto lleva a entender que la referencia a la fracción I del artículo 105 constitucional sólo tiene sentido respecto de las controversias constitucionales, pero cuando el artículo 10 se aplica a las acciones de inconstitucionalidad la referencia ha de entenderse hecha a la fracción II de dicho artículo 105, no a su fracción I. Por otro lado, no tiene sentido alguno que si se impugna una ley promulgada por el presidente de la República o un gobernador estatal (o un tratado internacional suscrito por el primero) que afecta a un determinado departamento administrativo, éste tenga una intervención autónoma y separada de la del propio presidente de la República o gobernador (que han de ser demandados); y si éstos no son demandados por no haber promulgado la ley impugnada, siempre que se afecte a un departamento administrativo ellos podrán intervenir en todo caso como “terceros interesados”, sin que tenga mayor sentido la duplicidad de que los departamentos administrativos concretamente afectados puedan también intervenir como “terceros interesados”.

En otro orden de cosas, digamos que la terminología empleada de terceros interesados no nos parece la más atinada, pues el proceso iniciado por la acción de inconstitucionalidad no es un proceso con partes en sentido estricto, ni desde luego es propiamente un proceso en que las partes hayan de defender sus intereses propios, sino más bien un proceso objetivo y abstracto al margen de todo interés particular en el que se dilucidan las dudas sobre la constitucionalidad de determinadas normas jurídicas de rango parlamentario a fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución frente al mismo legislador democrático o frente a tratados internacionales suscritos por México. En este sentido, entendemos que sería más acertado hablar de “terceros órganos constitucionales eventualmente afectados por la sentencia a dictar, sea o no estimatoria de la

inconstitucionalidad”, y que no sean parte actora ni demandada, sin perjuicio de lo conveniente que sería abrir, por otro lado, el proceso constitucional, en determinados casos y a criterio de la Corte, a la “sociedad civil” (universidades, sindicatos, colegios profesionales, académicos relevantes, asociaciones científicas, etcétera), como manifestación de la “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, sobre todo cuando se trate de decidir sobre cuestiones de gran complejidad y gran repercusión social, hipótesis en las que debería abrirse la puerta de Pino Suárez a la “sociedad civil” antes de adoptar una decisión, a fin de oír a la sociedad plural.