

## LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD\*

Joaquín BRAGE CAMAZANO\*\*

*Al doctor Fix-Zamudio. Iudex et iurisconsultus  
Magister, patronus, amicus*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de acción de inconstitucionalidad en general; rasgos básicos de la acción mexicana de inconstitucionalidad.* III. *Naturaleza de la acción de inconstitucionalidad y modo de examen.* IV. *Legitimación activa.* V. *Objeto de la acción de inconstitucionalidad.* VI. *El parámetro de control.* VII. *El procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y la sentencia.* VIII. *¿Se ha convertido la Suprema Corte en un auténtico tribunal constitucional?*

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente exposición es esbozar una visión de conjunto de la regulación de la acción de inconstitucionalidad en México en el marco del derecho comparado, resaltando acaso especialmente aquellos

\* Este trabajo tiene su origen en una serie de conferencias y clases en México, y en particular una pronunciada en la Suprema Corte de Justicia de México en 2004 por invitación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, lo que explica el tono de buena parte de la exposición, si bien la versión originaria se ha actualizado y completado considerablemente a partir de la última edición de nuestro libro *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, al que remitimos para una consideración más detallada de casi todos los aspectos que aquí trataremos de forma condensada. Una versión preliminar de este artículo se publicó en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, enero-junio de 2005.

\*\* Doctor europeo hispano-alemán en derecho, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid; juez en Alcalá de Henares.

aspectos que, en mi criterio, parecen perfectibles y señalando posibles vías de evolución o reforma. Es éste un tema que, como ocurre con todos los relativos al derecho procesal constitucional en México y más allá de las fronteras del país azteca, ha sido trabajado por el profesor Fix-Zamudio de un modo magistral, y sobre todo sus trabajos han tenido un impacto directo en la práctica, empezando ya por la propia recepción de este instituto en la Constitución mexicana por medio de una reforma constitucional de 1994, complementada luego por otras de 1996 y 2006.

Seguramente, cuando un jurista habla en una sede como ésta, y sobre todo cuando es un jurista extranjero, la prudencia ha de ser extrema y ha de hacer gala de un notable *academical self-restraint*, por utilizar una expresión del profesor Häberle, y evitar la “intromisión en los asuntos internos”. Pero, pese a ello, permítaseme cierto enfoque crítico, pues el mismo es característica intrínseca de todo análisis científico e ingrediente irrenunciable de la actividad académica y universitaria, aparte de que la crítica constructiva es una manifestación más transparente y real de lealtad y respeto hacia las instituciones que la adulación o el halago incondicional de las mismas o su funcionamiento.

A continuación, tras esbozar un concepto genérico de acción de inconstitucionalidad, se analizará la naturaleza de este instituto procesal y el modo de examen a que da lugar, para pasar luego a analizar la legitimación activa para plantearla, así como el objeto de la misma (la “materia” impugnada a su través), para centrarnos después en el parámetro de control (la norma o normas cuya infracción genera inconstitucionalidad), por un lado, y el procedimiento de la acción de inconstitucionalidad y la sentencia, por el otro. Terminaremos con una breve reflexión sobre la naturaleza de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre si se ha convertido en un (verdadero) tribunal constitucional o no. En toda nuestra exposición predominará el enfoque *iuscomparado*, que tan importante es en este campo, como los estudios de Ferreira Mendes para Brasil y Alemania ponen de relieve.

## II. CONCEPTO DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN GENERAL; RASGOS BÁSICOS DE LA ACCIÓN MEXICANA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La acción de inconstitucionalidad puede definirse, en una primera aproximación, como aquel mecanismo o instrumento procesal-constitu-

cional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las “sentencias intermedias” o modalidades atípicas de sentencias. En caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de ser firmado por el Estado, y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten aplicar las disposiciones inconstitucionales (cuando ello fuere posible).

En esta definición están ya los ingredientes fundamentales propios de toda acción de inconstitucionalidad: su naturaleza (acción procesal-constitucional de control normativo abstracto de la constitucionalidad), la legitimación activa para ejercitarla, su posible objeto, su parámetro (la Constitución), su procedimiento y sus efectos. Muchos aspectos de los mencionados admiten variantes, de lo que resulta la posibilidad de tantas regulaciones específicas de la acción de inconstitucionalidad como ordenamientos constitucionales que la prevean. En lo que sigue nos vamos a ocupar de la concreta regulación positiva de las acciones de inconstitucionalidad en México, si bien con referencias a otros ordenamientos.

Concretando la definición sobre México, podemos destacar los siguientes rasgos de la acción mexicana de inconstitucionalidad:

- 1) Es un mecanismo de *control normativo abstracto* (esto es, al margen de todo caso concreto) de la constitucionalidad de todo tipo de leyes posteriores a la entrada en vigor de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (leyes federales,

de los estados o del Distrito Federal), así como de los tratados internacionales y las reformas constitucionales.

- 2) El *plazo* para interponerla es de treinta días no prorrogables ni excepcionables.
- 3) La *legitimación activa* para plantearla corresponde al procurador general de la República (quien puede impugnar todas las normas antes mencionadas); a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, respecto de todas las normas impugnables mencionadas antes, si bien, a diferencia del procurador, sólo en la medida en que “vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución”; a las comisiones estatales o del Distrito Federal u organismos equivalentes en relación con las leyes locales o del Distrito Federal, respectivamente; al 33% de los parlamentarios integrantes de la Cámara de Diputados y al 33% de la de Senadores respecto de las leyes federales o del Distrito Federal, o reformas constitucionales federales en cuya elaboración hubieren participado sus respectivas cámaras, así como respecto de los tratados internacionales en el caso de los senadores; a los partidos políticos respecto de las leyes electorales (federales o locales si se trata de partidos con registro nacional, y sólo locales si el partido solamente tiene registro a escala estatal).
- 4) La *legitimación pasiva* corresponde a los órganos que hubieren emitido y promulgado la norma general impugnada.
- 5) La Suprema Corte se pronuncia, tras la oportuna tramitación procesal, y salvo en los casos de terminación anticipada o anormal del procedimiento, mediante una *sentencia sobre la constitucionalidad o no* de la norma impugnada, conllevando su declaración de inconstitucionalidad la pérdida sobrevenida, y en su caso diferida, de validez y vigencia de la norma impugnada, salvo cuando se trate de tratados internacionales, respecto de los que la declaración de inconstitucionalidad sólo afectará, como es fácilmente comprensible, a su eficacia en México o respecto a México y no a su validez intrínseca.

### III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y MODO DE EXAMEN

Aunque en España se habla de “recurso” de inconstitucionalidad por razones que ahora no interesan, es claro que nos hallamos ante una ac-

ción y no ante un recurso, pues tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción y no la impugnación de una resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado.

Por otra parte, se trata de un mecanismo procesal-constitucional para el control normativo *abstracto* de la constitucionalidad. Que el control sea abstracto significa que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares, de la norma sujeta a examen; aplicación concreta que puede existir o no. Con ello, este control, este modo de examen, se contrapone al que es propio del juicio de amparo e incluso de la en Europa llamada cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual, cuando un juez (cualquier juez, a veces; en otras ocasiones sólo algunos tribunales superiores) considera que una ley es contraria a la Constitución o tiene dudas al respecto, plantea al Tribunal Constitucional la “cuestión” acerca de la conformidad a la Constitución de dicha ley para que el Tribunal resuelva con efecto vinculante y general al respecto. En la acción de inconstitucionalidad, frente a lo que ocurre en estos casos (juicio de amparo, cuestión de inconstitucionalidad), la dialéctica del caso concreto no tiene, o no debería en principio tener, ningún juego, lo que resulta acentuado y facilitado en aquellos sistemas en que, como el mexicano o el español, el ejercicio de la acción se sujeta a un plazo breve, por lo que en el momento de plantearla no habrá habido apenas aplicación de la ley en la generalidad de los casos, si bien en el momento de resolver el Tribunal, sí que es de suponer que habrá habido ya alguna aplicación práctica de dicha ley. Esta abstracción del enjuiciamiento, y la profunda politicidad que lleva consigo, despierta gran “antipatía” en algún sector de la doctrina y de los propios jueces constitucionales, pero no parece discutible que, en términos generales, el llamado control normativo abstracto de la constitucionalidad ha desempeñado una función globalmente positiva allí donde se ha instaurado, y así sigue siendo al día de hoy, con sus grandezas y sus limitaciones.

#### IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La acción de inconstitucionalidad tiene como característica común 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. Esta restricción de la legitimación responde, como dice Fernández Segado, a la necesidad de “cierta moderación en el recurso a este mecanismo procesal”.

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

Al referirnos aquí a diferentes “modelos”, no pretendemos sostener que sean los únicos existentes, pues es claro que no lo son, pero creo que sí son, quizá, 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. Y lo digo, ante todo, porque es claro que la legitimación territorial no surge en Italia sino en la propia Austria.

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, al legitimarse al Consejo de Ministros y a las juntas (= gobiernos) de las regiones: al primero en defensa de los intereses generales —y, por consiguiente, con un

ámbito de aplicación más amplio— y a las segundas en representación de los intereses propios de su territorio. Este modelo ya había sido establecido en Austria, en donde estaban legitimados el gobierno federal para impugnar las leyes de los *Länder* y los gobiernos de estos últimos para impugnar las leyes federales. 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”. Esta legitimación da lugar a que el control abstracto de constitucionalidad adquiera una clara dimensión territorial, centrada en el reparto constitucional de las competencias.

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

Este círculo de legitimados es ampliado en Alemania, 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.

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

El modelo español de legitimación para el control “abstracto” de la constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca al austriaco (originario) y al italiano, aunque supera (en la amplitud de la legitimación) a todos ellos, en los que naturalmente se inspira, en cuanto que se completa el sistema alemán con una importante legitimación del Defensor del Pueblo, que constituye una originalidad del sistema español y, en cierto sentido, 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, si bien es cierto que la fugacidad de los plazos de interposición del recurso, 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 restringida 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, y *tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través del Defensor del Pueblo*. Y aunque no creemos que pueda afirmarse en modo alguno que haya sido así en la experiencia española, 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 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 los Derechos Humanos (sin sujeción a plazo, además, como luego diremos), que pensamos que completaría el sistema de legitimación actual y pondría fin a algunas de las limitaciones que padece.

#### 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. 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”. 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 germana 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 cual-



quiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno”. Pero en último término reconocía que “no es todavía posible recomendar esta solución porque comportaría un peligro demasiado elevado de acciones temerarias”, 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*) 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 (socioeconómicas, 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, una acción popular, en favor de cualquier ciudadano, se consagra también en las Constituciones de Colombia, El Salvador y Nicaragua (ante la Sala de lo Constitucional). En Venezuela y Panamá se va incluso más allá, pues se reconoce legitimación a cualquier persona, aunque no sea nacional o no goce de los derechos políticos. En Guatemala y Ecuador, por su parte, se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero sólo “con el auxilio de tres abogados colegiados activos” en el primer caso y “previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia”, en el segundo. En Uruguay, Honduras y Paraguay se exige, en cambio, un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad.

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

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

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

\*

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 pedagógica, por el otro, 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. Éste 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, y 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).

\*

Una vez que hemos visto *grosso modo* algunos de los principales “modelos” de legitimación activa en materia de acción de inconstitucionalidad, nos queda por ver cómo ha quedado plasmada la legitimación activa en el caso de la Constitución mexicana. Y hay que comenzar por decir que 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 cuatro: *a)* fracciones de órganos legislativos; *b)* procurador general de la República; *c)* partidos políticos, y *d)* las comisiones nacional y estatales de derechos humanos (*Ombudsmänner*).

Los únicos legitimados que pueden interponer la acción contra toda clase de leyes o tratados internacionales son, por un lado, el procurador general y, por otro, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pero incluso esta última ve restringido no las normas que pueden ser objeto de su impugnación, pero sí funcionalmente el parámetro en que puede basarse para considerarlas inconstitucionales, pues sólo puede impugnar las leyes o tratados internacionales en la medida en que atenten contra los derechos humanos “consagrados” en la Constitución mexicana (legitimación funcional). En cambio, tanto las minorías parlamentarias como las comisiones estatales o del Distrito Federal, como también, en mayor medida aún, los partidos políticos, ven restringido el círculo mismo de normas impugnables (y no meramente el parámetro). Hay, pues, una íntima conexión entre las personas legitimadas y el objeto de la acción en cada caso, como después veremos.

Analicemos ahora cada uno de los supuestos de legitimación activa, aunque sea muy brevemente.

### 1. *Minorías parlamentarias*

Empezando por la legitimación a favor de las fracciones de los órganos legislativos, se otorga legitimación al 33% de los parlamentarios de la Cámara de Diputados, de la de Senadores, de los órganos legislativos

estatales o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal respecto de las leyes aprobadas por los respectivos órganos legislativos a que pertenezcan y, en el caso de los senadores, también respecto de los tratados internacionales (dada la intervención al respecto del Senado). Se trata, pues, de una legitimación otorgada básicamente a una minoría parlamentaria derrotada para que pueda hacer valer la Constitución cuando entienda que una ley aprobada finalmente es contraria al texto constitucional.

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

El problema que plantea de inmediato esta legitimación activa en su regulación en México es el del elevado porcentaje requerido para poder plantear una acción de inconstitucionalidad, pues si ya en términos globales puede considerarse como un umbral elevado, en el caso de México, con su específica realidad política, ese umbral es totalmente excesivo y disfuncional. 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 y a un quinto de los senadores, cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados, y en Francia a un décimo de los diputados y un quinto de los senadores aproximadamente. Y si bien es cierto que en Alemania o en Austria el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o del 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. 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”. Pero sí debería reducirse el umbral del 33% requerido a un quinto o, mejor aún, un sexto de los parlamentarios. 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, y esto último sólo en la Cámara de Diputados, pues en la Cámara de Senadores ya hemos dicho que ni siquiera el conjunto de todas las fuerzas opositoras unidas puede plantear ante la Suprema Corte la eventual inconstitucionalidad de una norma legal. Todo ello aparte de que 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 cons-

tituidas las cámaras es de las dos terceras partes en la de Senadores y de la mitad más uno, simplemente, en la de Diputados. 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.

## *2. Procurador general de la República*

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 del Distrito Federal, así como, incluso, tratados internacionales.

No hay, pues, ley ni tratado internacional que no pueda ser impugnado 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 (Cámara de Senadores) o leyes —federales o estatales— electorales (partidos políticos) o leyes de un estado (legislaturas locales). Toda ellas, sin excepción posible, pueden, en cambio, ser impugnadas ante la Suprema Corte por el procurador general.

En segundo lugar, es importante analizar si el procurador general goza o no de independencia respecto del presidente de la República en el ejercicio de sus funciones, ya que tiene una extraordinaria relevancia con relación a su legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad, especialmente respecto a las leyes del Congreso y los tratados internacionales; pero tampoco mucha menos por lo que se refiere a la impugnación de las leyes de los estados. En efecto, si resultase que el procurador no tiene garantizada su independencia respecto del Ejecutivo, al menos en un grado razonable, la legitimación para ejercitar la acción de inconstitu-

cionalidad quedaría en muy buena medida desvirtuada. Creo, sin embargo, que es posible una interpretación constitucional de su estatus en el sentido de que goza de independencia, pudiendo ser removido “libremente” por el Ejecutivo sólo en supuestos de ejercicio “*de manera negligente o indolente*” de sus funciones. Es una interpretación bien discutible, pero que es viable a partir de la propia iniciativa presidencial de reforma. Aquí baste con dejar apuntada esa posibilidad.

### 3. *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:

- 1) 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”.
- 2) 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.

Sobre esta legitimación pueden apuntarse brevemente tres notas:

- a) Hasta donde sé, es una legitimación novedosa en el derecho comparado y con ella se pretende consagrar una protección, en parte reforzada, de la supremacía constitucional en materia electoral por medio de una legitimación activa específica para impugnar la constitucionalidad de leyes electorales a los principales interesados en ello: a los partidos políticos.



- b) 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 la materia electoral. La reforma de 1996 rompe, también de manera expresa y frontal, con esa inveterada tradición. Pero, también es verdad, es una ruptura sólo parcial, como también lo es el reforzamiento de la supremacía en materia electoral, por cuanto que sigue habiendo una excepción difícilmente justificable en este campo: en el caso de las leyes electorales, sólo es posible su control de la constitucionalidad por medio de la acción de inconstitucionalidad, que, como sabemos, sólo se puede ejercitar en los 30 días siguientes a la publicación de la ley de que se trate.
- c) Estamos ante 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 y c) o “estatal” o “del Distrito Federal” (apartados c, d y 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 interpretación de la “acumulatividad” de las legitimaciones respecto de las leyes electorales, la confirma por completo.

#### 4. *Comisiones de Derechos Humanos*

Por virtud de la reforma constitucional de septiembre de 2006 se ha añadido una nueva legitimación activa para plantear las acciones de inconstitucionalidad que muchos habíamos propugnado desde los primeros momentos:

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Respecto de esta legitimación activa debe decirse, en un comentario de urgencia, lo siguiente:

- 1) El parámetro que restringe la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es la protección de los derechos humanos “consagrados en esta Constitución”, lo que excluye una impugnación por la Comisión Nacional que no se base en los derechos humanos, y además precisamente en aquellos reconocidos

por la Constitución mexicana (y no en los que ésta no reconozca, pero sí encuentren protección en tratados internacionales suscritos por México).

- 2) La literalidad del precepto transcrito no establece tal restricción paramétrica respecto de las comisiones estatales o del Distrito Federal o equivalentes, por lo que queda abierto si éstas sólo podrán basarse igualmente en la vulneración de derechos humanos consagrados en la Constitución federal (a favor de esta interpretación nos parece que puede jugar el empleo del adverbio “asimismo” como comienzo de la frase, aunque es un adverbio ambiguo; y también, en menor medida, una cierta congruencia sistemática que hay que presuponer, ya que se trata de organismos que tienen como función la tutela de los derechos humanos, por lo que la legitimación activa, sin restricciones a los derechos humanos como normas constitucionales alegables como infringidas, sería algo que excedería a sus cometidos, en este sentido, algo disfuncional), o, por el contrario, en cualquier precepto constitucional (parece lógico que si tal era la voluntad del constituyente, debería haber formulado de modo expreso esa restricción del parámetro para estos organismos). Nos inclinamos por la primera interpretación.
- 3) El precepto constitucional no establece tampoco ninguna restricción en el sentido de que la legitimación de los organismos estatales de “tutela antropodikea” (o tutela de los derechos humanos) se haya de entender circunscrita a las leyes estatales aprobadas por la legislatura del estado a que pertenezcan, no pudiendo impugnar las leyes de otras legislaturas locales, algo para lo que debería haberse utilizado una redacción que hablara de “sus” o “sus respectivas” legislaturas locales y no simplemente de “las legislaturas locales”. Sin embargo, entendemos que ello se debe más a un fallo de factura técnica que a otros motivos conscientes, y hay razones de peso que, no obstante, operan a favor de una restricción hermenéutica tal:
  - a) Por un lado, no sería lógico que la legitimación de la Comisión del Distrito Federal de tutela de los derechos humanos se restringa a las leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, algo que el precepto menciona expresamente, y una restricción equivalente no operara respecto de las comisiones estatales (u organismos equivalentes estatales).

- b) Por otro lado, resultaría disfuncional, y contrario a los principios del Estado federal, que los organismos de tutela antropodikea de un estado pudieran impugnar leyes de un estado distinto por vulneración de los derechos humanos federales, aunque también cabría alternativamente admitir la impugnación de leyes de otros estados sólo cuando afectaran a los derechos humanos de ciudadanos del estado a que pertenezca el organismo impugnante, con lo cual se salvaría el óbice de la actuación de un organismo de un estado más allá de los intereses del estado a que pertenece, que es lo más problemático.
- c) Además, una interpretación sistemática hace razonable en todo caso la restricción, pues se trata de una legitimación activa que no puede ignorarse que se otorga a organismos de protección de los derechos humanos a escala de un estado determinado, por lo que su expansión a la impugnación de leyes de otros estados permitiría una “actuación extraterritorial” de estos organismos que no se admite en otras materias, y menos parece que pueda aceptarse aquí.
- 4) Tal y como hemos venido defendiendo hace tiempo, nos parece que la legitimación activa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos equivalentes del Distrito Federal y los estados federados debería haberse excluido de sujeción a plazo, y esto debería regularlo expresamente la Constitución. No obstante, dado que el plazo de ejercicio de la acción no se regula en general en la Constitución, sino en la Ley Reglamentaria, creemos que sería conveniente que el legislador reformara el artículo 60 de la LR105 a fin de excluir del plazo de 30 días a los organismos de tutela de derechos humanos o, al menos, a la Comisión Nacional, o fijarles, cuando menos, un plazo considerablemente más amplio. Y ello porque nos parece que la actuación de tales organismos está desvinculada de la actuación política o incluso partidista, propia de los otros legitimados, y se refiere más bien a una función objetiva de tutela de los derechos humanos, lo que justifica que no opere aquí —o lo haga de forma mucho menos intensa por lo menos— el “candado” del plazo de ejercicio de la acción, que es un plazo muy fugaz, y se otorgue a estos organismos un margen cronológico suficiente para analizar “en frío” la impugnación de una norma por vulneración de

derechos humanos o para impugnarla una vez transcurrido un tiempo considerable desde su aprobación, precisamente en función de su aplicación real. De este modo, al menos uno de los legitimados para plantear la acción de inconstitucionalidad podría ejercitar a su través un control “dinámico”, y no puramente estático, de la constitucionalidad.

Para terminar, algunas propuestas para el debate *de lege ferenda*:

- a) Podría legitimarse al presidente de la República para impugnar leyes de los estados y a los gobernadores y/o a las legislaturas de los estados, por su parte, para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales o tratados internacionales que les afecten, si bien ello podrán hacerlo 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 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.
- b) Podría dotarse de manera clara y definida al procurador general de la República de un *status* de independencia acorde con su función para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.
- c) En materia electoral podría suprimirse el carácter “exclusivo” de la acción de inconstitucionalidad para controlar la conformidad a la Constitución de las leyes. Nos parece que estamos ante una restricción que sólo se justifica por la desconfianza hacia el control de la constitucionalidad de las leyes electorales, pese a que son nada menos que las que definen las “reglas del juego” en democracia.

## V. OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

### 1. En general. ¿Leyes excluidas por razón de su rango o su materia?

Entendemos por objeto de la acción de inconstitucionalidad las normas que pueden ser impugnadas a través de este mecanismo procesal pa-

ra que la Suprema Corte de Justicia de la Nación examine su conformidad a la Constitución. Pues bien, a través de la acción de inconstitucionalidad se pueden impugnar, en principio, las leyes y los tratados internacionales.

En concreto, quedan excluidas de control por esta vía tanto las normas de rango infralegal (esto es, las reglamentarias) como las normas con rango de ley que excepcionalmente puede aprobar el Ejecutivo en ciertas situaciones, a diferencia de lo que ocurre en España, por ejemplo, donde las normas con fuerza de ley que en determinadas materias, pero no en otras, puede aprobar el gobierno nacional en caso de “extraordinaria y urgente necesidad” son impugnables ante el Tribunal Constitucional por vía de la acción de inconstitucionalidad. Esta exclusión no parece acertada, pues si hasta las propias leyes parlamentarias se sujetan a esta vía de control, ello debería operar con mayor razón frente a leyes que gozan de la posición de la ley parlamentaria, pero no han sido aprobadas con las garantías democráticas propias de la tramitación parlamentaria, sino que son realmente normas reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo pero que gozan de la fuerza y el rango de ley.

Fuera de esto, todas las leyes parlamentarias pueden ser objeto de control por medio de la acción de inconstitucionalidad, sin exclusión de materia alguna e incluyendo, por tanto, a las leyes electorales, a las que originalmente se las excluía de todo control de la constitucionalidad, pero desde la reforma constitucional de 1996 se admite su impugnabilidad constitucional de modo expreso, incluso mediante una legitimación específica de los partidos políticos para plantear contra ellas una acción de inconstitucionalidad, aunque también excluyendo de manera explícita su control por otra vía.

Precisamente, la existencia inicial, en el momento en que se crea la acción de inconstitucionalidad (1994), de una materia “inmune” a este instituto procesal-constitucional, con exclusión de las leyes “electorales” de su control de constitucionalidad, y la ulterior derogación de esta excepción a partir de 1996, es un argumento de mucho peso, por no decir definitivo, a favor de la imposibilidad de alguna exclusión “por razón de la materia” de las leyes parlamentarias del control a través de la acción de inconstitucionalidad. Todas las leyes parlamentarias, cualquiera que sea la materia que regulen, pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad.

Y esto se debería aplicar también a los presupuestos del Estado. No nos parece que pueda justificarse su exclusión del control a través de la acción abstracta de inconstitucionalidad, como ha pretendido la Suprema Corte, a partir de considerar que no estamos ante “normas generales”, y dado que la Constitución prevé este instituto para impugnar “normas generales”, no sería posible su impugnación a través de la acción de inconstitucionalidad. Este argumento no puede sostenerse por muchas razones, entre las que destacaríamos las siguientes:

- a) En primer lugar, por lo que hemos dicho respecto de la no exclusión de ninguna ley por razón de la materia del control a través de la acción de inconstitucionalidad.
- b) En segundo lugar, porque decir que la ley de presupuestos, al no ser general, no es una ley, sino un acto administrativo, es un completo dislate, pues hace mucho tiempo que se sabe que la ley es, ante todo, un mandato normativo al que lo que lo caracteriza es sobre todo la “fuerza normativa” que conlleva; porque no hay acto administrativo sin administración que lo produzca, y el legislador no es desde luego administración.
- c) En tercer lugar, porque el hecho de que el artículo 105.III se refiera en su enunciado inicial a “normas de carácter general” como objeto de control no es obstáculo para la interpretación que aquí sostenemos, si esa referencia se entiende sistemáticamente y con sentido común, pues esta prescripción no puede interpretarse en el sentido restrictivo de que las normas que luego dicho precepto concreta como posible objeto de la acción (leyes y tratados internacionales) sólo podrán impugnarse cuando sean de carácter general. Esta interpretación sería tan enrevesada como tergiversadora. La utilización del concepto de “norma de carácter general” en el inciso primero del artículo 105.II se explica, mucho más sencillamente, porque es un concepto genérico que, a falta de otro posible, abarca (y no sólo, por cierto) tanto a las leyes como a los tratados internacionales, que son los posibles objetos de la acción, como luego se encarga de precisar el propio precepto con toda claridad. Y es que la generalidad es una característica común u ordinaria de las leyes y tratados internacionales, aunque no un elemento esencial constitutivo de los mismos como se pretende en la sentencia y en el propio voto disi-

dente, y es por ello por lo que, con toda normalidad, dentro del concepto de “normas generales”, sin mayores precisiones, se entienden comprendidos por la doctrina de todos los países a las leyes y a los tratados internacionales (y también a los reglamentos o decretos, por cierto), lo cual no significa que todas las leyes y tratados sean, siempre y en su integridad, “generales”. Pero si el precepto utiliza en su primer inciso el concepto de “normas generales” en este sentido genérico, por así decirlo, comprensivo tanto de las leyes como de los tratados internacionales, lo importante es que luego concreta, ahora ya sí con un marcado y preciso sentido técnico, qué normas pueden impugnarse (¡y cuáles no, sean o no “normas generales”!) a través de la acción de inconstitucionalidad, y tales normas son las leyes y los tratados internacionales, sin que aquí quepa luego establecer restricciones sobre la base de verdaderos prejuicios dogmáticos sobre la “generalidad” de las leyes (que a veces, por lo demás, puede ser una cuestión sobre todo de redacción, abstracta o no), un dogma además hoy enteramente superado en todos los Estados constitucionales y que, en absoluto, puede entenderse anacrónicamente asumido por el artículo 105 de la Constitución.

- d) La polémica de si las leyes presupuestarias son o no “normas generales” recuerda la famosa polémica sobre los presupuestos como leyes materiales o sólo formales, según una famosa distinción que pretendía limitar el marco de actuación del Poder Legislativo a sólo las leyes en sentido material (que creaban de modo inmediato derechos y obligaciones para los ciudadanos), a fin de dejar al monarca lo relativo al presupuesto del Estado, algo que se comprenderá que no era ajeno a una clara intencionalidad política. Aunque significativos sectores de la doctrina europea siguen considerando que la Ley de Presupuestos es una ley sólo formal, no material, es incuestionable que es una ley, no un acto administrativo ni nada similar, y eso ha de bastar para que pueda ser objeto de la acción de inconstitucionalidad.
- e) Piénsese, en quinto lugar, en fin, en lo paradójico que resulta admitir —como hay que aceptar si se sostiene que sólo las leyes (federales o locales) y tratados internacionales “generales” pueden impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad— que basta al legislador con prescindir de la generalidad para eludir el control a



través de la acción de inconstitucionalidad, pues con ello se eludiría este control justamente en algunos de los supuestos en que el riesgo de arbitrariedad, injusticia y actuación inconstitucional por parte del legislador es mayor (leyes de caso único, por ejemplo). Precisamente porque la generalidad es, o ha de ser, una característica común u ordinaria (aunque no esencial o constitutiva) de las leyes y tratados internacionales, las leyes que no sean generales han de ser susceptibles, con mayor razón si cabe que las generales, de control a través de las acciones de inconstitucionalidad. Esa “burla” del específico sistema de control constitucional cuidadosamente construido por el Constituyente en el artículo 105.II de la Constitución, y precisamente respecto de las leyes que no sean generales (que son las que hay que controlar con mayor razón), es algo que no puede haber sido querido por éste, ni puede admitirse en una interpretación sistemática, y a la luz del principio vertebrador del sistema jurídico-constitucional mexicano de la supremacía constitucional, de la Constitución.

- f) A lo anterior se une que, en el ámbito comparado, se reconoce la controlabilidad de los presupuestos a través de la acción de inconstitucionalidad, aun cuando se les considere todavía hoy como una ley “sólo” en sentido formal, por no contener regulaciones abstractas y generales con efecto externo (así, la doctrina dominante en España o Alemania). Y así, el Tribunal Constitucional español señaló ya en su temprana sentencia 63/1986, frente a las pretensiones de la Abogacía del Estado que alegaba “falta de idoneidad” del objeto de la acción o recurso de inconstitucionalidad por impugnarse una sección de la Ley de Presupuestos que no era (a su juicio) ningún precepto o texto legal que pueda ser impugnado en esa vía:

Con su argumentación [el abogado del Estado] parece dar a entender que sólo el articulado y no los estados de gastos e ingresos de las leyes de presupuestos sería susceptible de impugnación... A este respecto es preciso señalar, sin embargo, que el contenido de los presupuestos generales del Estado integra, junto con su articulado, la Ley de Presupuestos Generales del Estado y que, por lo que se refiere a los estados de autorización de gastos, cada una de las secciones presupuestarias —que contiene los créditos destinados a hacer frente a las correspondientes obligaciones del Estado— adquiere fuerza de ley a través de la norma de aprobación inclui-

da en el artículo 1o. de las respectivas leyes de presupuestos. Y no pierde tal carácter por el hecho de que para su comprensión, interpretación e incluso integración, sea preciso acudir a otros preceptos, tal como ocurre con muchas normas jurídicas... No cabe, pues, afirmar que la pretensión de anulación, por parte del gobierno vasco, de la sección 33 del estado de gastos de los presupuestos generales del Estado no constituya un “objeto idóneo” de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad.\*

En suma, no se trata de si el presupuesto del Estado (federal o federado) es o no una “norma general” en sentido estricto, que no lo es seguramente, sino de si es una ley o no lo es, pues si lo es puede impugnarse a través de la acción de inconstitucionalidad, y éste era el caso de la acción de inconstitucionalidad 4/98, en contra de lo que entendió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a nuestro juicio.

## *2. En particular, los tratados internacionales*

En cuanto a los tratados internacionales, habría sido deseable y aconsejable, en atención a su naturaleza específica, la instauración de un control previo de constitucionalidad de los mismos, tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la comisión jurídica asesora encargada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931). Y es que si, en general, el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes, sino más bien muy serios y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los tratados internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23

\* STC 63/1986, del 21 de mayo, fundamento jurídico 5; STC 76/1992, del 14 de mayo, fundamento jurídico 4a: “...los presupuestos —en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos— y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley, y es objeto idóneo de control de constitucionalidad”. Para Alemania, véase BVerfGE 20, 56, 86 (norma jurídica), 90 y ss. (las partidas presupuestarias de gastos como autorización normativa al gobierno para realizar gastos con determinado fin); BVerfGE 79, 311, 326; y más recientemente, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 9 de julio de 2007.

de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada —y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)—, cualquier tratado que celebren es vinculante *en términos de derecho internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de “disposiciones de derecho interno”, y entre ellas se encuentra la propia Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es decir, una vez ratificado el tratado internacional, no hay forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento, incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia para celebrar tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 de la Convención de Viena que una obligación es manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Fuera de este caso, y siempre que no se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

Ése es el inconveniente que ha sabido salvarse, entre otros países, en España, Alemania, Francia, Portugal, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Eslovenia o Andorra. No voy a referirme ahora al caso francés, pues en el

país galo el control previo de los tratados internacionales no es nada específico de éstos, sino que simplemente es la aplicación a los mismos de lo que en dicho país es la regla general, el régimen general de control de constitucionalidad: su carácter previo o preventivo. En el caso de España, sin embargo, como en México, el control preventivo no existe, y la regla general es en todo caso el control *a posteriori*. Sin embargo, la Constitución Española de 1978 prevé la posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales de carácter preventivo, frente al control de constitucionalidad *a posteriori* que el Tribunal Constitucional ejerce frente a las leyes.

El artículo 95 es el que prevé tal supuesto y así, luego de establecer en su apartado 1 que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, preceptúa que tanto el gobierno como cualquiera de las cámaras (el Congreso o el Senado) “pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. Resulta, así, que en España cualquier tratado puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, exactamente igual que una ley, una vez que ha entrado en vigor. No hay un régimen distinto en este aspecto para los tratados del que rige para las leyes. Pero, para los tratados, prevé la Constitución un procedimiento específico de control preventivo, que puede ser instado por el gobierno, por el Congreso o por el Senado, y que no existe, en cambio, para las leyes. De su regulación por la legislación de desarrollo, merecen ser destacados dos aspectos:

- 1) El objeto de control está constituido por tratados internacionales “cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado”.
- 2) El Tribunal emplaza a todos los órganos legitimados, no sólo al solicitante, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al curso de este plazo ha de emitir el Tribunal Constitucional su declaración, que, de acuerdo con una interpretación sistemática del artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante, obviamente. Podrá ampliar el Tribunal ese plazo sólo en el caso de que haga uso de su facultad de solicitar de los órganos legitimados o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las comunidades

autónomas “cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias”, debiendo ser la prórroga para emitir la declaración del “mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas” y sin que exceda en ningún caso de treinta días.

De la necesidad y conveniencia de este control “previo” de la constitucionalidad respecto de los tratados internacionales es también buena muestra el hecho de que en algunos países, como Alemania, pese a no preverse constitucional o legalmente, la jurisprudencia haya consagrado o tenido que consagrar la posibilidad de este control *a priori* en el caso de los tratados internacionales, experiencia comparada que, por las razones que sean, no ha tomado en cuenta el constituyente mexicano, lo que, a nuestro juicio, podría enmendarse en una futura reforma constitucional en esta materia, especialmente atendiendo al dato de la ratificación automática por el Senado de todos los tratados internacionales.

También en cuanto a los tratados internacionales, parece conveniente hacerse eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en su sentencia núm. 38/2007, en la que, en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal ordinario respecto de un Concordato, el Tribunal Constitucional, aunque según parece el tribunal ordinario cuestionante no suscitó ninguna duda en este punto, se enfrenta a la cuestión de si es posible el control *a posteriori* de la constitucionalidad de un tratado internacional, como lo es, a la postre, el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, cuya constitucionalidad se controvertía. Esta duda no se la plantea de oficio el Tribunal, sino que lo hace a instancias de las alegaciones en el procedimiento del abogado del Estado. Para éste,

...no es ocioso fijar su posición sobre el control de constitucionalidad de los tratados previsto en el artículo 27.2, c) LOTC. Para el representante del gobierno es discutible, en abstracto, si una norma incluida en un tratado puede calificarse como “norma con rango de ley”, que es el objeto propio de la cuestión de inconstitucionalidad según los artículos 163 CE y 35.1 LOTC, pero la consideración conjunta de los artículos 27.2 c), 29.1 y 35.1 LOTC invita a entender que los tratados pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad en cualquiera de las dos vías enunciadas en el artículo 29.1 LOTC (recurso y cuestión), sin que le quepa *ratione officii* al abogado del Estado, defensor de la ley ante este Tribunal, plantear siquiera una sombra de duda sobre el artículo 27.2 c) LOTC, de cuya

constitucionalidad ha de partir... Tras afirmar que no le corresponde examinar los problemas que suscita el control de constitucionalidad de los tratados, más aún cuando, como es el caso, el que ahora se cuestiona lleva decenios cumpliéndose por quienes lo concertaron, el abogado del Estado se detiene en una reflexión sobre el posible alcance de una sentencia estimatoria, por más que se le antoje improbable. En esta línea, afirma que es dudoso que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado pueda llevar consigo un pronunciamiento de nulidad, siendo de la competencia del derecho internacional determinar la validez o nulidad de los tratados, tal y como presuponen los artículos 95.1 y 96 CE (siendo de atender al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigor para España desde 1980). Lo razonable sería defender que la sentencia estimatoria de una cuestión promovida respecto de un tratado ha de ser uno de aquellos supuestos en que este Tribunal debería, o bien limitarse a declarar meramente la inconstitucionalidad (SSTC 45/1989, del 20 de febrero, y 235/1999, del 16 de diciembre), o bien posponer la fecha inicial de la nulidad (SSTC 195/1998, del 1o. de octubre, 208/1999, del 11 de noviembre) para que en un plazo razonable se proceda a una revisión constitucional o, por las vías propias del derecho internacional (negociación, denuncia, etcétera), se haga desaparecer la parte inconstitucional del tratado. Es digno de destacar, concluye el abogado del Estado, que el canon 3 del Código de Derecho Canónico reconoce que los convenios de la Sede Apostólica con las naciones o con otras sociedades políticas prevalecen sobre el derecho codicial.

Pues bien, enfrentado a la cuestión, el Tribunal Constitucional decide “disipar toda sombra de duda sobre la idoneidad de las normas de un tratado para constituirse en objeto de un proceso de control de constitucionalidad”. Y aquí desarrolla el Tribunal un doble razonamiento:

- a) En primer lugar, constata que el abogado del Estado, aunque sostiene que los tratados internacionales pueden ser objeto de un control *a posteriori* a través de una cuestión de inconstitucionalidad, “no deja de referirse al artículo 27.2 c) LOTC en términos que pueden hacerlo sospechoso de una inconstitucionalidad en la que si el abogado del Estado dice no querer entrar es sólo *ratione officii*”.
- b) En segundo lugar, señaló que:

...no nos corresponde enjuiciar aquí la constitucionalidad de un precepto de nuestra Ley Orgánica que nadie ha puesto formalmente en cuestión; ni nos cabe siquiera pronunciarnos *in abstracto* sobre la viabilidad procesal

de un tal cuestionamiento. Importa sólo decir que si las dudas abrigadas por el abogado del Estado respecto de la ortodoxia constitucional del artículo 27.2 c) LOTC derivan únicamente del hecho de que, a su juicio, los tratados internacionales no pueden ser formalmente considerados como leyes, tales dudas habrían de extenderse a los apartados del artículo 27.2 LOTC que también incluyen entre las normas sometidas a nuestra jurisdicción a los reglamentos parlamentarios, es decir, normas que tampoco son formalmente leyes, pero que por su inmediata vinculación a la Constitución, como ocurre también con los tratados (artículo 95.1 CE), aparecen cualificadas como normas primarias, siendo justamente esa específica cualificación la que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, confiere su cabal sentido, en este contexto, a la expresión “norma con rango de ley” (por todas, SSTC 118/1988, del 20 de junio, y 139/1988, del 8 de julio). De otro lado, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (artículo 96.1 CE). Esta última consideración no debe ser objeto ahora de un mayor desarrollo, como tampoco es pertinente que entremos a considerar las soluciones propuestas por el abogado del Estado para concretar los efectos y el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del Acuerdo con la Santa Sede que aquí se han cuestionado. Sólo si esa declaración efectivamente se produce tendrá sentido que pasemos a precisar sus consecuencias, si es que éstas, por algún motivo, no pudieran ser estrictamente las que en principio se desprenden de las previsiones literales de nuestra Ley Orgánica.

### *3. En particular, las reformas constitucionales*

Por último, en cuanto al objeto de la acción de inconstitucionalidad, hay que referirse a las reformas constitucionales. Aquí habría que distinguir entre el posible control formal o procedimental de su constitucionalidad y el control material o sustantivo de su conformidad a la Constitución, siendo este último más discutible. En cuanto al primero, el control de la observancia por las reformas constitucionales de las exigencias constitucionales sobre el procedimiento de reforma del texto fundamental, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una dubitativa jurisprudencia haya acabado por negar la posibilidad de dicho control, ha

de defenderse con claridad y firmeza su existencia, pues en caso contrario se estaría consagrando la existencia de una laguna en la supremacía constitucional, un verdadero “Caballo de Troya” dentro de la Constitución, ya que la primera disposición que ha de ser observada de una Constitución, si nos tomamos su valor *normativo* mínimamente en serio, es la relativa al procedimiento de reforma: “Ésta es la norma suprema de la nación y quien quiera cambiarla sólo podrá hacerlo por medio del procedimiento especial, y de garantía reforzada respecto de la modificación de las leyes ordinarias, que en la misma se establece”. Por ello, al primer aspecto a que tiene que extenderse el control de constitucionalidad de un verdadero órgano de la constitucionalidad es a la observancia de los requisitos constitucionales formales y procedimentales establecidos en la propia Constitución, sin que ello plantee mayores problemas en ningún país donde así opera. Como lo ha dicho De Vega con una concisión difícilmente superable, “la problemática de la reforma... quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites”.

En cuanto al control material de la constitucionalidad, debe comenzar por subrayarse que el presupuesto indispensable para un control de este tipo es, lógicamente, la existencia en la propia Constitución de unos límites materiales a su reforma, esto es, el establecimiento de un ámbito o unos principios que no podrán ser alterados por el legislador de reforma.

Hay Constituciones que establecen expresamente esos límites por medio de lo que se conoce como cláusula de intangibilidad (Alemania), pero otras no lo hacen así, a pesar de lo cual la doctrina entiende que existe también algún tipo de límites (inmanentes o implícitos) a la reforma constitucional.

Por lo que aquí interesa —y más allá de la oportunidad, corrección y utilidad de éstas u otras distinciones— hay que empezar precisando que en la Constitución mexicana no existe, claramente, ningún tipo de límites expresos al ejercicio del poder de reforma de la Constitución, que sí existían, en cambio, en la Constitución de 1824 (artículo 171). Éste es también el caso de la Constitución Española, no obstante lo cual, un sector de la doctrina ha podido sostener la existencia de unos límites constitucionales inmanentes (implícitos, según la clasificación anterior) al ejercicio del poder de reforma de la Constitución. También en México la



doctrina se encuentra dividida en este punto, pero hay quienes consideran que existen ciertos principios que no pueden ser suprimidos, como el sistema federal y la división de poderes, al margen de si el poder revisor ha respetado o no este límite.

Y es que, al margen de la eficacia real de estos límites, tanto más cuando sean implícitos, lo que es obligado reconocer es que constituyen, de ser jurídicamente aceptados, verdaderos criterios materiales para enjuiciar la constitucionalidad de cualquier reforma de la *Lex Magna*. En este sentido, la sentencia 1146/1988 de la Corte Costituzionale italiana afirma resueltamente el valor paramétrico de los límites sustanciales, incluidos los implícitos, a la reforma constitucional para el control material de su constitucionalidad:

La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (articolo 139 costituzionale), *quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana...*

Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

No se presta a dudas, sin embargo, que un control de constitucionalidad de este tipo se dará, ante todo, en situaciones patológicas —desde la perspectiva político-constitucional—, de especial intensidad y en las que es posible que la jurisdicción constitucional ya poco pueda aportar para hacer *realmente* operativos esos límites. Sea como sea, y centrandolo ya nuevamente nuestra reflexión en la Constitución mexicana, tampoco hay en este caso consenso en la doctrina sobre la existencia o no de límites implícitos. No interesa ahora tanto entrar en esa discusión, que nos llevaría demasiado lejos, cuanto dejarla apuntada y señalar que, de aceptarse una postura de este tipo, se haría posible un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales más allá de su regularidad formal,

extendiéndose hasta su validez material en cuanto fuesen o no compatibles con esos límites.

La posibilidad misma de límites de esta naturaleza, su determinación y el alcance concreto de los mismos es algo en lo que, sin embargo, no podemos entrar. Baste dejar señalado que si el control *formal* de constitucionalidad de las reformas constitucionales es una tarea que, en la medida de lo posible, debe serle evitada a la Suprema Corte, con mucha mayor razón habrá de ser así respecto del control material, tanto más cuando éste haya de tener como base unos límites implícitos. Ello, por lo demás, sólo es imaginable en supuestos de extrema gravedad, en los que quizá la opinión de la Suprema Corte ya no tenga fuerza ni autoridad para imponerse.

Digamos, en fin, que no debe confundirse este control material con otro bien distinto, aunque de algún modo próximo: el que se precisa en aquellos sistemas (como el español) que distinguen según que la reforma constitucional afecte, o no, a determinadas normas o principios constitucionales que se estiman básicos, para, en caso afirmativo, someter dicha reforma a un procedimiento “superagravado” (o de segundo grado) de reforma. En estas hipótesis, habrá que determinar si una determinada reforma afecta o no a ese ámbito fundamental, a ese núcleo constitucional superprotegido, pero no a efectos de negar a la reforma su legitimidad, sino sólo para verificar que se respeta el procedimiento “superagravado” que la Constitución prevé para tales supuestos. He ahí la diferencia fundamental: es un control formal (procedimental), pero no material en sentido estricto.

Todo esto por lo que se refiere a las reformas a la propia Constitución federal porque, con respecto a las reformas a las Constituciones de los estados, hay que señalar que están plenamente sometidas a la Constitución federal y, en particular, a las disposiciones de ésta que establecen las bases generales de la organización político constitucional a nivel estatal (o del Distrito Federal).

## VI. EL PARÁMETRO DE CONTROL

Mientras que en España el parámetro de control viene dado no sólo por la Constitución, sino también por el llamado “bloque de la constitucionalidad”, en el caso de México, como lo ha destacado Iván Gutiérrez, la úni-

ca norma paramétrica es la propia Constitución, ya que, a diferencia de lo que ocurre en España, en México es la propia Constitución la que define y determina de manera acabada cuáles son las competencias que corresponden a cada uno de los estados, sin que sea preciso el concurso del legislador o la *interpositio* de la Constitución estatal para determinar dichas competencias. Así pues, la Corte sólo tiene que llevar a cabo un juicio de contraste entre la norma cuya constitucionalidad se examina y el propio texto constitucional, si bien no es preciso decir que ese examen dista de ser simple, como tampoco lo es su interpretación, que ha de ser necesariamente una interpretación “específicamente” constitucional, esto es, conforme a los criterios específicos que han de presidir siempre la interpretación de una Constitución (y que Hesse ha estudiado con brillantez), que no es como la de cualquier otra norma del ordenamiento, dada su jerarquía suprema, su función inspiradora del entero ordenamiento, su sustancia política, los efectos de las decisiones, etcétera.

Sobra decir que se hace precisa siempre una sensibilidad política acentuada, pues no cabe ignorar que si es cierto que la Corte crea derecho, no lo es menos que también *hace política* (bien entendido esto último, en el sentido de que opera sobre un terreno con grandes repercusiones políticas, aunque con un método y un criterio de resolución jurídicos).

Especialmente destacable es aquí la posición preferencial de los derechos fundamentales en la función de control constitucional, y ello tanto en el sentido de que deberían ser el criterio de control cuantitativamente más importante como en el sentido de que, cuando un derecho fundamental esté en juego, la intensidad y la densidad de control normativo por la Corte deberían incrementarse (en la línea defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desde la famosa nota al pie número 4 de la Opinión de Stone en *U.S. v. Carolene Products*, 1938). En el caso de las comisiones u organismos de tutela antropodikea, su parámetro se ve restringido precisamente a estos derechos fundamentales o humanos federales, lo que se explica en función de su propia razón de ser.

## VII. EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA SENTENCIA

Para terminar, permítaseme hacer algunas referencias al procedimiento de la acción de inconstitucionalidad:

- 1) Como es habitual en este tipo de acciones, el proceso se inicia con una demanda, tras lo cual se incoa el procedimiento; a continuación, se abre una fase de alegatos y pruebas; y, si el proceso termina normalmente, se dicta la sentencia. Es posible también una terminación anormal del proceso en caso de improcedencia o sobreseimiento, existiendo la posibilidad de recurso frente a las resoluciones que aprecian una u otro.
- 2) El plazo de ejercicio de la acción es de 30 días, sin que se prevea un plazo menos fugaz ni siquiera cuando la ejercitan los organismos de tutela de derechos humanos.
- 3) La mera admisión de la acción no tiene en ningún caso efecto suspensivo. Quizá sería bueno plantearse si no sería conveniente, previo estudio en profundidad, introducir la posibilidad de que la Corte pudiera acordar, con ponderación de todas las circunstancias, un efecto suspensivo de la vigencia de la ley en casos en que ello pudiera conducir a daños graves irreparables sin que haya motivos de igual o mayor peso que jueguen en contra de la suspensión de eficacia, aunque ello sólo sería congruente con una admisión, al menos excepcional para tales casos, de una eficacia retroactiva (al menos hasta el momento de la suspensión) de la declaración de inconstitucionalidad (lo que hoy por hoy en México sólo se prevé para el limitado caso de normas penales cuya inconstitucionalidad favorezca al reo), ya que el sentido de una suspensión cautelar de eficacia de la ley sólo puede ser el evitar que, en casos graves, un fallo estimatorio de la inconstitucionalidad devenga inefectivo en la práctica ante una aplicación consumada irreversible de la norma que a la postre se declara inconstitucional, pero esto no tiene ya razón de ser cuando se parte, como en México a la fecha (por disposición constitucional), de la irretroactividad (prohibición de retroactividad) de la declaración de inconstitucionalidad (con la salvedad ineludible de la materia penal cuando la inconstitucionalidad favorezca al reo). Soluciones de este tipo existen en Alemania o Guatemala.
- 4) Para adoptar una resolución de fondo mediante la sentencia se exige no sólo un quórum determinado (tienen que estar presentes, al menos, ocho ministros) sino también una mayoría de, al menos, ocho ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre un total de once, lo cual no sólo es excesivo, sino, y sobre todo, sen-

cillamente absurdo, pues los tribunales, como dice Kirchhof, deciden por la autoridad de lo justo y no por mayorías, aparte de lo disfuncional que ello puede llegar a resultar, tanto en abstracto como en el concreto caso mexicano, al trasladar la lógica de las mayorías propia de las decisiones políticas (conjunción de voluntades diversas) a una resolución que ha de ser jurídica, como el control de la constitucionalidad de la ley. Una mayoría reforzada para la declaración de inconstitucionalidad, en el ámbito del derecho comparado, se prevé sólo en el Perú, de donde parece haberse tomado la idea, que por otra parte es legataria de una maniobra de Fujimori para controlar al Tribunal Constitucional de su país en el marco del sistema dictatorial por él instaurado, algo que no habla precisamente a favor de una exigencia de este tipo; desde un punto de vista de la teoría de la Constitución, se trataría de una exigencia ligada, aunque desconociéndolo con toda probabilidad, a la concepción de Schmitt de la interpretación auténtica de la Constitución por los tribunales como “legislación constitucional”, algo hoy completamente superado.

Tampoco se explica esta exigencia en función de una presunción de constitucionalidad de las leyes, pues, para empezar, ni se trata aquí de una cuestión de “carga probatoria”, pues en este sentido es claro que la presunción se aplica (la carga de la prueba de la inconstitucionalidad ha de corresponder a quien la afirma); ni, en todo caso, esta presunción parece que pueda operar “contra cives” en los casos en que se imputa a la ley vulnerar derechos fundamentales o humanos; ni tampoco esa presunción debe llevar a que la Suprema Corte actúe más como una defensora de la ley que de la Constitución y la conformidad a ella de todas las normas; ni, en fin, se explica por qué ello ha de jugar también respecto de los tratados internacionales, cuyos autores apenas habrán tomado en consideración siquiera los preceptos constitucionales de los diferentes Estados firmantes.

Por lo demás, el sistema instaurado puede conducir al absurdo, si se tiene presente que prácticamente las tres cuartas partes de los ministros han de ser partidarios de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta proceda, mientras que bastará con que apenas la cuarta parte de ellos (4 de 11) defiendan la desestimación de la pre-

tensión de inconstitucionalidad para que aquélla tenga lugar. Y ello siempre que estén presentes todos los ministros; pero puede darse el caso de que estén presentes sólo ocho de los once (quórum que es legalmente suficiente para la constitución del Pleno), hipótesis en la cual se precisará la unanimidad, nada menos que el voto unánime de todos los ministros, bastando, pues, la oposición a la declaración de inconstitucionalidad de uno sólo de ellos (frente a los siete restantes) para que ésta no pueda tener lugar.

A todo ello puede añadirse lo paradójica que resulta esta exigencia de una mayoría reforzada cuando se la pone en relación con la exigencia simplemente de mayoría simple en el Pleno de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales cuando la cuestión sobre su constitucionalidad se ha planteado por la vía de la controversia constitucional (a pesar de que ello conduzca también a una resolución dotada de efectos generales) o, incluso, también cuando se ha planteado por la vía del amparo contra leyes. Esto último llevará probablemente a que, en la hipótesis de que la Corte, al juzgar por la vía de la acción de inconstitucionalidad sobre la conformidad a la Constitución de un ley, aprecie que la misma es inconstitucional por mayoría simple, pero sin alcanzar la mayoría reforzada de ocho ministros, aunque la acción de inconstitucionalidad resulte efectivamente desestimada, ello no podrá sin embargo impedir que los ciudadanos más pudientes afectados por la ley en cuestión puedan acudir a la vía del amparo contra leyes para lograr que la ley en cuestión les sea desaplicada, como efectivamente habrá de decretar la propia Suprema Corte en cuanto que, por la vía del amparo, no se requiere mayoría reforzada alguna sino mayoría simple a secas. Es obvio que ello encierra una contradicción e incongruencia internas del sistema que no pueden sostenerse por mucho tiempo, aparte ya de la gran injusticia social que conlleva.

- 5) La sentencia, en principio, puede ser estimatoria o desestimatoria de la inconstitucionalidad pretendida de la norma impugnada, pero la experiencia de los tribunales constitucionales demuestra que las necesidades prácticas exigen en ocasiones otro tipo de decisiones intermedias entre las sentencias puramente estimatorias y las puramente desestimatorias. Es así que los tribunales constitucionales de otros países (Alemania, España, Italia, etcétera) han ido creando un

verdadero “arsenal” de sentencias atípicas: las interpretativas, las prospectivas y las de mera inconstitucionalidad, las admonitorias, las apelatorias, las de inconstitucionalidad parcial, las reductoras o las aditivas.

### VIII. ¿SE HA CONVERTIDO LA SUPREMA CORTE EN UN AUTÉNTICO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Ésta es la “pregunta del millón” respecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ya tras las reformas de 1988 muchos prestigiosos autores se manifestaron en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia se había transformado en un verdadero tribunal constitucional. Esta tesis sólo podía reforzarse y expandirse más tras las reformas constitucionales de 1994 y más todavía tras los Acuerdos Generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que Ferrer Mac-Gregor ha estudiado tan bien y por virtud de los cuales la Suprema Corte se ha especializado más todavía en lo contencioso-constitucional. Desde luego, cualquier posicionamiento es opinable y cuestionable. A mi juicio, es claro que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se halla hoy más próxima de ser un tribunal constitucional que lo que su *nomen iuris* parece continuar indicando (un tribunal casacional) y tiene atribuidas las competencias más significativas de cualquier tribunal constitucional, por lo que su aproximación material con los tribunales constitucionales es más que notoria, como ha sido mérito de Ferrer Mac-Gregor destacar y analizar, pero, pese a todo, no es posible considerar que se ha convertido en un tribunal constitucional, por más que la propia Suprema Corte se haya permitido en más de una ocasión autocalificarse de tribunal constitucional en su jurisprudencia. Las autocalificaciones o autodesignaciones muchas veces indican más un “quiero pero no puedo” que una realidad, y tal ocurre en este caso, pues el concepto de tribunal constitucional tiene ingredientes formales y materiales y uno de ellos no concurre en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a mi modesto entender: la especialización constitucional, y ello porque la Corte continúa reteniendo competencias de pura y simple legalidad ordinaria y, de hecho, los ministros consumen todavía una parte significativa de su tiempo en resolver asuntos no constitucionales, sino de pura y simple legalidad ordinaria, algo

que no es propio de un verdadero tribunal constitucional en sentido estricto.

El hecho de que la Suprema Corte no sea un verdadero tribunal constitucional no es ni bueno ni malo en sí mismo, como lo demuestra que el modelo más importante y afamado de justicia constitucional sigue estando representado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que no es tampoco un tribunal constitucional en sentido estricto, a nuestro modo de ver. Aparte de todo ello, la Corte no opera del todo como es propio de los tribunales constitucionales en algunos aspectos: en el modo de interpretar la Constitución (que ha de ser “específico”, ya que la Constitución no es la Ley Hipotecaria ni puede seriamente pretender interpretarla del mismo modo), en el tipo de sentencias, en la publicidad de las mismas, etcétera. Es posible que una próxima reforma acabe de consagrar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un verdadero tribunal constitucional en sentido estricto o crear en su seno, al menos, una Sala Constitucional. Esta evolución sería, a mi juicio, positiva, pero más importante que ello sería acabar con algunas incongruencias y disfuncionalidades a que da lugar la situación actual, en que la Suprema Corte, como Jano, parece tener dos cabezas inseparables hasta la confusión: una, grande, en materia constitucional, y una pequeña, desproporcionadamente pequeña, en materia de legalidad ordinaria. Parece que el equilibrio podría lograrse mejor separando a la Corte Suprema de un tribunal constitucional (que habría que crear) o, al menos, de una Sala Constitucional a instaurar en el seno de la Suprema Corte de Justicia. No es la única solución, ni parece tampoco la más realizable al día de hoy, pero sí parece la más razonable y la que a la larga parece que tendrá que imponerse, sin que se me representen motivos para no “quemar etapas”, salvo la inercia del pasado y un tradicionalismo un tanto hueco.

Es posible, sin embargo, que mi visión sobre este punto y sobre todo lo expuesto hasta aquí sea la de un observador externo que no percibe ni pondera suficientemente bien el peso de las tradiciones propias, la historia y el contexto político-social mexicanos. Por ello, como es obligado, me someto a criterio mejor fundado en derecho y en los hechos (la realidad social y política de México).