

Capítulo tercero

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

CAPÍTULO TERCERO

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1. *La legitimación activa en el derecho comparado*

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *La legitimación territorial: el caso italiano*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

214 En efecto, son muy contados los casos en que el Defensor del Pueblo español ha hecho uso de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad, y son ya varios los casos en que se le ha repriminado fuertemente su actitud pasiva frente a determinadas leyes, como la polémica Ley Orgánica 21/1992, de 20 de febrero, de Seguridad Ciudadana, algunos de cuyos preceptos más importantes fueron finalmente declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, ante la impugnación de 50 parlamentarios y varias cuestiones de inconstitucionalidad, a las que no se sumó el Defensor del Pueblo. Compartimos plenamente, por ello, la opinión del profesor Cascajo Castro en el sentido de que “la deseada moderación y prudencia que debe presidir el ejercicio de esta colaboración en una acción judicial ante el Alto Tribunal, no puede llevar a una minoración avergonzante de la misma. ¿Qué obstáculos existen para que la ‘auctoritas’ de la institución se ponga al servicio de esta iniciativa, en defensa del interés general y del interés de la Constitución? ¿Qué razones hay para que un órgano al margen de la contienda parlamentaria y partidista y desde un estudio exhaustivo del asunto, no utilice la vía del recurso de inconstitucionalidad? El sistema no está tan colmado de instancias objetivas en defensa de los derechos ciudadanos, como para postergar uno de los mecanismos de la legitimación activa para acudir al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso, ya de por sí bastante limitada”. Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Los defensores del pueblo en el Estado social y democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 24, 1989, p. 52. Añadiríamos, por nuestra parte, que el ejercicio cuantioso y cualitativo del recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo difícilmente puede poner en duda su patrimonio más importante en su misión de defensa de los derechos humanos, que es su independencia frente al Ejecutivo y el partido mayoritario, por más que sea un Comisionado

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

D. La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

219 *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La legitimación activa en el ordenamiento constitucional mexicano

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

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

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

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

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

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

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

A. *Fracciones de órganos legislativos*

Se otorga legitimación:

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

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

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

Como nos recuerda Orozco,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. *Elevado porcentaje requerido*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Personación en juicio

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

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

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

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

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

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

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

B. *Procurador general de la República*²³⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. *Los partidos políticos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. OBJETO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *Generalidades*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PGR = Procurador General de la República.

PP = Partidos Políticos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Las leyes, con especial referencia a las electorales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, Fix-Fierro juzgó que tal exclusión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

275 Sobre el concepto de materia electoral, puede verse Cossío Díaz, José Ramón y Pérez de Acha, Luis Manuel, “El artículo 105 constitucional y el concepto de materia electoral”, *Lex*, 3a. época, año I, diciembre de 1995, núm. 6, pp. 5 y ss.

276 Tesis CXXVII/95.

sonas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal”;²⁷⁷

c) los consejos de ciudadanos del Distrito Federal son órganos de gobierno y de la administración pública del Distrito Federal; y la postulación y registro de candidatos al cargo de consejeros ciudadanos, en cuanto que actos preparatorios de la elección, han de considerarse actos integrantes del proceso electoral pues, aunque sean previos al ejercicio del sufragio, lo cierto es que la diferencia que teórica o doctrinalmente pudiera establecerse entre el derecho a postular y la postulación en sí misma carece de apoyo en el derecho positivo, dado que el mentado derecho a postular “es un derecho que se pretende ejercer precisamente en el proceso electoral, sin que puedan desligarse del efecto o consecuencia que con él se busca, y que no es otro que el de intervenir en tal proceso”.²⁷⁸

Sea como sea, no es preciso hoy profundizar en ese fallo de la Suprema Corte ni en los muchos ejemplos que nos muestra el derecho comparado de control constitucional de la materia electoral como función absolutamente normal de los órganos de constitucionalidad, y ello porque las críticas doctrinales²⁷⁹ aludidas con anterioridad, la opinión pública y el propio sentido común —si se nos permite decirlo así—, surtieron por fortuna un rápido y temprano efecto. Bastó, en efecto, con el curso apenas de año y medio desde la anterior reforma para que, con ocasión precisamente de una reforma electoral de la Constitución, el constituyente constituido se viese obligado a eliminar la exclusión de la “materia electoral” que hasta entonces afectaba a la acción de inconstitucionalidad.

En cualquier caso, es lo cierto que las leyes electorales son hoy susceptibles de ser impugnadas por medio de la acción de inconstitucionalidad exactamente igual que cualquier otra ley, sin otra especialidad que la que se deriva del régimen de la legitimación. Con todo, el controvertido concepto de “materia electoral” seguirá planteando problemas y sigue siendo un concepto cuya precisa delimitación parece ineludible para la aplicación del precepto estudiado. Si bien es claro que las con-

²⁷⁷ Tesis CXXVI/1995.

²⁷⁸ Tesis CXXVIII/95, CXXIX/95, CXXX/95.

²⁷⁹ García Ramírez, Sergio, “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)”.

secuencias de la calificación de una materia como “electoral” no serán tan graves como antes de la reforma de julio de 1996, pues no quedará ya tal materia excluida de una fiscalización de su constitucionalidad por la vía del artículo 105.II, de esa calificación se seguirán derivando con todo, todavía, tres consecuencias de importancia, al menos:

a) En primer lugar, respecto de los sujetos legitimados, por el régimen *sui generis* de la materia electoral en este aspecto, tema éste al que acabamos de referirnos con cierto detalle al tratar de la legitimación. Sólo cuando nos encontremos ante una ley de “contenido electoral” existirá la legitimación específica *adicional* de los partidos políticos.

b) En segundo lugar, porque la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la vía de la acción de inconstitucionalidad (artículo 105.II, penúltimo párrafo), cuyo plazo de ejercicio es ocioso recordar que es de treinta días.

En efecto, el penúltimo párrafo del artículo 105 establece que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”, es decir, la acción de inconstitucionalidad. Ello supone reafirmar el principio de que las leyes electorales no pueden ser objeto de una fiscalización constitucional mediante el amparo contra leyes. Precisamente por ello, es especialmente necesaria en este tipo de leyes una mayor diligencia por parte de los legitimados —especialmente minorías políticas y partidos políticos— en el examen de la constitucionalidad de las mismas, así como en la interposición, en su caso, de la acción ante la Suprema Corte. Pasado el plazo de treinta días desde la publicación de la ley, sean o no afectados uno o mil intereses concretos, la ley ya no es impugnabile, y si tenía un defecto de constitucionalidad, tal defecto ya no es fiscalizable ni siquiera por la Suprema Corte. No es ésta una solución todavía totalmente satisfactoria, pero constituye un avance importante, en todo caso, que se haya admitido la posibilidad de impugnación por vía de la acción de inconstitucionalidad.

c) En tercer lugar, las leyes “electorales”, tanto de la Federación como de los estados, habrán de estar promulgadas y publicadas al menos con noventa días de antelación al inicio del proceso electoral en que hayan de aplicarse.²⁸⁰ De no ser así, nos encontraríamos ante un

280 Dice el último párrafo del artículo 105.II “las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que se inicie el proceso electoral en

claro supuesto, un tanto peculiar, de omisión legislativa inconstitucional.²⁸¹

d) Finalmente, porque las leyes en cuestión, durante el proceso electoral en que vayan a aplicarse, no podrán sufrir modificaciones “fundamentales” (artículo 105.II, último párrafo), término este último de gran amplitud pero que permite sin duda un control claro, en su caso, por la Suprema Corte.

Un problema que se plantea aquí es el referido al caso extremo de la anulación por la Suprema Corte de una ley electoral conforme a la cual se haya regido un determinado proceso electoral que ya ha tenido lugar, en cuanto que, de conformidad con la propia regulación constitucional, las sentencias anulatorias no surten efectos *pro praeterito* sino únicamente *pro futuro*, lo que puede conducir a resultados materialmente insatisfactorios.

Es indudable que la anulación retroactiva plantea siempre ciertos problemas y, en particular, los plantea en casos como el que aquí analizamos en cuanto conduciría a la anulación de unas elecciones, federales por ejemplo, decisión que el tribunal obviamente tendría que sopesar mucho, prestando una atención especial al hecho de si se derivó del vicio de inconstitucionalidad una alteración sustancial del resultado de las elecciones. En cualquier caso el efecto general *pro futuro* del sistema mexicano conlleva, en principio, la imposibilidad de anular unas elecciones realizadas y regidas conforme a una ley inconstitucional.

El remedio para garantizar la efectividad de la declaración de inconstitucionalidad de leyes electorales sin acudir al expediente extremo de

que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales”. El artículo transitorio segundo establece que “las adiciones contenidas en la fracción II del artículo 105 del presente Decreto, únicamente por lo que se refiere a las legislaciones electorales de los Estados que por los calendarios vigentes de sus procesos la jornada electoral deba celebrarse antes del primero de abril de 1997, entrarán en vigor a partir del 1º de enero de 1997” y no, como con carácter general establece el artículo transitorio primero, el 23 de agosto de 1996 (día siguiente de su publicación); “Para las legislaciones electorales federal y locales que se expidan antes del 1º de abril de 1997 con motivo de las reformas contenidas en el presente Decreto, por única ocasión, no se aplicará el plazo señalado en el párrafo cuarto de la fracción II del artículo 105”.

281 Sobre el concepto de inconstitucionalidad por omisión puede verse Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1997; *id.*, “La inconstitucionalidad por omisión en Portugal”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, año XXXVI, números 1-2-3, enero-septiembre de 1995 y Fernández Segado, Francisco, “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, mayo de 1994, pp. 67 y ss.

la retroactividad de la declaración parecía pasar por una regulación específica del procedimiento en caso de impugnación de las leyes electorales, de forma tal que se obligue a la Suprema Corte a resolver antes de que pueda iniciarse el proceso electoral o, si la causa de la impugnación se refiere a eventuales “modificaciones fundamentales” de la ley durante el proceso electoral ya en marcha, estableciendo un plazo brevísimo e improrrogable para dictar sentencia, anterior en todo caso (en varios días al menos) a la jornada electoral. Así lo ha hecho la LR105, que establece, para las distintas fases procesales, plazos más breves cuando la ley impugnada tenga carácter electoral y, en particular, dispone que la sentencia habrá de dictarse en un plazo máximo de 5 días desde que el magistrado ponente propone al Pleno el proyecto de sentencia (lo que éste por lo demás, habrá de hacer en los 5 días siguientes a haberse agotado el procedimiento).

3. *Tratados internacionales*

Por lo que a los tratados internacionales se refiere,²⁸² si bien el tema no ha sido extrañamente objeto de una reflexión en profundidad por la doctrina relativamente abundante que en México ha analizado la acción de inconstitucionalidad, debe decirse que hay muy serias razones para propugnar un tratamiento especial, que lamentablemente no fue previsto por el constituyente de reforma en 1994 ni tampoco, más recientemente, en 1996. Nos referimos a un control de la constitucionalidad de carácter previo,²⁸³ tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encar-

282 El único Tribunal Constitucional en Europa que no puede conocer de la constitucionalidad de los tratados internacionales, por disposición constitucional expresa, es el polaco, lo cual por lo demás ha dado lugar a una cierta polémica.

283 La solución no fue, tampoco, atisbada por Kelsen, quien señalaba que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales implicaba un conflicto entre los intereses de la política interna y los de la política exterior, y en caso de que se dé prevalencia a estos últimos, ello llevaría a la exclusión de la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de que se admita entonces la competencia de un órgano internacional, solución que Kelsen consideraba impensable para “el actual desarrollo técnico del Derecho Internacional”. Kelsen, Hans, “La garantía...”, *cit.*, pp. 181-182.

gada de elaborar el anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931).²⁸⁴

Con todo, ha sido, sin duda, el modelo francés el seguido por el constituyente español al prever también en la Constitución de 1978 un control preventivo para los tratados internacionales por diferencia del control *a posteriori* de la constitucionalidad que establece para las leyes. En el caso francés, el control preventivo a que quedaban sujetos los tratados internacionales no suponía —ni supone hoy— romper con el régimen general del control de la constitucionalidad de las leyes, que era y sigue siendo un control de naturaleza *preventiva*. Es precisamente por ello por lo que a continuación preferimos referirnos al ejemplo español, aun cuando sea más reciente que el francés, pues el régimen general español de control de la constitucionalidad es, claramente, más próximo al ahora adoptado en México, en cuanto que es un control *a posteriori*, siendo por lo demás inconcebible en la tradición jurídica mexicana un control *a priori* de la legislación como el que funciona en Francia.

Refiriéndonos ya, pues, a España, debe decirse que la Constitución española de 1978 prevé la posibilidad de un control de constitucionalidad de los tratados internacionales de carácter preventivo, frente al control de constitucionalidad *a posteriori* que el Tribunal Constitucional ejerce frente a las leyes. El artículo 95 es el que prevé tal supuesto y así, luego de establecer en su apartado 1 que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, preceptúa que tanto el gobierno como cualquiera de las Cámaras (el Congreso o el Senado) “pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

Resulta, así, que en España cualquier tratado puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, exactamente igual que una ley, una vez que ha entrado en vigor. No hay un régimen distinto en

²⁸⁴ Finalmente, tanto la Constitución como la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales guardaron silencio sobre el control de la constitucionalidad de los tratados, si bien con ocasión de la tramitación de la citada ley el profesor Recaséns Sichés propuso en los debates parlamentarios que se previera su control preventivo, tesis que a la postre no sería admitida como tampoco la de su control *a posteriori*, que defendió precisamente el miembro de la Comisión Jurídica Asesora que dos años antes había propuesto en el seno de ésta la previsión de un control preventivo o *a priori* (J. Elola). Remiro Brotons, Antonio, “Artículo 95. Inconstitucionalidad en Tratado Internacional”, en el colectivo Alzaga Villamil, Óscar (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo XII, *cit.*, pp. 553-554.

este aspecto para los tratados del que rige para las leyes. Pero, para los tratados, prevé la Constitución un procedimiento específico de control preventivo, que puede ser instado por el gobierno, por el Congreso o por el Senado, y que no existe, en cambio, para las leyes. De su regulación por la legislación de desarrollo, merecen ser destacados dos aspectos:

- El objeto de control está constituido por tratados internacionales “cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado”.
- El Tribunal emplaza a todos los órganos legitimados, no sólo al solicitante, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al curso de este plazo ha de emitir el Tribunal Constitucional su declaración, que, de acuerdo con una interpretación sistemática del artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante. Podrá ampliar el tribunal ese plazo sólo en el caso de que haga uso de su facultad de solicitar de los órganos legitimados o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas “cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias”, debiendo ser la prórroga para emitir la declaración del “mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas” y sin que exceda en ningún caso de treinta días.²⁸⁵

Y si el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes,²⁸⁶ sino más bien muy serios

²⁸⁵ Muy positiva nos parece la determinación del artículo 101 de la Constitución de Andorra en el sentido de que “este procedimiento tendrá carácter preferente”, que tiene después una regulación legal en la LQTC acorde con tal principio y absolutamente coherente con un Tribunal de escasa actividad: “El magistrado ponente ha de recoger todos los informes y documentos que estime necesarios para formular su propuesta de dictamen, que, en todo caso, ha de presentar al presidente del Tribunal en un término máximo de quince días hábiles contados desde la fecha de entrada del escrito de contestación. El Tribunal emitirá el dictamen de constitucionalidad dentro de los tres días posteriores al de la formulación de la mencionada propuesta” (artículo 61 LQTC).

²⁸⁶ Esa es, desde luego, la experiencia española, donde se previó por vía legal un control de este tipo, respecto de los Estatutos de las Comunidades Autónomas y las Leyes Orgánicas. Dado que esta competencia no se preveía en el texto constitucional, se plantearon muy serias dudas sobre su constitucionalidad y se generaron enérgicas críticas en cuanto a su utilidad. En 1985, se suprimió mediante ley, lo que ha sido juzgado muy positivamente por toda la doctrina, especialmente teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no venía obligado a resolver en un plazo breve, o fugaz

y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los tratados internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá “invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada —y entre ellos se cuentan tanto España como México (que la ratificó en 1974)—, cualquier tratado que celebren es vinculante *en términos de derecho internacional*, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional o el órgano de la constitucionalidad de que se trate, pues no es admisible la invocación de “disposiciones de derecho interno” y entre ellas se encuentra la propia Constitución, obvio es decirlo.²⁸⁷ Es decir, una vez ratificado el tratado internacional, no hay forma

incluso, tal y como ocurre con el control preventivo de constitucionalidad del Consejo Constitucional en Francia.

La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985 es meridianamente clara sobre el balance final: “[El control previo de la constitucionalidad] se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la ley. El Estado configurado en la Constitución se fundamenta en un inmediato equilibrio de poderes, que se caracteriza por la demarcación estricta del ámbito de actuación política y jurídica de cada uno de éstos, sin interferencias que desequilibren su relación armónica. Pero la configuración del recurso previo de inconstitucionalidad puede suponer una grave fisura de este equilibrado sistema de relaciones, con incidencia negativa del Poder Legislativo y del Tribunal Constitucional. Las Cortes Generales, en efecto, pueden ver interferida su acción legislativa en cualquier fase de procedimiento de creación normativa, lo que no permite la plena conformación de la voluntad del órgano parlamentario. Puede incidirse así, y de forma negativa, en el ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución atribuye sin limitaciones a las Cortes Generales. El Tribunal Constitucional, por su parte, órgano jurisdiccional, y, por tanto, alejado de los avatares políticos de la práctica parlamentaria, se ve lanzado a una función que no responde al sistema de relación de poderes que la Constitución establece, interviniendo en el procedimiento de formación legislativa aun antes de que la voluntad parlamentaria se haya configurado definitivamente”.

²⁸⁷ Ello es algo indiscutible en el ámbito internacional y así lo ha sostenido rotundamente tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) como el Tribunal Internacional de Justicia (TPI) e inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El primero sostiene, por ejemplo, lo siguiente: “Se debe observar, sin embargo, que si, por una parte, conforme a los principios

de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento,²⁸⁸ incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia²⁸⁹ para celebrar tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta “si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Fuera de este caso, y siempre que se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino sólo del derecho internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor” (TPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24). Conviene aclarar, en cualquier caso, que ello no supone una primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pues ése es un terreno donde el derecho internacional público deja libres a los respectivos derechos internos, pero lo que sí es indiscutible es que el incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Hay ordenamientos, como el portugués, que previsoriamente establecen algún tipo de regulación especial. Es el caso de la Constitución portuguesa, cuyo artículo 277.2 establece que “la inconstitucionalidad orgánica y formal de tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el ordenamiento jurídico portugués, desde el momento en que tales normas sean aplicadas en el ordenamiento jurídico de la otra parte”, si bien a renglón seguido establece una excepción, respecto de la que —aparte de su problemático alcance— se plantea la cuestión aludida en el texto: se exceptúan los casos en que “tal inconstitucionalidad resulte de la violación de una disposición fundamental”. Aparte de ello, la doctrina portuguesa es unánime en entender que la norma en cuestión no se aplica a la inconstitucionalidad material. Araújo, António de, “Relações entre o Direito Internacional e o Direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade (A norma do artigo 277,2 da CRP)”, en el colectivo *Estudos sobre a jurisprudência...*, *cit.*, pp. 9 y ss.

²⁸⁸ Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Internacional de La Haya, con base en la costumbre, “es un principio de Derecho Internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”, sin que la falta de previsión expresa de esa obligación de reparar en el contexto de la norma infringida afecte a su imperatividad. Me refiero al caso de la fábrica de Chorzow de 26.7.927 y 13.9.928.

²⁸⁹ Por lo que parece, si hacemos caso a Gutiérrez Baylon, no serían escasos los ejemplos de incompetencia en la praxis mexicana. Véanse varios ejemplos en Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones...”, *cit.*, p. 42.

Ése es el inconveniente que ha sabido salvarse,²⁹⁰ entre otros países en:

- España,
- Alemania,²⁹¹
- Francia,²⁹²
- Portugal,²⁹³
- Colombia,²⁹⁴

²⁹⁰ Y tal fórmula se reveló muy útil, por cierto, en todos estos países para la ratificación del Tratado de la Unión Europea (1992). Sobre este tema, véase Favoreu, Louis, “Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du *Droit constitutionnel international*”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. XCVII, 1993, pp. 39-66; Weber, Albrecht, “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1995, pp. 31 y ss., quien destaca como “considerado desde el punto de vista del derecho comparado, el control de normas preventivo de obligaciones asumidas mediante tratado, posee frente al control ‘posterior’ de normas [...] importantes ventajas” (p. 35).

²⁹¹ Aunque la Constitución (artículo 100.2) y la BVGG (artículo 13 BVGG y sección 12 de la parte III (*Besondere Verfahrensvorschriften*)) sólo prevén el control *a posteriori*, el Tribunal Constitucional —sin apoyo legal y en una resolución claramente creativa— admitió en su sentencia de 8 de diciembre de 1952 la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados previamente a su ratificación con ocasión de un dictamen solicitado por los gobiernos de los *Länder* o por la tercera parte de los miembros del Bundestag (BVerfE 2,79). Favoreu, Louis, *Les Cours...*, *cit.*, p. 59; Hans Joachim Faller, “Defensa constitucional...”, *cit.*, pp. 61-63.

Cfr. BVerfGE 1, 396 (411 ss.); 4, 157 (162); 12, 205 (220 ss.). Como nos recuerda Hesse, si aquí el control del Tribunal es lícito incluso *ya previamente* al otorgamiento y publicación (*vor der Ausfertigung und Verkündung*) de la norma, aunque sólo cuando el proceso en los cuerpos legislativos esté cerrado, ello se debe a que se trata de este modo de evitar que “sean asumidas obligaciones internacionales en contradicción con el derecho interno del Estado”. Hesse, Konrad, *Grundzüge...*, *cit.*, p. 268, nota 15. Véase también Jöhn, Hartmut, “Die abstrakte Nomenkontrolle”, *cit.*, pp. 314-315.

²⁹² En Francia, tanto el presidente de la República como el primer ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado y, por último —tras la reforma constitucional de 25 de junio de 1992 (Ley n° 92-554)—, sesenta diputados o sesenta senadores pueden remitir al Consejo Constitucional todo acuerdo internacional pendiente de ratificación con la finalidad de verificar la conformidad a la Constitución de una o más de sus cláusulas y, en caso de que la no conformidad sea constatada, el acuerdo internacional no podrá ser ratificado hasta que la Constitución sea revisada (“*si le Conseil constitutionnel... a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de ratifier ou d’approuver l’engagement international en cause ne peut intervenir qu’après la révision de la Constitution*”). Véase, asimismo, los artículos 18 y ss. de la LOCC, reformada también por Ley Orgánica 95-63, de 19 de enero de 1995.

²⁹³ El presidente de la República puede acudir al Tribunal Constitucional por la vía del control preventivo para verificar la constitucionalidad de los tratados y acuerdos internacionales y, en caso de ser declarados inconstitucionales, obligar a la Asamblea de la República a decidir sobre el mantenimiento de las disposiciones declaradas inconstitucionales por mayoría de dos tercios. *Cfr.* artículos 278 y 279 Constitución y título III, capítulo II, subcapítulo I, sección segunda (*Processo de fiscalização preventiva*), artículos 57 a 61, LTC.

²⁹⁴ El artículo 240, punto 10, de la Constitución establece que es competencia de la Corte Constitucional: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de

- Costa Rica,
- Bolivia,
- Eslovenia o
- Andorra.²⁹⁵

Experiencia comparada que, por las razones que sean, no ha tomado en cuenta el constituyente mexicano, lo que, a nuestro juicio, constituye un entero desacierto, que habrá de enmendarse en una futura reforma constitucional en esta materia, especialmente atendiendo al dato de la ratificación automática por el Senado de todos los tratados internacionales.²⁹⁶

En relación también a los tratados internacionales, hemos de hacernos eco de otra cuestión, suscitada por Arteaga Nava,²⁹⁷ quien opina que, al referirse el artículo 105 constitucional a los “tratados” exclusivamente, no comprende a los “convenios internacionales”, puesto que la Constitución distingue entre unos y otros en sus artículos 15 y 76.I. Tal opinión, en la que no profundiza el autor sino que apenas la apunta, no nos parece suscribible en modo alguno.

En primer lugar, y conforme a un criterio literal, la Constitución no distingue en esos artículos entre tratados y convenciones internacionales solamente, sino que, mientras el primero de ellos habla de convenios o tratados, el segundo habla de tratados internacionales y convenciones diplomáticas. De su contexto se deduce, por otra parte, que no hay vo-

las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”. La Corte ha ejercido esta facultad, por ejemplo, en las sentencias C-447 de 6 de agosto de 1992, C-574 de 28 de octubre de 1992 y C-027 de 5 de febrero de 1993.

²⁹⁵ Artículo 98 de la Constitución: “El Tribunal Constitucional conoce:... b) De los requerimientos de dictamen previo de inconstitucionalidad sobre leyes y tratados internacionales”; artículo 101: “1. Los copríncipes, en los términos del artículo 46.I.f), el Jefe de Gobierno o una quinta parte de los miembros del Consejo General, pueden requerir dictamen previo de inconstitucionalidad sobre los tratados internacionales antes de su ratificación. Este procedimiento tendrá carácter preferente. 2. La resolución estimatoria de inconstitucionalidad impedirá la ratificación del tratado. En todo caso, la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones que contradigan la Constitución exigirá la previa reforma de ésta”. Véase además el título IV, capítulo III (*Del procedimiento previo de control de constitucionalidad de los Tractats internacionals*) de la LQTC.

²⁹⁶ Gutiérrez Baylon, Juan de Dios, “Tratados y resoluciones...”, *cit.*, p. 43.

²⁹⁷ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional...*, *cit.*, p. 55.

luntad alguna de distinguir entre unos y otras, sino que se emplean como términos sinónimos.

Y lo que es más importante, el artículo 89 de la Constitución —que es el artículo básico en la materia, por cuanto que se refiere a la competencia para la celebración de las normas a que venimos refiriéndonos— determina que es una facultad del presidente la de “celebrar tratados internacionales”, sometiéndolos, eso sí, “a la aprobación del Senado”,²⁹⁸ y no se establece en dicho precepto ninguna diferenciación de aquéllos con respecto a los convenios o a las convenciones, a los que simplemente no se hace mención alguna.

Naturalmente, tampoco se alude en ningún lugar de la Constitución a quién es competente para celebrar esos convenios o convenciones internacionales pretendidamente diversos de los tratados. Lejos de ello, el artículo 76 determina que es facultad exclusiva del Senado aprobar (ratificar) los tratados internacionales y convenciones diplomáticas “que celebre el Ejecutivo de la Unión”. De ello se deduce que el constituyente no pretendió, con la utilización de términos distintos, distinguir entre tratados y convenciones (ni tampoco unos y otras de los convenios), sino que los utilizó como sinónimos. No hay base constitucional para diferenciar entre unas normas internacionales y otras.²⁹⁹

Y si la diferenciación hipotética entre tratados y convenios carece de toda base constitucional, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria es todavía más claro que una diferenciación de unos y otras no es de recibo. En efecto, la Ley sobre la Celebración de Tratados, de 2 de enero de 1992, establece en su artículo 2, fracción I, que en el ordenamiento jurídico mexicano se entenderá por tratado internacional

el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación se requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, *cualquie-*

²⁹⁸ Tras la reforma de 1988, pues con anterioridad se decía, en abierta contradicción con los artículos 76 (facultad exclusiva del Senado su ratificación) y 133 (su valor como Ley Suprema de la Unión), que esa aprobación correspondería al “Congreso Federal”.

²⁹⁹ En el artículo 76 no hay criterio alguno que pueda posibilitar, siquiera hipotéticamente, esa diferenciación entre unos y otros. Por lo que al artículo 15 se refiere, el uso de la conjunción disyuntiva (“o”), no copulativa, es indicativo de que constitucionalmente no se establece ninguna distinción entre los convenios y los tratados.

ra que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos mexicanos asumen compromisos.

Es una confirmación, rotunda, por el legislador ordinario, de la falta de todo apoyo jurídico-positivo de esa distinción.

Si todo ello es claro a nivel del derecho (constitucional) interno mexicano, en el ámbito internacional es una cuestión indiscutible. En efecto, es la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, la que se refiere expresamente a esta cuestión terminológica casi en su mismo frontispicio. Y lo hace cuando, al definir en su artículo 2 al tratado como todo “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados³⁰⁰ y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”, termina esta definición con la importante precisión de que se entiende por tratado cualquier acuerdo internacional que cumpla esos requisitos “*cualquiera que sea su denominación particular*”, expresión esta última que después ha tomado literalmente la ley mexicana sobre la Celebración de Tratados en su artículo 2, como ya hemos visto.

Resultaría difícil imaginar un mentís más claro y rotundo de la tesis que pretende sostener alguna distinción entre Tratados y Convenios o Convenciones internacionales, que el artículo 2 de la Convención de Viena o el mismo artículo de la Ley de Celebración de Tratados. Es natural, así, que la doctrina iusinternacional mexicana más autorizada, como la de los demás países, ignore por completo esa distinción (entre tratados y convenios) en la clasificación de los Tratados, distinción que hoy nadie sostiene, ni en el ámbito internacional, ni en el interno.

En España, por su parte, haciéndose eco justamente de lo expresado por el citado artículo de la Convención de Viena, ha podido Rodríguez Carrión subrayar que “el término tratado es genérico y comprende denominaciones tan variadas como las de convenio, convención, acuerdo, pacto, estatuto, carta, constitución, declaración, compromiso, concordato, etcétera”. Ello precisamente le lleva a censurar la “incorrección técnica” de la Constitución española cuando utiliza junto al término “tratado”,

³⁰⁰ O también entre Estados y Organizaciones Internacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, ratificada por México en 1988.

los vocablos de “convenio” o “acuerdo” “*como si se tratara de especies diferentes*”.³⁰¹

Una última cuestión que merece ser debatida es la que se refiere a la distinción, introducida por la citada Ley de Celebración de los Tratados, entre tratados internacionales y acuerdos interinstitucionales, definiéndose a estos últimos como todo

Convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, estatal o municipal, y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado...

A esta definición debe añadirse la precisión de que el ámbito material de los acuerdos interinstitucionales debe circunscribirse “exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben”.

No entraremos aquí en los problemas de constitucionalidad que su misma existencia suscita, pues es más que discutible desde la perspectiva constitucional la introducción, por vía de ley ordinaria, de esta nueva categoría,³⁰² sino que lo que verdaderamente nos interesa es dilucidar si estas normas, caso de ser constitucionalmente admisible su existencia, están o no sujetas al control de la Suprema Corte, por medio de la acción de inconstitucionalidad. La respuesta ha de ser negativa, pues precisamente la razón de ser de los acuerdos interinstitucionales es su diferenciación respecto de los tratados internacionales, básicamente en cuatro puntos:

a) Mediante su celebración los Estados Unidos Mexicanos no “asumen compromisos”, no quedan comprometidos internacionalmente;

b) Estos acuerdos interinstitucionales no serán, en ningún caso, Ley Suprema de la Unión, como sí ocurre con los tratados (artículo 133 de la Constitución), por así disponerlo la propia ley;

301 Rodríguez Carrión, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 171. Véase también Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 101 y ss.

302 En este sentido, puede verse López Mata, Rosendo, “Notas para el análisis sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley sobre la Celebración de Tratados”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, pp. 237 y ss.

c) Tales Acuerdos no han de ser aprobados por el Senado, como sí habrán de serlo los tratados internacionales;

d) Por último, los sujetos que pueden celebrar los acuerdos interinstitucionales son “cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, estatal o municipal”, y pueden celebrarlos con “uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”. Los tratados, en cambio, sólo pueden celebrarse entre el *gobierno de los Estados Unidos Mexicanos* y *cualesquiera sujetos de derecho internacional público*.

Todo ello aparta a estos acuerdos de la noción de tratado internacional y no permite considerarlos tratados, ni siquiera en sentido amplio, a los efectos del artículo 105 constitucional. Cuestión distinta, y que queda abierta,³⁰³ es si esta nueva fuente del derecho es admisible desde la perspectiva del derecho constitucional, cuestión que nos llevaría demasiado lejos tratar aquí.

4. *Las reformas constitucionales*

A. La posibilidad de su control (formal) de constitucionalidad

Algún sector doctrinal ha sostenido que, por medio de la acción de inconstitucionalidad, no pueden impugnarse las reformas constitucionales: ni la genérica del artículo 135 constitucional, ni las especiales —que son obra exclusiva del Congreso de la Unión sin el concurso de las legislaturas de los estados— (artículo 73.I, IV y V). Y ello, a juicio de Arteaga Nava, porque “una vez que concluye el proceso legislativo, forman parte integrante de la Constitución a pesar de que, como se ha dicho, son obra del Congreso de la Unión. Lo mismo puede afirmarse por lo que toca a las normas de naturaleza transitoria que regulan la entrada en vigor de las reformas constitucionales”.³⁰⁴

³⁰³ Justamente la reforma de 1994 podría haber sido una buena oportunidad para constitucionalizar expresamente esa diferenciación entre tratados y acuerdos interinstitucionales, si se hubiese juzgado oportuno, por medio de la regulación frontal de la cuestión o incluso, aunque más discutiblemente, mediante la referencia separada a los tratados y a los acuerdos interinstitucionales en el artículo 105 constitucional. Sea como sea, no se ha hecho así y la cuestión sobre la constitucionalidad de esta fuente permanece abierta.

³⁰⁴ Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional...*, cit., p. 53.

En el mismo sentido se pronuncia Madrazo, quien señala explícitamente que

por último, y en relación con la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apreciar probables vicios en la tramitación de una reforma constitucional, es incontestable que en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico tal posibilidad es inexistente, pues para ello sería necesario que así lo declarase la propia Constitución, sumando al poder revisor de la Constitución el órgano y la instancia judicial, lo que en la especie no sucede. Hasta ahora el amparo es un medio de control de la constitucionalidad y no de la Constitución. Sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente.³⁰⁵

Tal exclusión, sin embargo, no nos parece de recibo, opinión muy común en Europa³⁰⁶(salvo, quizás, en Francia) y no sólo allí.³⁰⁷ Es obvio que la reforma constitucional no se aprueba por medio de un acto o una norma administrativa del Congreso de la Unión, sino por medio de una ley: ése es, justamente, el instrumento técnico utilizado, y no otro, pues las reformas constitucionales no son sino *leyes de reforma*³⁰⁸ expedidas por

³⁰⁵ Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, en el colectivo *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995, t. II, p. 1375.

³⁰⁶ En España, véase Aragón Reyes, Manuel “Legitimación en los procesos constitucionales”, en Óscar Alzaga (dir.), *Comentarios...*, cit., t. XII, pp. 178 ss.; en Alemania, Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht...*, cit., p. 84; en Italia, Barile, Paolo, “La revisione de la Costituzione”, en sus *Scritti di Diritto Costituzionale*, Pádova, CEDAM, 1967, p. 75 (y los autores allí citados y la réplica a la posición contraria de Mortati); en Portugal, Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional*, cit., p. 994 y 1137 y ss.; y Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra, 1991, t. II, p. 189. En general, Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, cit., p. 110.

³⁰⁷ Art. 73 ch) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica; art. 120 j) de la Constitución boliviana. El tribunal constitucional sudafricano no sólo examinó la constitucionalidad de una reforma constitucional, sino que incluso llegó a declararla en varios aspectos inconstitucional (sentencia de 6 de septiembre de 1996) como también lo hizo respecto de una Constitución provincial en otra sentencia de la misma fecha.

³⁰⁸ Sobre la naturaleza legislativa de las reformas constitucionales, puede verse, por ejemplo, Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 1996, pp. 656-657. Debe tenerse presente, además, que las reformas constitucionales han tenido su origen por lo general en la iniciativa del presidente, en aplicación de lo que para el procedimiento legislativo ordinario prevé el artículo 71. I constitucional, a falta de disposición específica para las reformas constitucionales, lo cual es enteramente natural pues, aunque tengan una naturaleza *sui generis* y un valor jerárquico superior a las restantes leyes, su naturaleza legislativa es indiscutible. Este argumento también se ha utilizado en España, por ejemplo, por Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 37 y ss. Si bien en España esa solución no se revela tan clara como en México. Sobre esto

el Congreso de la Unión con mayoría reforzada y con la aprobación adicional de la mayoría de las legislaturas locales. Y dado que el actual artículo 105 constitucional no excluye a tales leyes del control a través de la acción de inconstitucionalidad, ni tampoco se deduce ello de otro precepto constitucional, no hay razón alguna para sostener su exclusión, al margen de cual sea la opinión *de lege ferenda* que cada cual pueda libremente sostener e, incluso, de algún precedente de derecho comparado que acaso pueda encontrarse.

No cabe alegar que una vez que se aprueben por el Congreso de la Unión, “forman parte integrante de la Constitución”.³⁰⁹ Tal argumento está viciado, pues precisamente lo que se está discutiendo es éso: si la reforma constitucional ha cumplido los requisitos que el constituyente originario ha querido que se respetaran para, de ser así, y sólo en la medida en que así fuera, considerar a esas leyes como parte integrante de la Constitución. Pero si esos requisitos no se cumplen, es obvio que no se ha respetado la voluntad constitucional, y la pretendida reforma no puede tener validez, precisamente porque no es, ni se presenta como, una nueva Constitución, aprobada por un poder constituyente originario—libre y soberano—, sino como una simple reforma, obra del poder constituyente *constituido*. Y éste, justamente en cuanto que “constituido”, está sometido a la voluntad más fuerte del poder constituyente originario y a las reglas por éste establecidas para su reforma.

Pues bien, la Constitución mexicana prevé unos mecanismos de reforma de la misma en sus artículos 135 y 73 y es evidente que esas previsiones no se sitúan fuera del *corpus* constitucional, sino que se integran en él, forman parte de la Constitución. A esas disposiciones se extiende también la supremacía normativa de la Constitución; la Cons-

último, véase Aragón Reyes, Manuel, “competencias del Tribunal Constitucional...”, *cit.*, pp. 178 y ss.

³⁰⁹ Por lo demás, el anterior presidente de la Suprema Corte de Justicia, con anterioridad a la reforma de 1994, sostenía expresamente: “las reformas nunca pueden cuestionarse por los contenidos que llegaren a incorporar, pero sí por los vicios formales que tuvieran, esto es, por desconocer los procedimientos o requisitos de integración de los órganos. Siendo el juicio de amparo procedente a instancia de parte agraviada, según lo determina la fracción I del artículo 107 constitucional, la impugnación de una reforma constitucional por vicios de forma sólo podrá plantearse al resultar afectado algún particular”. Se afirmaba así explícitamente la posibilidad del control de constitucionalidad de las reformas por la vía del amparo, y nada menos que por el presidente de la Suprema Corte. Es ésta, en todo caso, una cuestión distinta del objeto de nuestro análisis, en la que por ello no entraremos, aunque relacionada con el mismo y muy significativa por lo demás.

titudin ha querido que su reforma se rodease de unas ciertas garantías. Es claro que toda reforma de la Constitución ha de cumplir los requisitos que ésta ha previsto para su reforma. Y, en tanto las leyes de reforma no se excluyan constitucionalmente, y de manera expresa, del control de constitucionalidad, éste también ha de extenderse a ellas.

Aunque Madrazo no afirme expresamente que las leyes de reforma “forman parte de la Constitución”, implícitamente parece sustentar esa opinión cuando afirma que “sólo una interpretación errónea e interesada podría colocar al Poder Judicial Federal, en tanto que poder constituido, por encima del poder revisor o constituyente permanente”.³¹⁰ Es obvio que el Poder Judicial es un poder constituido, pero conviene no olvidar que el poder constituyente permanente, en cuanto que se presenta como *reformador* del texto constitucional, está también sometido a éste, y precisamente en este sentido es un poder constituyente *constituido*: puede reformar la Constitución, sí, en efecto, pero sólo con respeto a las reglas por ella misma previstas para su reforma.³¹¹

Y no cabe alegar tampoco que, si se admite el control de constitucionalidad en estos supuestos, entonces lo que ocurre es que quien se sitúa al mismo nivel del poder constituyente originario es el órgano de constitucionalidad, aquí la Suprema Corte conociendo de la acción de inconstitucionalidad. Esa vieja objeción es ya conocida; pero, como García de Enterría señala, el órgano de constitucionalidad es un poder neutro, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional,

pero que en modo alguno le configura y, menos aún, impide su cambio. Es en la facultad de acordar este cambio donde justamente hay que ver la nota de la soberanía y lo que constituye el límite infranqueable de la justicia constitucional. Esta no sólo no puede impedir la revisión de la Constitución, sino que, justamente [...] viene a garantizar que esa revisión tenga que hacerse por los cauces que las técnicas de rigidez constitucional le reservan.³¹²

310 Madrazo, Jorge, “El artículo 135”, en el colectivo *Constitución Política...*, cit., p. 1375.

311 Insisto en que queda siempre abierta la posibilidad fáctica de actuación del poder constituyente originario, que como nos recuerda Blanco Valdés, es “un poder, por definición, superior a los poderes constituidos”, incluido el poder constituyente permanente. Blanco Valdés, Roberto L., *La configuración del concepto...*, cit., p. 22.

312 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, cit., pp. 198-199.

En efecto, la Constitución es, en cuanto que obra del poder constituyente, superior al Poder Legislativo ordinario,

que sólo puede organizarse como tal en virtud de la Constitución misma; sobre ello se ha edificado la doctrina de la rigidez constitucional, inmune al poder legislativo ordinario, doctrina virtualmente general, con la única excepción relevante (hoy ya pintoresca, como tantos otros tradicionalismos ingleses) de Inglaterra. El Tribunal Constitucional es justamente el guardián de esa rigidez; la asamblea podrá promover, en tanto la Constitución la habilite para ello, la revisión constitucional, pero deberá hacerlo como tal, con observancia de los procedimientos, quórum y eventuales referendos populares que la Constitución haya dispuesto, razón por la cual no será válida una Ley ordinaria que intente alterar la Constitución (o que la contradiga, lo cual es lo mismo) fuera de estos cauces.³¹³

Por otro lado, de nada serviría reconocer la supremacía de todas y cada una de las normas constitucionales materiales, si después se permite que la Constitución sea modificada (en realidad, vulnerada) por mecanismos que no son los previstos constitucionalmente, modificaciones que podrán libremente afectar a cualesquiera disposiciones de la Constitución sin que haya forma de controlar la constitucionalidad misma de la reforma. Salvo que partamos de la concepción de la Constitución como una hoja de papel sin más valor o como mero programa, y no como una auténtica norma jurídica, es claro que allá donde exista un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse también a las reformas constitucionales pues, de lo contrario, habremos introducido un verdadero “caballo de Troya” en el campo de la supremacía constitucional, valga la expresión.

El más conocido pasaje de la sentencia constitucional también más célebre y más citada en el mundo entero, la del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Marbury versus Madison* (1803), es terminante en este punto:

No hay una solución intermedia entre estas alternativas. O la Constitución es la ley suprema *que no puede ser variada por medios ordinarios, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y como cualquier otra disposición legislativa puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla*. Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un

313 *Idem*, pp. 189-190.

acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable (cursiva mía).

Y el profesor De Vega, de manera no menos categórica, ha sostenido en un conocido estudio que

la problemática de la reforma [...] quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites.³¹⁴

Precisamente por todo ello, ante el silencio constitucional sobre las reformas constitucionales como objeto de control de la constitucionalidad, un sector de la doctrina española ha entendido que nos encontramos en ese supuesto ante “una competencia implícita [del Tribunal Constitucional], derivada de la condición jurídica de la Constitución”.³¹⁵

B. *La posibilidad de su control material de constitucionalidad*

Hasta aquí nos hemos venido refiriendo al control de constitucionalidad de carácter formal, es decir, a un control sobre la observancia del procedimiento legislativo *ad hoc* previsto en la propia Constitución para la aprobación de las reformas de su texto. Pero, junto a este control de constitucionalidad de carácter formal, se plantea la posibilidad de otro de naturaleza sustancial. El presupuesto indispensable para un control de este tipo es, lógicamente, la existencia en la propia Constitución de unos límites materiales a su reforma, esto es, el establecimiento de un ámbito o unos principios que no podrán ser alterados por el legislador de reforma.³¹⁶

314 Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 296.

315 Es la posición de Aragón Reyes, Manuel, “Competencias del Tribunal Constitucional. Comentario al artículo 161”, en Óscar Alzaga (dir.), *Comentarios... cit.*, t. XII, p. 179, quien deduce esa competencia de diversos preceptos constitucionales, ninguno de los cuales atribuye expresamente esta competencia al Tribunal Constitucional.

316 La admisión de estas cláusulas de intangibilidad, y en general de límites materiales (aunque sean implícitos), exige distinguir entre el poder de reforma (de la Constitución), que tiene límites precisamente en cuanto que poder constituido, y el poder constituyente, que “permanece indemne en toda su pujanza” y al que siempre será posible reformar la Constitución existente o establecer

Hay Constituciones que establecen expresamente esos límites por medio de lo que se conoce como cláusula de intangibilidad (Alemania),³¹⁷ pero otras no lo hacen así, a pesar de lo cual la doctrina entiende que existen también algún tipo de límites a la reforma constitucional. En este punto, es necesario aludir a una distinción tradicional en la doctrina europea entre tres clases de límites:

a) límites expresos, que son aquellos que se deducen inmediatamente del texto constitucional, de la letra del texto positivo;

b) límites inmanentes, que serían aquellos mediatizados por una interpretación doctrinal o jurisprudencial que los incorpora de cualquier modo al orden interno y que se deducen de un orden (el orden natural) que, según los intérpretes, escapa a una comprensión sensible y que, en este sentido, es metafísico y prepositivo (estos límites jugarían también respecto del propio poder constituyente originario o material);

c) límites implícitos, que sería una categoría intermedia entre los límites expresos y los inmanentes, pues su fuente es la Constitución o una regla constitucional no escrita (como una costumbre), pero entendida no meramente en su literalidad, sino según el significado que, mediante la labor interpretativa, se deduce de su espíritu: son límites que la Constitución no establece expresamente pero que se deducen claramente como

una nueva, si bien “su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos sino por las vías de hecho”. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 220 y ss y 238.

³¹⁷ Hasta el punto de que se ha convertido en “una especie de práctica necesaria” en las constituciones más modernas. Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 246. Loewenstein se refiere, en uno de sus más conocidos artículos, a la “ilusión creciente de que ciertas cuestiones fundamentales pueden hacerse ‘irreformables’” (“the increasing illusion that certain fundamentals can be made ‘unamendable’”). Loewenstein, Karl, “Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age”, en el colectivo Zurcher, Arnold J. (ed.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, Washington/New York, New York University Press, 1951, p. 215, y del mismo autor, su trabajo clásico *Über wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961, especialmente pp. 42 y ss. Véase también Brenner, Michael, “Möglichkeiten und Grenzen grundrechtsbezogener Verfassungsänderungen, dargestellt anhand der Neuregelung des Asylrechts”, *Der Staat*, 1993, t. 32, núm. 4, pp. 493 y ss., donde se contiene un estudio sobre estas cláusulas, su alcance en general y también su ineficacia (en discutible tesis del autor) respecto del derecho de asilo, en cuanto que éste no constituye una manifestación de la dignidad humana sino más bien un “acto de generosidad” del poder constituyente [literalmente: “Der Verfassungsgesetzgeber betrachtete die Asylgewährung vielmehr als einen Akt der Generosität”], tesis que —por cierto— no es preciso subrayar lo importante que puede llegar a ser, de admitirse, en un país como Alemania.

imposiciones de la Constitución, de la “voluntad de la Constitución” (*Wille der Verfassung*).³¹⁸

Por lo que aquí interesa —y más allá de la oportunidad, corrección y utilidad de éstas u otras distinciones— hay que empezar precisando que en la Constitución mexicana no existe, claramente, ningún tipo de límites expresos³¹⁹ al ejercicio del poder de reforma de la Constitución. Éste es también el caso de la Constitución española, no obstante lo cual, un sector de la doctrina (De Vega García³²⁰ y Fernández Segado,³²¹ entre otros) ha podido sostener la existencia de unos límites constitucionales immanentes (implícitos, según la clasificación anterior) al ejercicio del poder de reforma de la Constitución.

Y al margen de la eficacia real de estos límites,³²² tanto más cuando sean implícitos, lo que es obligado reconocer es que constituyen, de ser jurídicamente aceptados, verdaderos criterios materiales para enjuiciar la

318 Así, Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constitutive*, Bruselas, Ferdinand Larcier, 1985, p. 204; véase también Gomes Canotilho, José Joaquim, *Dereito constitucional*, cit., pp. 1129 y ss.

319 Los límites (materiales) expresos más relevantes en el ámbito comparado han sido reconducidos por Rigaux a los siguientes: a) la prohibición de revisar la naturaleza política del régimen; b) la interdicción de modificar la estructura política del Estado; c) la prohibición de modificar los fundamentos ideológicos del Estado, ya se trate de una ideología política o religiosa; d) la protección de los derechos fundamentales; e) la prohibición de afectar la integridad territorial del Estado. Rigaux, Marie-Françoise, *La théorie des limites...*, cit., pp. 45 y ss.

320 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 283 y ss., 242-243 y 267 y ss., quien, por cierto, defendió ya a lo largo del proceso constituyente que se incorporasen a la Constitución ciertas cláusulas de intangibilidad. Sobre los límites implícitos en general, formales y materiales, véase el conocido trabajo de 1934 de Carlo Esposito, *Le validità delle leggi*, que citamos por la reimpresión en Milán, Giuffrè, 1964, pp. 190 y ss.; y más recientemente, Allegretti, Umberto, “Il Problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale”, en Ripepe, Eugenio, e Roberto Romboli (coord.), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, G. Giappichelli, 1995, pp. 23 y ss.

321 Fernández Segado, Francisco, “Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, núm. 65, enero-junio de 1995, Madrid, pp. 516-517. Es también la posición de Ruiz Miguel respecto de la dignidad de la persona como fundamento del orden político (artículo 101 CE). Ruiz Miguel, Carlos, “El significado jurídico del principio de dignidad de la persona en el ordenamiento español”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, núm. 4, octubre-diciembre de 1996, p. 183.

322 El propio Alzaga, con ocasión de los debates constituyentes de 1978 en España, se apoyó precisamente en la más que dudosa eficacia de estas cláusulas en la práctica para rechazar su incorporación (y proponer en su lugar un procedimiento agravado de reforma): “No tiene demasiado sentido la pretensión ingenua de los constituyentes, que se ha repetido en muchas ocasiones a lo largo de la historia, de dotar a su obra de eternidad; como se ha dicho, sólo la Biblia se ha escrito para miles de años”. Su intervención en la Comisión de Asuntos Constitucionales el día 20 de junio de 1978 puede consultarse en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por Sainz Moreno, Fernando, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 1980, t. II, p. 1736.

constitucionalidad de cualquier reforma de la *Lex Magna*. No se presta a dudas, sin embargo, que un control de constitucionalidad de este tipo se dará, ante todo, en situaciones patológicas, desde la perspectiva político-constitucional, de especial intensidad y en las que es posible que la jurisdicción constitucional ya poco pueda aportar para hacer *realmente* operativos esos límites.

Sea como sea, y centrando ya nuestra reflexión en la Constitución mexicana, tampoco hay en este caso consenso en la doctrina sobre la existencia o no de límites implícitos. No interesa ahora tanto entrar en esa discusión, que nos llevaría demasiado lejos, cuanto dejarla apuntada y señalar que, de aceptarse una postura de este tipo, se haría posible un control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales más allá de su regularidad formal, extendiéndose hasta su validez material en cuanto fuesen o no compatibles con esos límites.

La posibilidad misma de límites de esta naturaleza, su determinación y el alcance concreto de los mismos es algo en lo que, sin embargo, no podemos entrar.³²³ Baste dejar señalado que si el control *formal* de constitucionalidad de las reformas constitucionales es una tarea que, en la medida de lo posible, debe serle evitada a la Suprema Corte, con mucha mayor razón habrá de ser así respecto del control material, tanto más cuando éste haya de tener como base unos límites implícitos. Ello, por lo demás, sólo es imaginable en supuestos de extrema gravedad, en los que quizás la opinión de la Suprema Corte ya no tenga fuerza, ni autoridad para imponerse.

Digamos, en fin, que no debe confundirse este control material con otro bien distinto, aunque de algún modo próximo: el que se precisa en

³²³ No deja de ser curioso que, entre otros muchos, defienda la existencia de estos límites el mismo autor que niega a la Suprema Corte toda posibilidad de control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales: "Al respecto [sobre la existencia de límites inmanentes a la reforma constitucional], yo no puedo sino volver a estar de acuerdo con el maestro De la Cueva, cuando afirma que el procedimiento de reforma parcial, como es el del artículo 135, sólo puede conducir a modificaciones concretas, pero nunca al cambio de los principios fundamentales. De este modo, el poder reformador de la Constitución debe detenerse ante lo que el propio maestro De la Cueva llamó 'los principios que contribuyen a la integración del estilo de vida política del pueblo', expresión que pudiera ser equivalente a la de los valores ideológicos fundamentales acuñada por Karl Loewestein". Madrazo, Jorge, "El artículo 135", *cit.*, p. 1375. Otros autores que defienden la existencia de límites al poder de reforma son Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, pp. 131 y ss.; Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, *cit.*, pp. 383, 656 y 657; Canudas, Luis Felipe, "Irreformabilidad de las constituciones políticas de la Constitución", *Revista de Jurisprudencia*, México, núms. 1, 18, 19 y 20, pp. 107-108 [cito a los tres por Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano...*, *cit.*, p. 44].

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

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