

## LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ángel DÁVILA ESCAREÑO\*

*Con especial dedicación a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, uno de los máximos exponentes y promotores del derecho procesal constitucional, con respeto y admiración.*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *La defensa constitucional*. III. *Sistemas de justicia constitucional: el americano y el austriaco*. IV. *El concepto de “derecho constitucional procesal” y “procesal constitucional”*. V. *Los sectores de la justicia constitucional*. VI. *La acción abstracta de constitucionalidad*. VII. *Criterios relevantes*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

El tema que hoy exponemos con motivo de la celebración del III Congreso Nacional del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional es el referente a la “acción abstracta de constitucionalidad”, en razón a la dedicación especial que se le ha dado a la “protección orgánica de la Constitución”.

Ante todo, hay que señalar que la “acción abstracta de constitucionalidad” es un instrumento de control de carácter procesal-constitucional, que forma parte fundamental de la llamada defensa directa de la Constitución, y es, sin lugar a dudas, una garantía constitucional que tiene

\*Doctor en Derecho por la UNAM, y catedrático del posgrado de la Facultad de Derecho de la misma institución. Actualmente ocupa el cargo de director de la Casa de Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con sede en Ciudad Juárez, Chihuahua.

como finalidad primordial la defensa directa de la parte orgánica del orden constitucional.

Por tal motivo, es necesario hacer referencia a varios temas íntimamente relacionados, y de ser posible establecer de manera muy concreta, pero procurando, a la vez, ser claros, que entendemos cada uno de estos conceptos, que tienen de alguna forma relación necesaria con el tema que hoy debatimos en este Congreso, y que son Constitución, defensa constitucional, sistemas de justicia constitucional, derecho constitucional procesal y procesal constitucional, así como los contenidos de ambas disciplinas. Dicho panorama nos ayudará a establecer la ubicación exacta de la jurisdicción constitucional orgánica y el conjunto de instrumentos procesales que la integran, así como entender de manera precisa el instituto procesal que nos ocupa, es decir, la “acción abstracta de constitucionalidad”.

## II. LA DEFENSA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, considero que el término Constitución ha sido definido de manera amplia y muy diversa a través de los años, principalmente por los constitucionalistas y los políticos; no obstante, para fines prácticos, debemos dejar por sentado que se trata de una estructura jurídica y política de una nación o un Estado, y que para que dicha estructura jurídico-política sea considerada democrática o moderna, debe reunir por lo menos cinco requisitos indispensables, a saber: supremacía constitucional, división del poder para su ejercicio, Estado de derecho, pluralismo partidista (alternancia en el poder), y, sobre todo, el reconocimiento mínimo de garantías individuales.

Siguiendo el pensamiento de Hernández Valle, quien afirma que “la razón de ser del Estado constitucional moderno es la existencia de una Constitución cuya finalidad por antonomasia consiste justamente en servir como instrumento de limitación del poder y, al mismo tiempo, es garante efectivo de los derechos de los ciudadanos”.<sup>1</sup> Es decir, el Estado constitucional moderno debe caracterizarse como el Estado democrático de derecho.

Por lo que se refiere a la defensa de la Constitución, está integrada por diversos sectores: la defensa indirecta o autocontrol constitucional y la

<sup>1</sup> Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001, p. 25.

defensa directa de la Constitución, sin olvidar que hay más sectores de dicha defensa.

De manera general podemos afirmar que uno de los sectores es la defensa indirecta de la Constitución, que está compuesta por todos aquellos principios de carácter constitucional (supremacía constitucional, inviolabilidad de la Constitución, limitación, legitimidad, efectividad, principio de funcionalidad, estabilidad y control constitucional, entre otros), que defienden a la Constitución por el simple hecho de estar contemplados en ésta.

Por lo que se refiere a la defensa directa, podemos señalar que está compuesta por todos aquellos medios y formas de control constitucional, en donde precisamente encontramos a la acción abstracta de constitucionalidad. Siguiendo el pensamiento del jurista Fix-Zamudio, uno de los más destacados cultivadores del derecho procesal constitucional, que señala que el segundo sector de la defensa de la Constitución lo compone la justicia constitucional, en el cual se examinan las llamadas “garantías constitucionales”, que son aquellas que se utilizan cuando el orden constitucional es desconocido o violado, con objeto de restaurarlo, deben considerarse como instrumentos predominantemente de carácter procesal, con funciones de carácter reparador.<sup>2</sup>

En efecto, la defensa de la Constitución es uno de los temas centrales en el presente trabajo, y, de manera provisional, podemos afirmar que está integrada por todos aquellos principios de carácter constitucional, es decir, aquellos que comprenden la defensa subsidiaria o el llamado “autocontrol” constitucional, y por todos aquellos medios y formas de control de carácter procesal-constitucional que tienen por objeto específico la defensa directa de la Constitución.<sup>3</sup>

### III. LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL AMERICANO Y EL AUSTRIACO

Se pueden señalar dos modelos fundamentales de justicia constitucional que han influido a nivel mundial, es decir, que sirvieron de paradigma para construir en el resto del mundo los sistemas de justicia constitucional:

<sup>2</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 192.

<sup>3</sup> Dávila Escareño, Ángel, “Derecho procesal constitucional. La defensa constitucional”, *Vínculo Jurídico*, núm. 58, abril-junio de 2004, p. 21.

Por una parte abordaremos el sistema que se ha calificado como “americano o difuso”, no sólo por haberse establecido en sus lineamientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (considerada como la primera Constitución democrática o moderna), sino también por haber servido de paradigma a la mayoría de los países americanos para la creación de sus cartas fundamentales.

En principio, este sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se caracteriza, en forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.<sup>4</sup>

El segundo modelo, que, como hemos afirmado, recibe la denominación de “austriaco o continental europeo” (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), se caracteriza por encomendar a un órgano especializado, denominado corte o tribunal constitucional, cuya naturaleza todavía se debate (aun cuando en lo personal consideramos realiza funciones jurisdiccionales).<sup>5</sup>

En estos sistemas descubrimos que teóricamente contienen las características contrarias, como lo puso de relieve de manera precisa el procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente “difuso, incidental, especial y declarativo”, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como “autónomo”, es decir, el austriaco, es “concentrado, principal, general y constitutivo”.<sup>6</sup>

El paradigma del órgano jurisdiccional especializado establecido por la Constitución austriaca de 1920, e inclusive se le adelantó unos meses la carta constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, y además debe citarse el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por la Constitución Española de 1931.

Éste fue el comienzo para que se establecieran los tribunales o cortes constitucionales en las cartas fundamentales de Italia (1948), Repú-

<sup>4</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, *op. cit.*, p. 200.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 202.

blica Federal de Alemania (1949), Turquía (1961-1982), en la antigua Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1966-1982), España (1978), Bélgica (1980), y el Consejo Constitucional Francés; además, en los ordenamientos constitucionales de Europa del Este, como en Polonia (1982-1986) y la nueva Constitución de 1997, Hungría (1989), Bulgaria y Rumania (1991), Checoslovaquia (1991-1992), ahora dividida en las repúblicas Checa y Eslovaca (1993), Rusia (1993), así como las Constituciones sudafricanas provisional de 1994 y definitivamente de 1997 establecieron una Corte Constitucional. Posteriormente se establecieron en Latinoamérica, Colombia, Venezuela, El Salvador y Panamá, Costa Rica, Guatemala y Ecuador.<sup>7</sup>

#### IV. EL CONCEPTO DE “DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL” Y “PROCESAL CONSTITUCIONAL”

Hablar de derecho procesal constitucional resulta algo complejo, ya que tanto en su denominación como en su contenido los tratadistas aún lo siguen discutiendo, y toda vez que existen otros calificativos, como “control judicial”, “defensa de la Constitución”, “control constitucional”, “justicia constitucional”. Más bien, los de “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” son los que se han preferido, y por tal razón expandido más rápidamente. Así como se habla de justicia constitucional, en igual sentido lo es la jurisdicción constitucional, que, como decimos, coexiste muy ampliamente con aquella.<sup>8</sup>

El jurista vienés desarrolló específicamente sus ideas sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución” en el clásico estudio que publicó en 1928, en el cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la carta federal austriaca de 1920.

Pero Kelsen y otros juristas utilizaron “justicia” y “jurisdicción” como sinónimos. En esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción. (Y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría general del Estado* de 1925, a la cual se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 202-204.

<sup>8</sup> García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 2.

los avances del derecho procesal. Kelsen entendía que la jurisdicción, si bien atributo del Estado, se distribuía en tribunales, es decir, que los trabajos interesantes de Kelsen en esta materia no demuestran un mayor conocimiento del mundo procesal, que tan desarrollado estaba en esa época en la comunidad jurídica alemana. Y aunque Kelsen se movía en ese ambiente, únicamente pregonaba la necesidad de que existiera una jurisdicción especial; esto es, un tribunal distinto del ordinario, en el cual la tradición europea nunca confió.<sup>9</sup>

Sin embargo, Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix-Zamudio señalan que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz, incluso fue juez constitucional en el periodo de 1921-1930.<sup>10</sup>

Asimismo, varios cultivadores y difusores de esta nueva disciplina afirman que si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappelletti y Niceto Alcalá-Zamora han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.<sup>11</sup>

Por otra parte, García Belaunde afirma que es Alcalá Zamora y Castillo quien en 1944 por vez primera utiliza el término “derecho procesal constitucional”. Alcalá Zamora y Castillo: jurista español experto en derecho procesal, y que se dedicó a escribir sobre esos temas en forma profusa, como se observa en su libro publicado en esas fechas *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época, el alemán y el italiano, y que contribuyó grandemente a difundir. Y fue en esa estancia en Argentina, que luego continuó en México, que lanzó el concepto y que tuvo acogida, incluso en procesalistas del entorno (Couture).<sup>12</sup>

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 5; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 11 y 12.

<sup>10</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 7.

<sup>11</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 12; García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal en perspectiva*, México, Porrúa, 2008, p. 6.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 88.

Posteriormente, en 1995 su discípulo Héctor Fix-Zamudio es quien primero lo plantea orgánicamente, es decir, lo delimita dándole forma y contenido.

Debemos señalar que una de las definiciones más acertadas de esta nueva disciplina denominada “derecho procesal constitucional” es la siguiente, que afirma: “Es el estudio sistemático de las garantías constitucionales, en el sentido contemporáneo, es decir, que tiene como objeto esencial el análisis de los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos de poder”.<sup>13</sup>

Además, Fix-Zamudio a lo largo de sus trabajos de investigación ha sostenido que al lado del derecho procesal constitucional, como sector del derecho procesal, existe el derecho constitucional procesal como una nueva rama del derecho constitucional, que se encarga del análisis de aquellas instituciones o categorías procesales contenidas en la Constitución, a saber: jurisdicción, garantías de las partes y garantías judiciales, y que indudablemente se encuentra estrechamente vinculado con el procesalismo científico.

Por su parte, Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil. De ahí que al procesalista uruguayo se le considere por Fix-Zamudio como el fundador de otra rama jurídica denominada “derecho constitucional procesal”, particularmente a partir de su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil”, publicado posteriormente dentro de su extraordinaria y clásica obra *Estudio de derecho procesal civil*, y en la parte tercera de la misma se dedica a los “casos de derecho procesal constitucional”.<sup>14</sup>

A pesar de que consideramos que el derecho procesal constitucional es una ciencia autónoma e independiente, hay algunos que sostienen que no existe tal autonomía, aun cuando sea evidente la íntima relación entre el proceso y la Constitución, que prácticamente dan sustento a dicha disciplina.

Por tal consideración, daremos otras definiciones sobre el derecho procesal constitucional para tener un panorama todavía más claro de los

<sup>13</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona Salvador, *op. cit.*, p. 221.

<sup>14</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 205.

problemas que representa y enfrenta actualmente en cuanto a su contenido, conceptualización, así como su pretendida autonomía.

Entre los autores más destacados que se han ocupado del tema se dan otras definiciones. Hernández Valle sostiene que el derecho procesal constitucional debe entenderse como aquella disciplina que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales. En Argentina, Néstor Pedro Sagüés lo interpreta como un sector del derecho constitucional que abarca las instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), entre las que se encuentran las reglas previstas por el artículo 18 de la Constitución nacional. Fix-Zamudio prefiere hablar de las materias procesales de la Constitución, coincidiendo con el estudio precursor de Hans Kelsen, quien refirió a las garantías jurisdiccionales de la norma fundamental, y también el de Eduardo J. Couture, quien explicó las garantías constitucionales en el proceso civil. Desde otra perspectiva, más acotada, un sector de la doctrina indica que la existencia de magistraturas especiales ha dado razones más que suficientes para que, atendiendo al órgano o al funcionario encargado de vigilar la supremacía de la Constitución, se hable de jurisdicción constitucional, y de un proceso constitucional sustanciado por un procedimiento propio, diferente del ordinario, y ante un tribunal específico. Así, por ejemplo, González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que “será proceso constitucional aquel del que conoce el Tribunal Constitucional”.<sup>15</sup>

## V. LOS SECTORES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A la otra parte de la defensa de la Constitución la hemos denominado justicia constitucional, cuyo objeto de estudio son las garantías constitucionales, y que para propósitos sistemáticos y de estudio escindiremos en tres principales aspectos: *a)* jurisdicción constitucional de la libertad, *b)* jurisdicción constitucional orgánica, y *c)* jurisdicción constitucional internacional y transnacional.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Gozaíni, Alfredo Osvaldo, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 13 y 14.

<sup>16</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 207.

### 1. *La jurisdicción constitucional de la libertad*

El primer sector ha recibido una denominación muy afortunada por parte de uno de los tratadistas que se ha ocupado del análisis de la justicia constitucional de nuestra época, el distinguido comparativista italiano Mauro Cappelletti.

La “jurisdicción constitucional de la libertad” está integrada por el conjunto de instrumentos jurídicos y preponderantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social.<sup>17</sup>

Según Hernández Valle, este sector de la justicia constitucional está constituido por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales. De esta forma, se puede hablar de remedios indirectos (proceso ordinario y justicia administrativa), remedios complementarios (se utilizan para sancionar la violación a los derechos fundamentales) y específicos, que abarcan una amplia gama de recursos judiciales; todos ellos tienen en común el tutelar los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores, dado que en esta materia no es suficiente la anulación del acto lesivo, sino que, además, se requiere la efectiva restitución del afectado en el goce del derecho conculcado:

a) Los *writs* anglosajones: el de *habeas corpus*, el *mandamus*, el de *prohibition*, el de *warrant*, el de *error* y el de *injunction*.

b) El *référé* francés.

c) El procedimiento de urgencia italiano.

d) El recurso constitucional de los ordenamientos germanos.

e) El recurso de amparo español.

f) Las modalidades del amparo en América Latina. Entre ellas cabe hacer mención al amparo mexicano, al derecho de tutela venezolano, al recurso de protección chileno y al amparo costarricense.

g) Los institutos de tutela brasileños. Entre los cuales podemos mencionar el *mandado de segurança*, el *mandado de injunção*, el *hábeas data*.

h) Las diversas modalidades de control de constitucionalidad de las leyes.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 208.

<sup>18</sup> Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001, pp. 37 y ss.

## 2. *La jurisdicción constitucional orgánica*

Finalmente, hemos llegado a la parte fundamental que se ha estado tratando a lo largo de este Congreso. Me refiero a la llamada “jurisdicción constitucional orgánica”, que comprende todos aquellos instrumentos de carácter procesal (medios y formas de control constitucional) para la resolución de los conflictos competenciales entre los diversos órganos del poder. Inclusive podemos señalar, siguiendo el pensamiento de Fix-Zamudio, el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como *control abstracto* de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas.

De igual manera, el jurista Hernández Valle señala que la jurisdicción comprende los instrumentos de resolución de conflictos entre los diversos órganos del poder, en relación con las atribuciones y competencias establecidas para cada uno de ellos por los ordenamientos constitucionales.<sup>19</sup>

Es evidente que el sector de la “jurisdicción constitucional orgánica” está constituido por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales.<sup>20</sup> Sin embargo, en el sistema jurídico mexicano no existe el control de constitucionalidad *a priori*, que prevé la posibilidad del control de constitucionalidad antes de la aprobación de la norma. Esta segunda modalidad de control constitucional *a priori* es necesario implementarla en nuestro sistema jurídico, para evitar posibles afectaciones que pudiera tener la norma con el simple hecho de entrar en vigor, cuando ya de entrada se observa claramente la posible inconstitucionalidad de la norma.

## 3. *La jurisdicción constitucional transnacional o internacional*

Por otra parte, respecto a la “jurisdicción constitucional internacional y transnacional”, siguiendo la línea de pensamiento de Fix-Zamudio,

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 215.

podemos decir en general que son tres los problemas fundamentales que se plantean en relación con esta rama de la jurisdicción constitucional, a saber: *a)* la resolución de conflictos relativos a la conformidad de los actos y disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter internacional y comunitario; *b)* la decisión de las controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales, y *c)* los crecientes intentos de armonización entre los ordenamientos internos de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter transnacional.

Finalmente tenemos el problema de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y las jurisdicciones internacionales. Tan es así, que hoy en día se habla del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>21</sup>

De igual forma, debemos resaltar la opinión del preclaro jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien considera necesario añadir a esta clasificación de Cappelletti, y desarrollada ampliamente por Fix-Zamudio, un cuarto sector, que implica una perspectiva de desarrollo de la jurisdicción constitucional transnacional, y que se podría denominar “derecho procesal constitucional local”.<sup>22</sup> Este tipo de jurisdicción constitucional local se ha venido desarrollando hoy en día en diversas entidades federativas, a través de la creación constante de salas constitucionales locales. Dicha jurisdicción está compuesta por un conjunto de instrumentos de carácter procesal-constitucional de aplicación local, para resolver los conflictos competenciales entre sus órganos y sobre problemas de interpretación directa de la constitucional local, dando paso, de alguna forma, a la consolidación de este nuevo sector, que cada vez tiene mayor aceptación y crecimiento, y un claro ejemplo de este crecimiento y aceptación es que actualmente ya existen alrededor de veinte salas constitucionales locales en México.

## VI. LA ACCIÓN ABSTRACTA DE CONSTITUCIONALIDAD

### 1. *Origen de la institución*

A pesar de que la mayoría de los tratadistas prefiere ubicar el origen de este instituto procesal en la Constitución austriaca de 1920, debido

<sup>21</sup> Hernández Valle, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 53.

<sup>22</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, cit., p. 16.

al pensamiento del ilustre jurista austriaco Hans Kelsen, quien teorizó, creó e hizo realidad, pero sobre todo le dio continuidad, no debemos restar importancia por ese solo hecho que dicho instituto tiene sus antecedentes en Venezuela (1858), Colombia (1850), en la Constitución suiza 1848), y en el caso checoslovaco, que casi es sincrónico con el austriaco, pero en realidad unos meses anterior a éste (1920).

Aunque en realidad no es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad sin hacer alusión a las aportaciones del jurista Hans Kelsen, y es también evidente que dicho sistema austriaco-kelseniano se ha preferido y tomado como paradigma para la creación de los tribunales constitucionales que existen actualmente en el resto del mundo por los siguientes momentos evolutivos que de manera general transcribimos:

En primer lugar, hay que mencionar la Ley austríaca del 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios Kelsen tuvo un papel decisivo, y que implantó en Austria un Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*).

No obstante, la Ley Constitucional de Representación Nacional del 14 de marzo de 1919 introduce un control *previo* de la constitucionalidad de las leyes de los *länder* por razón de su competencia, a instancias del gobierno federal, correspondiendo al Tribunal Constitucional conocer de la impugnación. Este control de la constitucionalidad, concentrado en el Tribunal Constitucional, no sólo es el primer control normativo que existió en Austria, sino también el punto de partida de la configuración, apenas un año después, por la *Oktoberverfassung*, de una jurisdicción constitucional especializada.

Un tercer y último momento en esta evolución viene constituido por la consagración formal de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal, conocido como tribunal constitucional, y que tiene la función de controlar, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes.<sup>23</sup>

## 2. Reforma judicial del 31 de diciembre de 1994

Es evidente que las mal llamadas acciones de inconstitucionalidad surgieron por vez primera en nuestro sistema jurídico a causa de la reforma

<sup>23</sup> Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 82 y 83.

constitucional del 31 de diciembre de 1994, iniciada por el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, y que tuvo, como es sabido, un marcado y confeso carácter “judicial”. Pero igualmente dicha reforma careció de una adecuada técnica jurídica y legislativa.

Incluso entrando ya en el contenido de la reforma, puede ésta reducirse a siete puntos fundamentales: tendiente a la profesionalización policial y a atacar la corrupción, por un lado, y a la coordinación policial entre la Federación, los estados y los municipios, por otro, no viene referido de una u otra forma, al Poder Judicial: “El Poder Judicial de la Federación; las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales; el juicio de amparo; la solución de conflictos laborales en el Poder Judicial de la Federación; el Ministerio Público se ve afectado por la reforma en una doble dimensión; poderes judiciales de los estados y del Distrito Federal”.

### 3. *Concepto de acción de inconstitucionalidad*

Resulta necesario definir a las llamadas “acciones de inconstitucionalidad”, y para tal fin analizaremos algunas de las definiciones de los más distinguidos especialistas en esta disciplina, y, por supuesto, trataremos de no ser tan extensos y de alguna forma establecer o construir a partir de esto una definición propia.

El tribunal constitucional es, para Kelsen, un legislador negativo, pues aunque se organiza en forma de tribunal, “no ejercita en realidad una verdadera función jurisdiccional”, y ello porque la anulación de una ley significa establecer “una norma general, puesto que tal anulación tiene el mismo carácter de generalidad de la formación de la ley, siendo, por así decirlo, una creación de signo negativo, y, por consiguiente, una función legislativa”.<sup>24</sup>

El conocido jurista Fix-Zamudio “considera a dicha garantía constitucional como una acción de carácter «abstracto», es decir, que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental”.<sup>25</sup>

Por su parte, la ministra Olga Sánchez Cordero considera que

La acción de inconstitucionalidad es el instituto procesal previsto en la Constitución como medio abstracto de control de la regularidad constitu-

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 85.

<sup>25</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 844.

cional de las leyes, seguido ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea por órganos legislativos minoritarios, siempre y cuando éstos representen un porcentaje mínimo del 33% de sus integrantes, por los partidos políticos con registro o por el Procurador General de la República, en los cuales se denuncia la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o el tratado impugnados.<sup>26</sup>

El ministro José Ramón Cossío Díaz afirma que se trata de procesos en los cuales determinados órganos o fragmentos de órganos directivos o determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidos constitucionalmente de interés para la sociedad, plantean ante el Pleno de la Corte el control abstracto de la regularidad constitucional de determinadas normas generales.

Por lo tanto, nos parece muy apropiada la definición que establece Brage Camazano, aunque sin duda alguna resulta ser muy amplia, pero a la vez completa, al afirmar que

La acción de inconstitucionalidad puede definirse, en una primera aproximación, como aquel mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las “sentencias intermedias” o modalidades atípicas de sentencias. En caso de que el control de constitucionalidad sea preventivo, lo que se somete a enjuiciamiento del órgano de la constitucionalidad es un proyecto de norma o el tratado internacional antes de firmado por el Estado, y el efecto de su declaración de inconstitucionalidad es la imposibilidad

<sup>26</sup> Sánchez Cordero, Olga, *Magistratura constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 125.

jurídica de aprobar esa norma o ser parte en el tratado internacional, al menos sin hacer las oportunas reservas que eviten aplicar las disposiciones inconstitucionales (cuando ello fuere posible).<sup>27</sup>

Además, en algunos países dichas acciones abstractas pueden ser de carácter preventivo, es decir, invocarse durante el procedimiento de discusión y aprobación, antes de la promulgación y publicación de la norma impugnada, como es el caso de Francia en la instancia del Consejo Constitucional, o bien *a posteriori*, cuando las disposiciones legislativas ya han sido publicadas e inclusive tienen plena vigencia, como es el caso de México, que es uno de los que sigue este modelo. Esta acción es realmente una garantía a la oposición, para que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno.

En efecto, debemos tratar de establecer una definición que nos ayude a entender de manera concreta, clara y precisa la acción de inconstitucionalidad, y de inicio podemos afirmar que se trata de un auténtico medio o forma de control normativo abstracto de la constitucionalidad, previsto en la fracción II del artículo 105 constitucional, con que cuentan actualmente el 33% de las minorías parlamentarias, el procurador general de la República, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (comisiones estatales) y los partidos políticos (nacionales y estatales), en los términos que establece la ley, para plantear ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución.<sup>28</sup>

De manera que estamos ante un auténtico control constitucional que ejerce hoy día el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de naturaleza eminentemente jurídico-política, y en cuyo control existe la posibilidad de poder emitir criterios o sentencias con efectos generales también de índole jurídica y política, sobre los asuntos del control abstracto de la regularidad constitucional de normas de carácter general y esta Constitución, en donde las partes legitimadas para promover dicha

<sup>27</sup> Brage Camazano, Joaquín, “La acción abstracta de inconstitucionalidad, procesos constitucionales orgánicos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Marcial Pons, IMDPC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 90 y 91.

<sup>28</sup> Dávila Escareño, Ángel, “Derecho procesal constitucional. La defensa constitucional”, *cit.*, p. 28.

acción procesal-constitucional, en términos de la fracción II del artículo 105 constitucional, son las que enumeramos a continuación:

- a) El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados.
- b) El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores.
- c) El equivalente al 33% de los integrantes de los órganos legislativos estatales.
- d) El equivalente al 33% de los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal;
- e) El procurador general de la República.
- f) Las dirigencias de los partidos políticos nacionales o con registro estatal.
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- h) Las comisiones estatales de los derechos humanos.
- i) La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

#### *4. El procedimiento en las acciones de inconstitucionalidad*

Por otra parte, respecto al procedimiento de la acción de inconstitucionalidad, en términos generales por cuestiones de tiempo y espacio, lo resumiremos con base en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, que establece las siguientes etapas procesales: presentación de la demanda (designación de un ministro instructor); en caso de que la demanda sea oscura o irregular, el ministro prevendrá al demandante para que haga las aclaraciones que correspondan; posteriormente, se rinden los informes previos, y transcurrido el plazo para presentarlos se abre una fase de alegatos y pruebas; se puede dar la acumulación o conexidad, incidentes; agotado el procedimiento, el ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva. Si termina de forma anormal el proceso en caso de improcedencia o sobreseimiento, podrá proceder el recurso de reclamación. Finalmente, si la sentencia reúne la votación de ocho ministros, la sentencia tendrá efectos generales. En caso contrario, el tribunal pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

La reglamentación de estas fracciones realmente es muy simple y flexible, toda vez que es una materia muy compleja que sólo entienden los procesalistas. Es por esta razón que el legislador hizo una copia de términos y plazos del juicio de amparo; por tal motivo, consideramos que

las acciones de inconstitucionalidad llevan un procedimiento muy similar al del amparo contra leyes, previsto en la Ley de Amparo; además de que la regulación quedó dispersa en la Orgánica del Poder Judicial y de manera supletoria en el Código Civil Federal.

## VII. CRITERIOS RELEVANTES

Como colofón cabe hacer referencia a algunas de las decisiones más relevantes que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en los últimos diez años:

1) La acción de inconstitucionalidad 4/2004, sobre el tema de responsabilidad patrimonial del Estado para indemnizar a los particulares que sufran daños causados por sus actividades (interpuesta por diputados integrantes de la III Legislatura de la Asamblea Legislativa del D. F.).

2) La acción de inconstitucionalidad 26/2006, relativa a diversos artículos de las leyes federales de Telecomunicaciones y de Radio y Televisión (interpuesta por un número minoritario de 47 senadores de la República).

3) La acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, relativas a la despenalización del aborto en el Distrito Federal (interpuesta por el procurador general de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

4) La acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008, relativas al tema sobre el derecho por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.<sup>29</sup>

Se advierte que plasmaremos las consideraciones más importantes a manera de síntesis, y partiremos de que el motivo de este grupo de acciones de inconstitucionalidad, promovidas por los partidos políticos nacionales Convergencia, Verde Ecologista de México, Nueva Alianza, del Trabajo y Alternativa Socialdemócrata y Campesina, fue la elaboración por parte del Congreso de la Unión de un nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el cual tenía como propósito

<sup>29</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los tribunales constitucionales y salas constitucionales de Iberoamérica. VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 691-693; <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/08000610.019.doc>.

reglamentar la reforma constitucional en materia electoral de 2007; la más relevante del país en los últimos diez años, y que representó cambios medulares en el régimen de partidos, las condiciones de competencia, las autoridades electorales y en los medios de comunicación electrónicos.

El reto del Pleno de la Corte fue significativo, por un lado, al determinar ciertamente la constitucionalidad de esta legislación de enorme trascendencia para la vida política del país, y, por otro lado, le dio una lectura cierta y sistemática a una reforma constitucional que ha propiciado, desde el frente jurisdiccional y académico, un interesante y complejo debate: la viabilidad de considerar inconstitucional, sea por cuestiones procedimentales o sustantivas, una reforma constitucional.

Y al tratarse de una diversidad importante de conceptos de invalidez, el Pleno terminó por resumir las impugnaciones objeto de estudio en diez temas, tales como nuevo régimen de coaliciones partidistas; imposibilidad de presentar candidaturas independientes de los partidos; modificaciones al régimen de acceso a la radio y televisión; exclusión de las agrupaciones políticas nacionales del financiamiento público ordinario; requisitos para consolidar nuevos partidos, para determinar la elegibilidad de los estatutos de los partidos, así como aquellos para aspirar al cargo de observador electoral, etcétera.

Esto implicó que después de cinco sesiones de debate entre los ministros se delinearán varios ejes estructurales del nuevo escenario electoral, entre los que sobresalen: no existe base constitucional alguna que exija al legislador la reglamentación de candidaturas independientes o ciudadanas; el carácter de entidades de interés público de los partidos impide que éstos gocen de autonomía ilimitada para pactar, bajo cualquier término y condición, coaliciones con otros partidos; en razón del principio de igualdad, transparencia y del respeto a la voluntad del elector, cuando dos partidos se presentan a un proceso electoral en coalición, ninguno de éstos puede transferirse los votos al otro partido para que éste logre la votación mínima establecida para mantener el registro; los partidos políticos gozan de una amplia capacidad organizativa de su vida interna, siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales; las exigencias para participar como observadores electorales, siempre y cuando sean expresiones de los principios de certeza e imparcialidad electoral, etcétera.

Es evidente que al resolver este conjunto de acciones abstractas de constitucionalidad, la Corte tuvo oportunidad de construir definiciones constitucionales electorales de enorme relevancia para la consolidación

de una democracia que impactarían de manera significativa en los siguientes procesos electorales.

Finalmente, podemos afirmar que las resoluciones que ha emitido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estas acciones de inconstitucionalidad han dado figura a este instituto procesal, y, de alguna forma, han logrado dar evolución a la justicia constitucional, no obstante que se ha observado una mayor evolución por parte de las reformas de carácter constitucional.

## VIII. CONCLUSIONES

La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos principios de carácter constitucional; es decir, aquellos que comprenden la defensa subsidiaria o el llamado “autocontrol” constitucional, y por todos aquellos medios y formas de control de carácter procesal-constitucional que tienen por objeto específico la defensa directa de la norma suprema.

En los sistemas de justicia constitucional descubrimos que teóricamente contienen las características contrarias, como lo puso de relieve de manera precisa el procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente “difuso, incidental, especial y declarativo”, y a la inversa, el que dicho tratadista califica como “autónomo”, es decir, el austriaco, es “concentrado, principal, general y constitutivo”.

Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix-Zamudio afirman que es a Hans Kelsen a quien debemos reputar como fundador de esta rama procesal, o sea, el derecho procesal constitucional, ya que fue él quien teorizó e hizo realidad que una jurisdicción constitucional autónoma funcionara, se instalara y fuera eficiente y eficaz.

Si bien principalmente Kelsen, Calamandrei, Couture, Cappelletti y Niceto Alcalá-Zamora han aportado los cimientos indispensables para el nacimiento de esta rama jurídica, se debe fundamentalmente a Fix-Zamudio la consolidación en cuanto a su denominación, contenido y delimitación, al haber iniciado su sistematización científica específicamente con dicha expresión desde hace casi medio siglo, en 1956.

Es Alcalá-Zamora y Castillo quien en 1944 por vez primera utiliza el término “derecho procesal constitucional”. Jurista español experto en

derecho procesal, y que se dedicó a escribir sobre esos temas en forma profusa, como se observa en su libro publicado en esas fechas *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, mostrándose gran conocedor del procesalismo científico más importante de esa época, el alemán y el italiano.

Por su parte, Couture tuvo el gran acierto de emprender el análisis científico de las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales, especialmente la vinculación existente de las disposiciones constitucionales con el proceso civil. De ahí que al procesalista uruguayo se le considere por Fix-Zamudio como el fundador de otra rama jurídica denominada “derecho constitucional procesal”.

Podemos afirmar que la “jurisdicción constitucional orgánica” está constituida por los medios procesales por conducto de los cuales los órganos estatales afectados, y en ocasiones un sector minoritario de los legisladores, pueden impugnar los actos y las disposiciones normativas de otros organismos del poder que infrinjan o invadan competencias territoriales o atribuciones de carácter horizontal establecidas en las disposiciones constitucionales.

La jurisdicción constitucional local está compuesta por un conjunto de instrumentos de carácter procesal-constitucional de aplicación local, para resolver los conflictos competenciales entre sus órganos y sobre problemas de interpretación directa de la constitucional local, dando paso de alguna forma a la consolidación de este nuevo sector que cada vez tiene mayor aceptación y crecimiento, a través de la instalación de salas constitucionales locales.

Es urgente que el control constitucional *a priori* sea implementado en nuestro sistema jurídico, para evitar posibles afectaciones que pudiera tener la norma con el simple hecho de entrar en vigor, cuando ya de entrada se observa claramente la posible inconstitucionalidad de la norma.

No es posible referirse a los orígenes de la acción de inconstitucionalidad sin hacer alusión a las aportaciones de jurista Hans Kelsen, y es también evidente que dicho sistema austriaco-kelseniano se ha preferido y tomado como paradigma para la creación de los tribunales constitucionales que existen actualmente en el resto del mundo.

Las mal llamadas acciones de inconstitucionalidad surgieron por vez primera en nuestro sistema jurídico a causa de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, que tuvo grandes fallas de técnica legislativa y jurídica.

La acción abstracta de constitucionalidad es un auténtico medio o forma de control normativo abstracto de la constitucionalidad, previsto en la fracción II del artículo 105 constitucional con que cuentan actualmente el 33% de las minorías parlamentarias, el procurador general de la República, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (comisiones estatales) y los partidos políticos (nacionales y estatales), en los términos que establece la ley, para plantear ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución.

Es este instrumento un auténtico control constitucional que ejerce hoy día el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de naturaleza eminentemente jurídico-política, y en cuyo control existe la posibilidad de poder emitir criterios o sentencias con efectos generales también de índole jurídica y política, sobre los asuntos del control abstracto de la regularidad constitucional de normas de carácter general y esta Constitución.

Las resoluciones que ha emitido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en estas acciones de inconstitucionalidad han dado figura a este instituto procesal, y de alguna forma han logrado dar evolución a la justicia constitucional, no obstante que se ha observado una mayor evolución por parte de las reformas de carácter constitucional.

#### IX. BIBLIOGRAFÍA

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, tt. I-IV, 2006.
- y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Marcial Pons-IMDPC-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, tt. I-XI, 2008.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001,
- , *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa, 2008.
- GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Costa Rica, Juricentro, 2001.
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *Magistratura constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Estructura y atribuciones de los tribunales constitucionales y salas constitucionales de Iberoamérica. VII conferencia iberoamericana de justicia constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- , *Crónicas del Pleno y Salas, Despenalización del delito de aborto antes de las 12 semanas de gestación*, México, 2009.