

## CAPÍTULO CUARTO

### HACIA UN SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

La concepción de los derechos que hemos presentado en el capítulo anterior condiciona la forma de entender la naturaleza y funciones de la jurisdicción constitucional. Las ideas esbozadas sobre el papel de determinación material o sustancial que desempeñan los derechos dentro del sistema jurídico, su carácter de principios y la consecuencia de concebir al orden jurídico como un sistema abierto frente a la moral por el efecto de irradiación de los mismos derechos ponen en discusión cuestiones distintas a las tratadas tradicionalmente. Además, como señala Baratta, actualmente nos hallamos ante un proceso en el que los derechos fundamentales se van desvinculando de la ley por no encontrar en ella una verdadera garantía de protección de las libertades de los individuos y los grupos, y se van vinculando a fuentes superiores del ordenamiento del Estado: normas constitucionales, principios constitucionales, principios generales del derecho, derecho natural y justicia material.<sup>1236</sup> Asimismo, los problemas a los que se enfrenta el sistema representativo no han dejado de condicionar las funciones que está llamado a desempeñar el juez constitucional. Como hemos tratado de mostrar, el vacío político creado por el actual funcionamiento de la democracia representativa ha acentuado la participación de los jueces como mediadores en los conflictos sociales y ha aumentado sus competencias. A través de la canalización a sede judicial de los conflictos sustanciales, los partidos minoritarios o los grupos que no encuentran expresión en el Parlamento tratan de equilibrar su posición respecto de la mayoría<sup>1237</sup> o simplemente obtener un espacio para ser escuchados. Son,

<sup>1236</sup> Baratta, Alessandro, “El Estado de derecho, historia del concepto y problemática actual”, trad. de M. Barbero, *Sistema*, Madrid, núm. 17-18, 1977, p. 21.

<sup>1237</sup> García Morillo, Joaquín, “El parlamento en la era global”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, núm. 1, 1997, p. 92.

en suma, los problemas que enfrenta la dinámica propia de las sociedades democráticas contemporáneas los que han propiciado una mayor intervención de los órganos jurisdiccionales en la vida comunitaria.

México de ninguna manera ha permanecido exento de todas estas circunstancias. A continuación nos parece, al efecto, de sumo interés señalar, más que el proceso de disfuncionalidad del Parlamento mexicano y la decadencia de la ley en nuestro país, que es un proceso estructural que forma parte de los problemas propios de todas las democracias actuales y que puede darse por referido con la exposición que hicimos en el capítulo tercero de este trabajo, el aumento de funciones, competencias e importancia del órgano de justicia constitucional en México. La finalidad de lo anterior será demostrar que también nuestro país ha entrado a lo que López Guerra y Aguiar de Luque han llamado “el proceso de recuperación y relanzamiento del control de constitucionalidad en sus diferentes variantes”. No por casualidad se ha dicho que hoy tenemos un tribunal constitucional más activo y con mayor presencia en la vida pública.

Al abordar esta perspectiva no podemos olvidar que, como ha puesto de manifiesto José Ramón Cossío, en México, hasta hace muy pocos años, privó un entendimiento político de la Constitución, “construido de modo específico por los juristas”, conveniente para mantener al entonces régimen político dominante. La Constitución no era vista como un “objeto de estudio normativo”, al contrario, era, simultáneamente, “un objeto de estudio sustantivo y emotivo”, un verdadero fenómeno político, “expresión directa de una realidad política”.<sup>1238</sup> Más que una norma jurídica, la ley fundamental era un programa político. Además, y por las mismas causas, existía un “orden jurídico fuertemente homogéneo”, tanto en sus condiciones de producción como en el alcance de sus sentidos normativos, lo que evitó que se reconociera a las normas constitucionales tener varios significados y que, en general, el sistema jurídico y la Constitución pudieran “desarrollarse” o evolucionar.

En virtud de esta comprensión de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pudo ejercer adecuadamente sus funciones, caracterizándose por su “debilidad institucional y un grado de independencia acotado”, que se manifestó, fundamentalmente, en la circunstancia de que su actividad interpretativa fuera “desigual y relativamente escasa, salvo por algunas áreas jurídicas determinadas”, postergando,

<sup>1238</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998, p. 69.

como señala Cossío, su papel de interprete creador de la Constitución. Importantes cuestiones constitucionales “no fueron objeto de interpretación, o lo fueron de manera incompleta, inconsistente y, en ocasiones, desafortunada”, además de que su actividad, “en términos genéricos, se encontraba muy distante del ámbito de toma de decisiones políticas”. La Corte dejó de formular “criterios sobre las partes más relevantes de la Constitución” causando “una disminución de las posibilidades de control constitucional”. De esta forma se produjo una “interpretación minimalista de la Constitución” y sus preceptos, es decir, una reducción de “los contenidos y alcances” de las decisiones de la Corte a expresiones mínimas, caracterizándose su jurisprudencia no por una orientación positiva y determinada, sino por criterios de identificación negativos, es decir, por lo que “dejó de hacer y de decir”.<sup>1239</sup>

Esta actitud tiene su explicación, según Fix-Fierro, principalmente en tres razones relacionadas, precisamente, con la comprensión política de la Constitución: ante los tribunales no se plantearon cuestiones determinantes para la vida de la comunidad; los pocos casos que se presentaron fueron evadidos por los mismos juzgadores, y la vía de la reforma al texto constitucional gozaba de preeminencia como instrumento del cambio constitucional. Súmese a esto, como señala el mismo autor, la inexistencia de una efectiva separación entre la justicia ordinaria y la constitucional debido a la débil fuerza normativa de la norma básica; la escasa virtualidad del amparo para afirmar dicha separación; el rechazo de la propia Corte de conocer cuestiones políticas; su exorbitante competencia para conocer de amparos contra sentencias judiciales; los efectos relativos de las sentencias de amparo,<sup>1240</sup> y las características autoritarias del régimen mexicano que suponía y efectuaba un férreo control sobre el aparato de justicia, la autonomía de sus órganos y la independencia de sus funcionarios.

Por estas circunstancias, el papel que desempeñaba el órgano de control de constitucionalidad en nuestro país era “poco determinante” y muy disminuido en relación con los otros poderes públicos. Incluso, en aquellos años se aseguraba que no podía ser considerado un verdadero contrapeso político, ya que su función se limitaba a “servir a los intereses

<sup>1239</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia”, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 114-138.

<sup>1240</sup> Fix Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1228, pp. 171-180.

del Estado autoritario”, “hacerle el juego al sistema político”, avalando y validando “la arbitrariedad como sistema de gobierno”, y robusteciendo, con algunas de sus interpretaciones, “aspectos fundamentales del autoritarismo del sistema político mexicano”. En virtud de este rebajado papel, cuando surgían nuevos problemas sociales era más expedito reformar la Constitución o llevar los temas al Congreso que intentar que los definiera y resolviera la Suprema Corte. En suma, durante muchos años, la Corte no asumió su responsabilidad de dar contenido al marco jurídico constitucional y “adaptarlo a los cambios sociales mediante la jurisprudencia y los criterios de interpretación de las leyes”.<sup>1241</sup> Así se explica por qué la jurisprudencia era considerada “uno de los barrios bajos del pensamiento jurídico”, “pragmática e irremisiblemente superficial”, “inútil para nuestro conocimiento científico”<sup>1242</sup> y que, incluso, como señalaba Cabrera, se le haya ubicado, despectivamente, “debajo de la ley y a veces de la doctrina”.

A partir de 1994 existe en México una corte de justicia con mayores competencias y poderes de control, y una renovada posición dentro del

<sup>1241</sup> Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, pp. 53 y 54. El Poder Judicial Federal se desarrolló “en una esfera cerrada, altamente verticalizada, anquilosada y muy poco receptiva y sensible por la problemática social y política...”. Era “el poder menos visible e influyente en la vida estatal mexicana” limitándose en su tarea sustancial a “resolver casi siempre a favor del sistema político tradicionalmente conocido, para el remoto caso de que los órganos administrativos o legislativos no hubieran podido contener algún tipo de protesta o inconformidad ciudadana”. Gómez Martínez, Juan Carlos, “Las funciones de la Suprema Corte: presente y futuro”, *cit.*, pp. 384 y 385. Concha Cantú señala que, en general, las instituciones judiciales del país han estado olvidadas, desde todos los ámbitos, incluido el académico. “Por muchos factores de tipo político, histórico, económico que tienen que ver con la realidad mexicana, no han cumplido o no se les ha dejado cumplir con el papel de poderes públicos de manera cabal”. Concha Cantú, Hugo A., “La administración de justicia en las entidades federativas”, *La administración de justicia en las entidades federativas. Amparo directo (dos conferencias magistrales)*, Zacatecas, Cuadernos de la Judicatura, 2000, pp. 12 y 13. También Rubio, Luis y Magaloni, Beatriz (coord.), *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994.

<sup>1242</sup> Gaxiola, Jorge, “Los efectos de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que declara la inconstitucionalidad de una ley”, *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, Porrúa, p. 138. Si consideramos, por ejemplo, los términos del mensaje de Carranza en 1916 cuando presentó ante el Congreso Constituyente su propuesta de reformas a la Constitución de 1857, fin de una época en México desde el punto de vista jurídico e histórico, y lo que hasta aquí hemos dicho sobre la actuación de la justicia mexicana hasta hace pocos años, nos podemos percatar del drama de la justicia mexicana que durante años no ha podido consolidarse de forma sólida.

sistema político. Para algunos autores, incluso, este año marca un “nuevo comienzo” para la Suprema Corte de Justicia mexicana. A partir de entonces, se repite con insistencia, la Corte ha pasado a transformarse de un supremo tribunal de justicia a un verdadero tribunal constitucional. Como fundamento de esta conversión, y basándose en un “retrato tipo” de estos órganos,<sup>1243</sup> se aducen cambios, tales como la reducción del número de sus integrantes; la asignación a éstos de un periodo relativamente amplio de permanencia en el puesto, el aumento de los requisitos que deben cumplir para aspirar al cargo y la prohibición de reelección; la consagración de un nuevo sistema de nombramiento en el que los senadores tienen amplia participación; la exclusión de las actividades de administración por la creación de un órgano especial para el gobierno del Poder Judicial, y el otorgamiento de la facultad de declarar la anulación de leyes con efectos generales.

Pero entre estas razones, dos nos parecen las más recurrentes entre los analistas para considerar a la Corte un tribunal constitucional: primero, la eliminación de algunas de sus competencias no constitucionales, ya que las atribuciones de control de legalidad se trasladaron a los tribunales colegiados (fenómeno incluso cronológicamente comprobable, pues en 1988 fue cuando comenzó a hablarse del tránsito hacia un tribunal constitucional, y en aquella ocasión lo que sucedió fue una “renovación de las competencias de la Corte” en el sentido, no de un aumento de competencias, sino de un “nuevo arreglo competencial” entre la Corte y los tribunales colegiados);<sup>1244</sup> y segundo, la atribución o fortalecimiento de las competencias más características de los denominados tribunales

<sup>1243</sup> Según Favoreau, las condiciones de existencia de un Tribunal Constitucional son: un contexto institucional o jurídico peculiar; un estatuto constitucional; un monopolio de lo contencioso constitucional; que la designación de los miembros del Tribunal pueda realizarse entre jueces no magistrados y por autoridades políticas; que integre una verdadera jurisdicción y que ésta se encuentre fuera del aparato jurisdiccional. Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 255, pp. 27-35, y nota 294, p. 105. Brage Camazano señala que un Tribunal es auténtico Tribunal Constitucional si es un órgano constitucional ad hoc y especializado en el conocimiento de los asuntos jurídico constitucionales. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998.

<sup>1244</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *Política y Gobierno*, México, núm. 1, 2001, p. 97. Entre quienes consideran como determinante para señalar que la Corte es un Tribunal Constitucional por la posibilidad conferida de declarar en forma general la inconstitucionalidad de las leyes está el maestro Juventino Castro, como lo señala en su trabajo, “Ideas generales sobre la Suprema Corte como Tribunal Constitucional”.

constitucionales, concretamente, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

La primera razón mencionada, que reforzó la tendencia a eliminar las características de tribunal de casación de la Suprema Corte, es muy importante debido a que éstas habían sido las que “oscurecían”, para decirlo con Carrillo Flores, su papel de poder político. Este “desarrollo lento y en ocasiones contradictorio, para atemperar la función de nuestra Suprema Corte como tribunal de casación”, que procedía de una resolución que data de 1869 y que se reforzó en 1928 y 1934 con el aumento del número de ministros y la creación de salas especializadas dentro de la Corte para conocer de los juicios de amparo, y que llevó a Rabasa a señalar la imposibilidad de aquélla en la realización de esta tarea, comenzó en 1951 con la creación de los tribunales colegiados de circuito conformados con el propósito de auxiliar a nuestro máximo tribunal en el conocimiento y resolución de juicios de amparo contra sentencias judiciales. Piénsese en la importancia de esta modificación, tomando en cuenta que antes de la misma era el Pleno y las salas de la Corte quienes conocían de los recursos de revisión interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en amparo indirecto y de todos los amparos directos promovidos. Los tribunales colegiados se crearon para que conocieran de violaciones procesales, mientras que la Corte se reservó el análisis de las violaciones de fondo.

Las reformas de 1968, en la misma línea, modificaron la distribución de competencias para el conocimiento del juicio de amparo, trasladando a los tribunales colegiados los asuntos de mayor importancia social, económica y jurídica, dejando a la Corte el conocimiento de los más trascendentes desde el punto de vista patrimonial y material. Asimismo, en esta reforma se consignó que cuando el Pleno de la Corte estableciera jurisprudencia en asuntos promovidos contra la inconstitucionalidad de una ley, los casos subsecuentes podían trasladarse a los colegiados para su resolución y que sólo conocería de los asuntos federales que el propio Pleno considerara de trascendencia para los intereses de la nación. En 1983 se otorgó a la Corte la facultad de remitir a los tribunales colegiados, de oficio o a petición del procurador general de la República, cualquier amparo promovido ante ella que careciera de importancia y trascendencia social y la facultad inversa de atraer a su conocimiento los amparos que, tramitados ante los tribunales colegiados, fueran de especial importancia.

Lo que es necesario decir es que el rezago era el principal problema que las reformas efectuadas de 1928 hasta 1983 trataron de combatir. Como señala Fix-Fierro: “las reformas sufridas por la Corte a partir de la Constitución de 1917 es la historia de los esfuerzos por aliviar su carga de trabajo y por combatir el rezago”, esfuerzo realizado, en algunas ocasiones, mediante el aumento periódico del número de ministros, la creación de órganos judiciales especiales o, posteriormente, mediante el reparto de competencias en materia de juicio de amparo entre los diversos tribunales.<sup>1245</sup> Es decir, los cambios en la justicia federal respondieron más que al desarrollo de una tendencia basada en una concepción específica de la norma constitucional, al convencimiento de que la Suprema Corte no podía resolver “en último grado todas las controversias judiciales del país”. Aun así, Carrillo Flores señalaba, a fines de los años setenta, que a pesar de sus facultades relacionadas con el control de la constitucionalidad, la Suprema Corte era

*cuantitativamente* es decir, por el volumen y no por la trascendencia de su trabajo... fundamentalmente un órgano para el control de la legalidad de las autoridades mexicanas en sus tres ámbitos; el federal, el local, e incluso el municipal. Lo cual significa que la Suprema Corte es una institución que en la actualidad, paradójicamente, se acerca más, sin que naturalmente sea

<sup>1245</sup> Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM, 1996, p. 44; *id.*, *op. cit.*, nota 1228, p. 176. Así, también J. Castro señala que “en agosto de 1928 se inaugura una espectacular y sostenida carrera para disolver la acumulación de asuntos de la competencia de la Suprema Corte”. *Las reformas a la Suprema Corte de justicia la Nación en el siglo XX*, *cit.*, p. 336. Una de las reformas efectuadas en 1951 fue la consagración del sobreseimiento de la acción por inactividad procesal misma que a pesar de las críticas que recibió se encontraba “en armonía con la preocupación general de abatir el rezago existente”. Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José R., *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996, p. 157. Con respecto a las reformas de 1968, Fix-Zamudio señala enfáticamente: “No se advierte entonces la intención de realizar una reforma a fondo de la estructura y el funcionamiento del Poder Judicial Federal, sino, de manera predominante, la corrección de los errores técnicos en que habían incurrido las reformas de 1951, y por ello, se centró en un nuevo reparto de competencias entre la Suprema Corte y los propios tribunales colegiados de circuito, *exclusivamente en relación con los juicios de amparo*”. Fix-Zamudio, Héctor, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 748. La verdad es que el problema del rezago ya estuvo presente en las reformas constitucionales de 1900 y 1908 y está ligado desde esta época al amparo judicial.

idéntica, a lo que quisieron hacer de ella los Gobiernos centralistas, que a lo que imaginaron los Constituyentes de 1824.<sup>1246</sup>

Cambios importantes se produjeron en 1987. Es en este año cuando, como apunta Fix-Fierro, comienza la denominada transición hacia una justicia constitucional real, eficaz, independiente y profesional. El objeto de estas reformas fue fortalecer el principio de división de poderes, salvaguardar las libertades de los individuos, continuar con el proceso de descentralización de la función jurisdiccional federal y acabar con el problema del rezago en asuntos de competencia de la Suprema Corte de Justicia, pero, sobre todo, el objetivo fue hacer que la Corte se dedicara “fundamentalmente a la *interpretación definitiva de la Constitución*”, a la salvaguarda y “fijación en definitiva del alcance de los textos constitucionales”, dejando a los tribunales colegiados el control de las cuestiones de legalidad, como ya se había propuesto en dos proyectos presentados en 1944 y 1959. La vía de realización de este objetivo fue la redistribución de competencias entre los diversos tribunales basándose en una idea distinta a la que se utilizó en las reformas anteriores. El nuevo criterio fue la naturaleza de la función y el control: a la Corte le correspondería el control de constitucionalidad, y a los tribunales colegiados el control de legalidad,<sup>1247</sup> consagrándose, de esta manera, la distinción entre ambas esferas jurídicas. Mediante esta división competencial y, principalmente, porque la Corte únicamente intervendría cuando existiera una violación directa a la Constitución, se pretendió eliminar su función de tribunal de casación, y consagrar, en su lugar, un tribunal constitucional.

En esta virtud, se redefinió la competencia de la Corte en materia de juicio de amparo; se le otorgó la facultad de atracción de los amparos en revisión que considerara de especial interés, importancia y trascendencia; se le atribuyó competencia para emitir acuerdos generales con el fin de distribuir entre las salas los asuntos de su competencia; se ampliaron las materias susceptibles de ser objeto de su actividad para que estuviera en actitud de “controlar la constitucionalidad de los actos materialmente

<sup>1246</sup> Carrillo Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes; caminos diferentes”, *La Suprema Corte y el pensamiento jurídico*, op. cit., p. 323.

<sup>1247</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 761; *id.*, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, *cit.*, nota 562, p. 535.

legislativos más importantes en todo el ámbito del país”, y se dejó todo el control de legalidad a los tribunales colegiados. A juicio de la más influyente doctrina del país, esta reforma hizo posible el surgimiento de una verdadera justicia político-constitucional distinta de la justicia ordinaria, y abrió la puerta a la Suprema Corte para efectuar una auténtica interpretación constitucional, intervenir de manera directa en la definición de las cuestiones constitucionales sustantivas y formales de competencia y procedimiento, y ejercer “muchacha mayor influencia en la política pública”. Por todo lo anterior se ha dicho que esta reforma “marca el comienzo de un nuevo rumbo en la evolución de las instituciones judiciales del país”.<sup>1248</sup>

La reforma de 1994 ha sido considerada la más radical y profunda “que hayan enfrentado la Suprema Corte y el Poder Judicial de la Federación a lo largo de su historia”, y no sólo eso, sino “uno de los cambios más sorprendentes en la historia legislativa de México”, pues “alteró profundamente la estructura y funciones del sistema judicial federal” del país.<sup>1249</sup> Con la misma se instituye el Consejo de la Judicatura Federal, se crea la carrera judicial, se dota a la Corte de nuevas atribuciones y se le otorga la facultad de pronunciar declaraciones generales de inconstitucionalidad; se diseña una nueva forma de integración del máximo tribunal, se reduce el número de ministros, se establecen límites a su permanencia en el cargo y se perfecciona el régimen de incompatibilidades. Asimismo, se distribuyen competencias jurisdiccionales, concentrándose en la Corte la solución de los conflictos derivados de la aplicación de la Constitución trasladando las controversias de legalidad a los tribunales colegiados de circuito y conservando únicamente en la competencia de aquélla los juicios de amparo de segundo y último grado en los cuales se discutieran cuestiones constitucionales. De este modo, señala Fix-Zamudio, la Suprema Corte recuperó su función de intérprete final de los

<sup>1248</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1228, p. 207. De forma por demás incisiva Cossío señala que “esta nueva forma de distribución dio lugar a una separación heterodoxa en donde, dentro de un sistema de control difuso de la constitucionalidad, se concentraron en un solo órgano los pronunciamientos sobre constitucionalidad de normas generales”. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1244, pp. 96 y 97.

<sup>1249</sup> Vargas, Jorge A., “El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995”, trad. de J. Serrato Combe, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 20, 1996, p. 603. También Gudiño Pelayo, José de Jesús, “La justicia federal al final del milenio”, *Ingeniería judicial y reforma del Estado. Preocupaciones, inquietudes, esperanzas...*, México, Editora Laguna, 2001, pp. 25-45.

principios y valores de la carta federal, y superó su carácter de tribunal de casación.<sup>1250</sup>

Estas reformas, como observa Cossío, no se fundamentaron en el rezo o en razones de eficiencia, “sino en el carácter de la Constitución y del orden jurídico, y en la necesidad de fortalecer al órgano competente para mantener la supremacía constitucional”. En este sentido, han podido ser apreciadas como la continuación, el reforzamiento y la ampliación de la tendencia iniciada en 1988 de convertir a la Corte en un tribunal constitucional, sobre todo porque se le confió la facultad de defender la supremacía de la norma básica a través de ciertos procesos característicos de la competencia de estos órganos y se dotó a sus resoluciones de la posibilidad de tener efectos generales, y “justamente eso es lo que caracteriza a los tribunales constitucionales”.<sup>1251</sup> Para los autores de la reforma, ésta traería como consecuencia el fortalecimiento y consolidación de la Suprema Corte. Lo que es necesario advertir ahora es que estas modificaciones no fueron un mero ajuste de la estructura judicial, sino un auténtico cambio que le otorgó al Poder Judicial mayor peso político e institucional, amplió su función de intérprete y garante último de la Constitución, y afectó el equilibrio de poderes.<sup>1252</sup>

Con la reforma de 1999 se continuó la tendencia de concentrar sólo los asuntos más importantes dentro de la competencia de la Corte. “Es imprescindible, se señala en la exposición de motivos de la iniciativa de reformas, permitir a la Suprema Corte —como sucede en otras naciones— concentrar todos sus esfuerzos en el conocimiento y resolución de aquellos asuntos inéditos o que comprendan un alto nivel de importancia y trascendencia y que, por tal razón, impactan en la interpretación y aplicación del orden jurídico nacional”. A partir de este objetivo se amplió la facultad del Pleno de expedir acuerdos generales para lograr una adecuada distribución entre las salas de los asuntos competencia de la Corte, y de remitir a los tribunales colegiados aquellos que, siendo de su conocimiento, ya se hubiera establecido jurisprudencia en la materia correspondiente, no revistan interés o trascendencia o los que ella misma determine

<sup>1250</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, CCG-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 11, 102 y 109.

<sup>1251</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1244, p. 99.

<sup>1252</sup> Fix-Fierro, Héctor, “La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, *Ars Juris*, México, núm. 13, 1995, p. 113.

para lograr una mejor impartición de justicia. Esta reforma, además, consagró modificaciones relacionadas con la integración del Consejo de la Judicatura y su relación con el Poder Judicial de la Federación.

Se ha insistido en señalar que las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1994, además de que transformaron sustancialmente las instituciones que conforman la jurisdicción constitucional en México, concentraron en la Suprema Corte la decisión en última instancia de las controversias estrictamente constitucionales, otorgándole una competencia definida de jurisdicción constitucional, que la convirtió, desde el punto de vista material, en un tribunal especializado, aunque no se le haya conferido la denominación expresa correspondiente.<sup>1253</sup> Desde esta perspectiva, para que un tribunal tenga esta denominación, debe conocer sólo de cuestiones constitucionales. La tendencia de que la Suprema Corte conozca sólo de estos asuntos ha sido, como hemos reseñado rápidamente, evolutiva, de ninguna manera espontánea, y dio inicio en los años cincuenta. Por ello se puede asegurar que, efectivamente, ha habido una “reducción paulatina de la competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de casación y en general, del control de legalidad”, por lo que el título de tribunal constitucional para nuestro máximo tribunal ha significado una transformación negativa, que comprende la eliminación de sus competencias en cuestiones de legalidad, “que se refieren a la resolución de conflictos derivados de la aplicación de leyes ordinarias”, y su especialización en competencias únicamente de justicia constitucional. Este título también tiene una reciente vertiente positiva, ya que se han incluido dentro de su competencia nuevos instrumentos de control y se reforzaron otros, tales como las controversias constitucionales, lo que, como escribe Fix, ha propiciado una renovación de sus funciones propiamente constitucionales.<sup>1254</sup>

Pero, a nuestro parecer, no basta con la consagración formal de más competencias al órgano de control para poder considerarlo un tribunal constitucional, por más que éstas sean las más características de los mismos. Es necesario analizar cada uno de los elementos básicos del denominado derecho del control de la constitucionalidad, y, sobre

<sup>1253</sup> En esta característica insisten Carpizo, J. *et al.*, “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 747, 748, 759 y 761.

<sup>1254</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Significado actual del control constitucional en México”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 233 y 234.

todo, verificar si en la utilización y el sentido que se les ha impreso a los mismos se han producido los cambios señalados e introducido alguna concepción sobre la Constitución y la vida constitucional. En adelante trataremos de analizar esto, aunque sea brevemente, guiándonos por los cambios ocurridos a partir de la importante reforma de 1994 en la que, como hemos dicho, se establecieron importantes instrumentos de protección directa de la Constitución.

## I. EL DERECHO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

### I. *Órganos de control y defensa constitucional en los estados*

Una de las consecuencias más visibles del proceso de transición política en México ha sido el resurgimiento del constitucionalismo local. También en este caso, como señala Concha Cantú, la reforma federal de 1994 fue “detonador de los procesos de cambio” y factor de “activación o reactivación de la función social de los tribunales”. Estos procesos de cambio tienen diversas vertientes, igual de complejas e importantes, pero sólo a dos nos referiremos, brevemente, a continuación: los esfuerzos por crear un auténtico federalismo judicial, y la conversión de los órganos de justicia local en tribunales constitucionales estatales.

La primera vertiente está relacionada con la gran influencia que tiene la justicia federal sobre la local. Esta influencia, y, en algunas ocasiones, subordinación y dependencia, se muestra, principalmente, con dos atribuciones conferidas a los tribunales federales: la facultad de revisar, a través del amparo, las resoluciones dictadas por los tribunales estatales, y la obligatoriedad de la interpretación que realizan de las normas locales. Es decir, dentro del marco jurídico actual, la justicia federal no sólo revisa las actuaciones de la justicia local, sino también define el significado de las normas que rigen en los Estados, y, por tanto, fija pautas interpretativas obligatorias a sus órganos judiciales. Ambas cuestiones afectan y limitan la autonomía judicial de los estados, haciéndola aparecer como una ficción, ya que las mismas hacen visible que los tribunales locales, como con gran acierto se ha explicado, están subordinados a los pautas y criterios que dicta el Poder Judicial Federal.

Los órganos jurisdiccionales locales no resuelven en forma definitiva los conflictos que se les presentan, ya que la justicia federal puede revisar y modificar sus resoluciones a través del amparo. Por ello, Guidño Pelayo señala que el sistema vigente del amparo judicial hace de la justicia estatal una justicia de trámite, de paso hacia la justicia federal, pues “cualquier controversia local es judicial por destino”. “En otras palabras, las resoluciones que dicten los jueces locales, incluso las de los tribunales superiores de justicia de los estados, son provisionales, pues su definitividad sólo la adquieren cuando las partes deciden no interponer amparo, o cuando el Tribunal Colegiado niega el amparo que contra tales resoluciones promovió alguna de las partes”. A través de estos tribunales, y mediante dicha función, la justicia federal “se erige como auténtica tercera instancia” o “autoridad jurisdiccional superior de todo el país”.<sup>1255</sup>

La autonomía de los poderes judiciales locales también resulta afectada en virtud de la obligación que tienen de interpretar las normas estatales de forma acorde con la efectuada por los órganos federales, es decir, las resoluciones de aquellos tienen que estar basadas en la interpretación de las normas locales realizada por los tribunales federales, por lo que son éstos

<sup>1255</sup> Concha Cantú, Hugo H. y Caballero Juárez, José A., *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 7. El origen de esta situación data de 1869. El artículo 8 de la Ley de Amparo de aquel año negó la procedencia del amparo en cualquier asunto de orden judicial. Sin embargo, en torno a un caso que se presentó el mismo año ante la Suprema Corte, y que se conoce históricamente como el “Caso del juez de letras de Culiacán Miguel Vega”, “el equivalente mexicano del caso *Marbury vs. Madison*”, sobre todo porque fue la primera vez que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley federal, y en medio de serias confusiones sobre la materia del mismo, confusiones azuzadas por los conflictos políticos de la época y por la acusación del Congreso contra varios ministros, un asunto que no tenía por objeto más que un acto administrativo, se convirtió en la puerta de entrada a la procedencia del amparo contra actos judiciales, aun en contra de lo establecido por la Ley de amparo respectiva y aunque en ella sólo se discutiera la aplicación de disposiciones legislativas y no constitucionales. Como señala Lucio Cabrera: “La sentencia de 20 de julio de 1869 concediendo el amparo al quejoso, Miguel Vega, no declaró expresamente la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de amparo. Sin embargo, debido a las circunstancias políticas que habían rodeado a tan sonado asunto y al triunfar la Corte contra las acusaciones del Congreso así fue interpretado por la opinión pública”. Carrillo Flores, posteriormente, señalaría que esta sentencia, que cambió para siempre la historia de la Suprema Corte, que transformó en forma definitiva al juicio de amparo mexicano, produjo, también, la muerte del federalismo judicial. Cabrera Acevedo, Lucio, “El amparo del juez de letras de Culiacán, Miguel Vega”, *La Suprema Corte. La República y el Imperio*, México, SCJN, 1988, pp. 195 y ss.

quienes, finalmente, definen con carácter vinculante el sentido y alcance de las leyes locales. Esta situación, que se consagró con la reforma constitucional de 1968, refiere claramente una paradoja: “las entidades federativas tienen la potestad de establecer sus leyes en aquellas áreas que la Constitución no ha reservado a la federación, pero no la de establecer su sentido a través de su propia interpretación”.<sup>1256</sup> Este criterio ha sido reafirmado por la misma Corte, que ha señalado que: “para saber a ciencia cierta, si una disposición de las leyes de los Estados es contraria a los preceptos constitucionales, se requiere que previamente así se haya resuelto por tribunales competentes, que no pueden ser otros que los Tribunales de la Federación”. Carrillo Flores, en 1975, ya consideraba absurdo que “la jurisprudencia de la Suprema Corte sea obligatoria tratándose de la interpretación de las leyes locales, pues si la facultad legislativa corresponde a los Congresos de los Estados, la potestad para interpretar las leyes en forma obligatoria —que es una manera de legislar— debiera ser también estatal”.<sup>1257</sup> Más recientemente, Acosta Romero y Pérez Fonseca han afirmado que esta atribución de la Corte es una “usurpación” de la facultad que tienen los estados de definir el significado de sus propias leyes que contraría la tradición jurisprudencial mexicana que data de 1882, y, lo que es más grave, a los propios principios fundamentales consagrados en la vigente Constitución federal.

Han surgido voces que reclaman “replantear las relaciones entre la justicia local y la justicia federal”, eliminar la tendencia centralista, y hacer realidad el federalismo judicial. Se pugna por “una reforma que limite la posibilidad de acudir al amparo directo, para controvertir la legalidad de sentencias dictadas por los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas”,<sup>1258</sup> o bien por definitivamente eliminar la facultad de la jurisdicción federal de revisar, en amparo directo, las sentencias emitidas por los tribunales de justicia de los estados, de tal manera que se traslade, efectivamente, la competencia de interpretar y aplicar el derecho

<sup>1256</sup> Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *Derecho jurisprudencial mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 41, 181 y ss.; Pérez Fonseca, Alfonso, “Excesos y defectos de la jurisprudencia federal en el marco de las leyes estatales”, *Revista del Poder Judicial del Estado de México*, núm. 1, 1997, pp. 125 y ss.

<sup>1257</sup> Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, p. 171.

<sup>1258</sup> Así, por ejemplo, Arenas Bátiz, Carlos Emilio, “Por una justicia constitucional federalista en materia electoral”, en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, 2001, pp. 50 y 51.

local a los estados. En este caso se recomienda “devolver, poco a poco, a los jueces y tribunales estatales la cualidad de ser órganos terminales, es decir, de ser autoridades con facultades para decidir *en definitiva* las controversias que se sometan a su consideración”. La limitación, gradual y progresiva, del amparo judicial permitiendo a las justicias locales resolver en última instancia las controversias del fuero común provocaría que asumieran de forma plena su autonomía en materia de administración de justicia.<sup>1259</sup> De esta forma, los tribunales de los estados no sólo enfrentarían la responsabilidad e, incluso, el costo político de sus determinaciones, sino que lograrían que sus sentencias no fueran percibidas como irrelevantes o de mero trámite, sino como definitivas y, por lo mismo, trascendentes para los habitantes de las comunidades.

Junto con estas propuestas se afirma también la facultad de los estados de definir jurisprudencialmente sus normas “como parte inherente de su derecho soberano para hacerlas”, ya que, se asegura, si la Constitución otorga a los Estados el derecho de establecer sus propias normas ello incluye la posibilidad de determinar sus sentidos o significados.

Negar a la jurisprudencia local, la facultad de definir, interpretar, precisar o integrar las normas de su estado no sólo restringe y vulnera el derecho soberano del Estado para establecer sus normas, pues le deja en la imposibilidad de establecer qué es lo que su precepto quiso decir; esto es, establecer no sólo el precepto, sino también su inteligencia; sin ello, es muy cuestionable hasta qué grado el Estado realmente es “libre y soberano en todo lo concerniente a su régimen interior”, ya que el sentido último de su norma no será el que él mismo establezca.<sup>1260</sup>

Estas tendencias y propuestas para el derecho mexicano son de una importancia extraordinaria, porque implican un vuelco a sus esquemas

<sup>1259</sup> Gudiño Peñayo, José de Jesús, “La jurisdicción de amparo y la independencia del juez local”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 607, pp. 257-259. Es necesario recordar que en 1994 en la Reunión Nacional de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la República, éstos suscribieron la “Declaración de Querétaro” en la que propusieron que “se deje a los tribunales de los estados la última palabra en todos los negocios de su competencia, de manera que, como lo establecía la Constitución de 1824, los negocios de cada Estado concluyan ante sus tribunales, hasta su última instancia; naturalmente sin excluir la posibilidad de que esta última sentencia sea combatida por medio del juicio de amparo, en el caso que ella suscite una verdadera cuestión constitucional”.

<sup>1260</sup> Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *op. cit.*, nota 1256, p. 197.

más tradicionales. La procedencia del amparo en negocios judiciales, además de tener una larga historia, que inicia en 1869, y ser expresión del centralismo jurídico del régimen dominante hasta hace pocos años, sin duda, forma parte, como ya señalaba Carranza en 1916, del actual sentimiento de justicia de los ciudadanos mexicanos que piensan que sólo pueden tener sus derechos garantizados si cuentan con la posibilidad de recurrir a los tribunales federales para impugnar las resoluciones de los jueces locales. A pesar de esto, las propuestas de renovar o reconstruir nuestro federalismo judicial crecen cada vez más. Estas propuestas se basan y fundamentan en diferentes argumentos, entre los que se encuentran: el cambio de las condiciones políticas y sociales que determinaron que la Corte conociera de todos los asuntos resueltos por los tribunales locales; la necesidad de retomar el propósito inicial del amparo mexicano; las exigencias del nuevo federalismo implantado en el país que impone una redistribución de competencias entre las dos jurisdicciones existentes; la conquistada y, para algunos, lograda independencia de los poderes judiciales estatales; la necesidad de consolidar la autonomía de los gobiernos estatales, y el reforzamiento que la misma traería del derecho de los ciudadanos a gozar de una tutela judicial efectiva. En suma, para los sostenedores de esta tendencia no existen “razones que justifiquen que no sean las autoridades judiciales estatales las que pronuncien la última palabra en los asuntos de su competencia, y si muchas para que asuman cabal y plenamente el ejercicio de su soberanía”.<sup>1261</sup>

Otro de los temas que actualmente se desarrolla con profusión es el referido a la justicia constitucional local, a la instauración de órganos y procedimientos dirigidos a garantizar y defender las Constituciones locales y dirimir los conflictos que surjan en el interior de los estados. Fix-Fierro plantea esta cuestión con una lógica contundente: así como no hay derecho sin jueces, no puede haber Constitución, como verdadera norma jurídica, sin juez constitucional, “en este sentido, puede decirse que las entidades federativas no tienen Constitución, en la medida que carezcan de una justicia constitucional propia”.<sup>1262</sup> La carta federal, en su artículo

<sup>1261</sup> Romero Zazueta, Jorge, “Federalismo judicial. Creación de cortes estatales. Justificación”, *Revista Jurídica del Poder Judicial del Estado de Aguascalientes*, México, núm. 18, 2000, p. 52.

<sup>1262</sup> Fix-Fierro, Héctor, “La otra justicia. Breves reflexiones sobre la reforma judicial en las entidades federativas”, *La administración de justicia en México*, México, núm. 3, 1997, p. 83.

124, atribuye competencia a los estados para resolver las controversias que tengan por objeto las materias que les son reservadas,<sup>1263</sup> y específicamente, para defender la regularidad constitucional en su régimen interior. Partiendo de estas bases, se busca “diseñar un modelo de justicia local que opere en forma subsidiaria, inmediata y expedita en el ámbito local, de tal suerte que desaparezca la necesidad de acudir a la justicia federal para resolver los problemas constitucionales locales”.<sup>1264</sup> El establecimiento de un control de constitucionalidad local sería una vía alterna complementaria de la protección de la constitucionalidad en nuestro país, que haría de los juzgadores locales, jueces constitucionales.

Junto con la cuestión competencial también se ha propuesto el establecimiento de órganos facultados para intervenir en caso de violación a las normas de las Constituciones locales, señalándose la posibilidad de crear tribunales constitucionales especializados, salas especializadas, o hacer que el órgano encargado del control sea el propio Poder Judicial. Esta última sugerencia es compartida, por ejemplo, por Martínez Sánchez, quien ha propuesto que se faculte a los tribunales superiores de los estados “para que se constituyan en el órgano judicial encargado de velar por el exacto cumplimiento de la ley suprema estatal” y puedan controlar la constitucionalidad de leyes, reglamentos, bandos de policía y buen gobierno, decretos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general.<sup>1265</sup> Normalmente se sostiene que el establecimiento de procedimientos de defensa de las Constituciones locales lograría garantizar la supremacía de ésta y los derechos de los gobernados, dirimir los conflictos internos que se presenten dentro del estado, mantener la regularidad constitucional, fortalecer el federalismo, “revitalizar” la vida constitucional de las entidades federativas y fomentar su autonomía frente a la Federación.

<sup>1263</sup> Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la facultad investigatoria de la Corte. El caso Tabasco y otros*, 3a. ed., México, Monte Alto, 1996, pp. 16 y 17; Martínez Sánchez, Francisco, *El control interno de las Constituciones de los Estados de la República mexicana. Perspectiva de un nuevo federalismo*, México, Porrúa, 1988, pp. 46 y ss.

<sup>1264</sup> Ríos Vega, Luis Efrén, “La justicia constitucional en Coahuila”, *Lex*, México, 2001, p. 57.

<sup>1265</sup> Martínez Sánchez, Francisco, *op. cit.*, nota 1263, pp. 46 y ss.

## 2. *Aumento de los asuntos puestos a consideración de los tribunales*

El diputado Medina, durante los debates constituyentes de 1917, señaló que una de sus aspiraciones era que “todas las pasiones, que todas las agitaciones de esta Revolución inmensa, no lleguen a la Alta Corte, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación...”. Carrillo Flores afirmaba, varios años después, que “la facilidad y frecuencia con que aquí se reforma la Constitución y la autoridad tan grande del presidente de la República, hacen que las cuestiones sociales de mayor significación no se encaucen por la vía judicial, sino que las decida el Ejecutivo con la colaboración y el eventual control del legislativo y de la opinión pública”.<sup>1266</sup>

Estas afirmaciones no pueden ser en la actualidad ratificadas fácilmente debido a que también en México se ha desarrollado un proceso de judicialización de los ámbitos de la vida social traducido en la idea de que todo conflicto encuentra canal de solución en las instancias jurisdiccionales; incluso, se ha llegado a asegurar que el camino que en mayor medida beneficia a la nación es el de la judicialización de los conflictos políticos y sociales. Lo que es un hecho, como comprueba Fix-Fierro, es que se ha incrementado el “litigio constitucional”, “tanto en el número de asuntos planteados, como en la variedad de materias sobre las que versan”. Se ha producido “un proceso continuo de crecimiento en los asuntos ingresados” a los tribunales al mismo tiempo que son “llamados, cada vez con mayor frecuencia, a resolver importantes cuestiones públicas, incluso asuntos escandalosos”.<sup>1267</sup> Éste también ha sido tomado como criterio para medir la importancia de los nuevos instrumentos de control consagrados en las reformas recientes y, es más, para valorar la posición actual de la Suprema Corte. Así, José R. Cossío afirma que “la novedad o aparente diferencia entre la Corte actual y sus antecesoras no viene dada por los criterios de resolución adoptados, sino por las competencias que les fueron asignadas mediante la reforma de 1994 y por el tipo de controversias que se han suscitado con motivo del cambio social que vivimos”.<sup>1268</sup>

<sup>1266</sup> Carrillo Flores, Antonio, “La Suprema Corte de justicia mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes; caminos diferentes”, en *La Suprema Corte y el pensamiento jurídico*, *cit.*, p. 324.

<sup>1267</sup> López Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “¡Tan cerca, tan lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, 2000, p. 217.

<sup>1268</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1239, p. 141.

En los últimos años, la Corte ha decidido casos que versan sobre temas tan variados e importantes como el anatocismo; el financiamiento de los partidos políticos; la afiliación obligatoria de empresarios a las cámaras de Comercio o Industria; la naturaleza del sistema de representación proporcional; los sindicatos únicos y el derecho de asociación; la división de los distritos electorales; las responsabilidades de los servidores públicos; el aborto; la función de las fuerzas armadas; la cuestión indígena; el derecho a la salud; el derecho a la información; asuntos relacionados con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte; tratados de extradición; casos relacionados con la guerra sucia de los años setenta; la privatización del servicio eléctrico; entre otras. El mismo Cossío señala que las causas que han originado que los tribunales conozcan cada vez más de complejos asuntos son la creciente pluralidad social y las dificultades que tiene el sistema político para encontrar soluciones normativas generales, circunstancias que han provocado que se perciba a los tribunales como los órganos más idóneos para resolver los litigios o conflictos normativos. Es claro que el conocimiento de cada vez más asuntos delicados ha provocado, entre otros efectos, el crecimiento de la importancia política de la Corte dentro del sistema de gobierno, su cada vez más destacada participación en el diseño de políticas públicas y en la afirmación del interés público, y su conversión, como afirman Fix-Fierro y López Ayllón, en privilegiado árbitro social y político, al tiempo que el Poder Judicial se convierte, en espacio de transformación social.<sup>1269</sup>

### 3. *El parámetro de control*

Es importante señalar que el parámetro de control en el juicio de amparo mexicano, único medio de control constitucional efectivo antes de la reforma constitucional de 1994, está conformado únicamente por los derechos fundamentales. De manera que mediante este juicio sólo se protegen las llamadas garantías individuales, los veintinueve primeros artículos de nuestra norma básica, y “no todo el cuerpo de la Constitución”. La misma Corte estableció mediante jurisprudencia este criterio de forma muy clara:

<sup>1269</sup> Escribe José Ramón Cossío que fue en los años ochenta, ante una sociedad “progresivamente compleja y en conflicto” y por conveniencia del régimen político dominante que necesitaba, precisamente, racionalizar la solución a las demandas y conflictos sociales, cuando comenzó a reconocérsele un papel arbitral al Poder Judicial. Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Porrúa, 2001, p. 162.

El juicio de amparo fue establecido por el artículo 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la propia Constitución, sino para proteger las garantías individuales... si el legislador constituyente hubiese querido conceder la facultad de pedir amparo para proteger cualquier violación a la Constitución, aunque no se tradujese en una lesión al interés particular, lo hubiese establecido de una manera clara pero no fue así, pues a través de las Constituciones de 1857 y 1917, y de los proyectos constitucionales y actas de reforma que las precedieron, se advierte que los legisladores, conociendo ya los diversos sistemas de control que pueden ponerse en juego para remediar las violaciones a la Constitución, no quisieron dotar al Poder Judicial Federal de facultades omnímodas, para oponerse a todas las providencias inconstitucionales, por medio del juicio de amparo, sino que quisieron establecer éste, tan sólo para la protección y goce de las garantías individuales.

El recurso de amparo está ideado y diseñado para proteger los derechos de las personas y no toda la Constitución. Para Rabasa, ésta era una de las formas en que se “rebajaba” el papel del Poder Judicial y un indicador de que nuestro sistema de control constitucional era, desde su configuración inicial, un sistema con “extensión limitada”.<sup>1270</sup> Para este influyente autor, la atribución de mantener la integridad de la ley suprema no debía tener excepciones, en su objeto debían incluirse todos sus preceptos y todos los casos de posible infracción constitucional. La forma en que estaba diseñado el amparo dejaba desamparados muchos derechos personales porque no estaban incluidos en los primeros veintinueve artículos de la Constitución. De esta forma se había construido un sistema que propiciaba la devaluación de la posición del Poder Judicial. Decía:

El papel del poder judicial, su alta influencia en beneficio de las libertades públicas, su elevado carácter de mantenedor de la soberanía nacional, se ven rebajados de tres maneras: por deficiencia esencial e irremediable del sistema; por la restricción del juicio constitucional con motivo de violación de derechos del individuo a sólo veintinueve artículos de una Constitución que cuenta ciento veintinueve; por no habersele dado jurisdicción en las controversias que nazcan de invasiones que nazcan de un poder en la esfera de otro.

<sup>1270</sup> Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 236 y 240.

A estas limitaciones vino a contribuir la propia jurisprudencia cuando declaró que “el juicio constitucional era improcedente contra leyes inconstitucionales mientras no se convierten por la ejecución en actos ofensivos para el individuo. Así la Corte inventó la cuarta manera de restringir su papel y de alejar al poder judicial del tipo teórico y perfecto”.<sup>1271</sup> Además, opinaba que los límites del juicio constitucional eran muy estrechos porque para poder accionarse debía existir un agravio individual; para impugnar la invasión de esferas de un poder a otro debía existir una afectación de derechos individuales y de ninguna forma se protegían los casos que no estuvieran en estos supuestos. Su principal alegato era en el sentido de que se dejaba sin defensa a la Constitución en muchos casos y sin protección muchos derechos individuales.

Así, el único control constitucional efectivo en México hasta 1994 no incluía la protección de todas las disposiciones constitucionales, sólo las de la parte dogmática de la norma básica (aunque es preciso decir que algunos derechos consignados fuera del título primero sí fueron protegidos). Dos cuestiones relacionadas con el parámetro de control que se han producido a partir de las reformas introducidas en 1994 nos interesa destacar en este momento. Primero, con la introducción de nuevos instrumentos procesales se ha abarcado la protección y defensa de toda la Constitución, y logrado el objetivo de garantizar íntegramente la supremacía de la misma. La propia Suprema Corte, en una tesis que dictó en 1999, ha señalado que en virtud de que el orden constitucional tiene una naturaleza total, “tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la norma suprema, dado que no es posible parcializar ese importante control”. Segundo, la Corte ha comenzado a reelaborar el significado del texto constitucional y la importancia de cada una de sus normas. En este sentido, es importante resaltar la caracterización que del parámetro de control de constitucionalidad, es decir, de la propia Constitución, ha realizado al resolver la controversia 31/97. Al respecto, la Corte ha señalado que “el texto constitucional refleja un sistema de valores que en ocasiones pueden presentar ambigüedades, fórmulas genéricas de contenido indeterminado o muy discutibles o incluso contradictorias, el órgano de control está llamado a actualizar e integrar los valores imperantes en la Constitución...”. Esta consideración de la Constitución como un sistema

<sup>1271</sup> *Ibidem*, pp. 244 y 245.

de valores, como lo hemos señalado en el capítulo precedente, puede permitirle ampliar sus atribuciones y competencias. Cossío al respecto señala: “lo que al final de cuentas está haciendo la Corte es establecer una serie de criterios que, bajo el pretexto de la protección de la persona, en el futuro le permitirán ampliar sus competencias tan lejos como sea necesario en la búsqueda de tal fin”.<sup>1272</sup>

En relación con este tema, también resulta importante señalar que el anteproyecto de nueva Ley de Amparo contenía la propuesta de proteger directamente, mediante este instrumento, la violación de las garantías individuales y sociales, pero no sólo las establecidas por la Constitución de la República, sino las consagradas por cinco instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dos son los argumentos que en su momento se esgrimieron para limitar el ámbito de protección a estos instrumentos internacionales, según Lelo de Larrea, primero, el desconocimiento cabal del número de tratados en la materia celebrados y ratificados por nuestro país, y, segundo, la ambigüedad con la que muchos tratados están formulados; circunstancia que podría generar riesgos en el momento de su aplicación. No es necesario insistir ahora en que, entre otros objetivos, el mencionado anteproyecto buscaba hacer efectivos los derechos sociales y ampliar o completar el catálogo de derechos constitucionales.

En un proyecto más reciente, elaborado por la propia Corte con base en el anterior, se propone ampliar el catálogo de derechos protegidos a través del juicio de amparo a los derechos contenidos en todos los instrumentos internacionales generales que en la materia haya celebrado el Estado mexicano, para evitar, se dice, estableciendo un señalamiento casuístico, alguna omisión y la posible multiplicación de reformas legales. No podemos olvidar que, mucho antes, parte de la doctrina mexicana (por ejemplo, Carrillo Flores, Fix-Zamudio, entre otros) ya consideraba procedente el amparo para proteger los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por México, y que nuestro máximo tribunal, en la tesis LXVII/99, separándose de sus anteriores decisiones, consideró que los tratados internacionales están, en la jerarquía de fuentes,

<sup>1272</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1239, p. 154; también, *id.*, “La indebida ampliación competencial de la Suprema Corte”, *Este País*, México, 2000, pp. 34 y ss.

por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución de la República. La cuestión que a nuestro parecer resulta determinante de esta nueva perspectiva, y de los cambios brevemente comentados, es que implican la elección franca de la protección procesal de los derechos y, específicamente, su tutela jurisdiccional directa, y, sobre todo, el cambio que produce en la concepción de la Constitución y de la naturaleza de los procesos políticos que sirven para crear y desarrollar el contenido de las normas primarias del ordenamiento.

#### 4. *El objeto del control*

Con respecto al tipo de normas que pueden ser objeto de control, el fortalecimiento de las controversias constitucionales y la creación de las acciones de inconstitucionalidad han llevado a ampliar el catálogo del mismo, no obstante que, como es conocido, el juicio de amparo prevé un amplísimo espectro de normas generales y actos de autoridad susceptibles de ser impugnados y de que actualmente se discute la conveniencia de que los actos de particulares también puedan ser impugnados a través de este recurso.

Con respecto a las “controversias constitucionales”, que son procesos de resolución de conflictos, su objeto puede ser cualquier norma aprobada por los órganos que tengan el carácter de parte en las mismas,<sup>1273</sup> debido a que por la forma en que están reguladas, lo relevante es “la resolución del conflicto suscitado con independencia del tipo de norma que lo genere”. Por ello, mediante este procedimiento, puede ser sujeta a control cualquier norma general o individual o acto jurídico emitido por los órganos que se mencionan en el primer párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional. Más explícitamente podemos decir que el objeto de las controversias constitucionales puede ser la impugnación de normas generales emitidas por una entidad, poder u órgano; actos emitidos por una entidad, poder u órgano, y conflictos contenciosos respecto a límites de los estados. Como se puede apreciar, no hay restricciones en el tipo de normas que pueden ser objeto de las controversias, y el acto revisado puede ser positivo, negativo u omisiones. Por normas generales se entiende, así lo hace Juventino Castro, quien sigue la práctica jurisprudencial, leyes, reglamentos y decretos. Objeto del control

<sup>1273</sup> Cossío, José Ramón, “Artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001, p. 13.

en estos procesos no serían sólo las leyes, sino las normas jurídicas que “obligan a todas las personas inmersas en la hipótesis reglamentaria, y cuyo incumplimiento daría como consecuencia la imposición coactiva o el cumplimiento forzoso, en virtud de que ese atributo pertenece a todas las normas jurídicas”.<sup>1274</sup> También Hernández Chong y Olvera López señalan que la expresión “disposiciones generales” incluye “cualquier acto, administrativo o legislativo, que sea *materialmente* legislativo, es decir, cualquier acto, llámese como se llame, que contenga disposiciones generales, abstractas e impersonales podrá ser motivo de impugnación por esta vía”.<sup>1275</sup> La propia Corte ha señalado que “una norma es de carácter general cuando reúne las características de generalidad, abstracción e impersonalidad”, por lo que los reglamentos que tengan estos atributos serán considerados verdaderas normas generales. Lo anterior permite afirmar, con Cossío, que aun cuando de manera genérica las controversias se denominen constitucionales, pueden tener distintos objetos de control de regularidad.<sup>1276</sup> Los actos que pueden ser impugnados a través de ellas son numerosísimos, pudiendo abarcar normas constitucionales, leyes de reforma constitucional, tratados internacionales, leyes federales y locales, reglamentos, decretos de suspensión de garantías, leyes emitidas en uso de facultades extraordinarias, normas constitucionales locales, reglamentos administrativos, actos individuales<sup>1277</sup> y “cualquier tipo de acto gubernativo” o de autoridad.

Cossío ha esquematizado los supuestos en que, por disposición del artículo 105 de la Constitución, la Suprema Corte puede conocer de alguna

<sup>1274</sup> Castro, J. V., *El artículo 105 constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 69.

<sup>1275</sup> Hernández Chong Cuy, María A. y Olvera López, Juan J., “El artículo 105 constitucional y la redefinición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estabilizadora del poder público”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 1273, p. 383. Un ejemplo claro de lo que el ordenamiento jurídico mexicano entiende por ley se puede determinar si comparamos el artículo 107 fracción IX de la Constitución y el 83 de la Ley de Amparo. Cuando analizan estos conceptos Carranco y Zerón señalan que el término ley “no se limita al acto formal y materialmente legislativo, sino a aquellos cuyos efectos jurídicos sean de carácter general, impersonal y abstracto, sin interesar el carácter formal de la autoridad que los emite”. Carranco Zúñiga, Joel y Zerón de Quevedo, Rodrigo, *Amparo directo contra leyes*, México, Porrúa, 2001, p. 207.

<sup>1276</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “Similitudes y diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad”, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998 p. 29.

<sup>1277</sup> Cossío, José Ramón, “La justicia constitucional en México”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, p. 238.

controversia que tenga por objeto la constitucionalidad o legalidad de una norma general o acto:

- a) Conflictos entre diversos órdenes jurídicos.
- b) Conflictos entre órganos de diversos órdenes jurídicos.
- c) Conflictos entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurídico.

La amplitud de estos supuestos hace posible asegurar, como lo han hecho distinguidos tratadistas, que mediante las controversias constitucionales se puede realizar un control de regularidad constitucional o legal, cuyo efecto será que la Suprema Corte, en sus resoluciones, asigne competencias o declare la inconstitucionalidad de normas legislativas con efectos generales.<sup>1278</sup> Esta afirmación encuentra una excepción, y es en los casos de conflictos entre órganos pertenecientes al mismo orden jurídico, en los que únicamente el control será de regularidad constitucional, pues la propia Constitución señala que sólo se controlará “la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”.

Que la Corte, mediante estos procesos, pueda conocer de asuntos de mera legalidad ha inducido a algunos autores a recomendar alejarla de los mismos en virtud de que esta competencia puede desvirtuar su carácter de medio de control constitucional. Para quienes sostienen esta posición, las controversias deberían caracterizarse por su materia y referirse sólo a cuestiones de constitucionalidad, es decir, a conflictos derivados de la aplicación directa de la Constitución.<sup>1279</sup> Arteaga señala que por la forma en que están regulados los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, los tribunales superiores de justicia de los estados pueden conocer de aquellas que tengan por objeto la aplicación de algún precepto de la Constitución local, por lo que en el caso de los estados, el Distrito Federal y los municipios, son susceptibles de ser impugnados “tanto los actos como las disposiciones generales que ellos emitan, por lo mismo, dentro de este último rubro, quedan comprendidas las leyes, las reformas a las Constituciones, los bandos de policía y buen gobierno, los reglamentos e, incluso, la jurisprudencia que integren los tribunales locales”.<sup>1280</sup>

<sup>1278</sup> Carpizo, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 1253, p. 772.

<sup>1279</sup> Sepúlveda I., Ricardo J., *Reflexiones sobre la controversia constitucional (hacia un tribunal constitucional)*, *cit.*, pp. 392 y 393.

<sup>1280</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press-Harla, 1998, p. 802.

Dentro de este mismo proceso de extensión de las normas objeto de control por medio de las controversias constitucionales se ha propuesto la introducción en el texto de la Constitución de una disposición que permita interponerla en caso de que en la misma se plantee por un conflicto entre dos municipios de un mismo estado, aunque, como con certeza señala Hernández Chong, el artículo 105 excluye deliberadamente del conocimiento de la Corte estas controversias, debido a que las mismas se dan en el nivel estatal y deben resolverse de acuerdo con lo señalado y dispuesto en la legislación estatal; si se le hubiera otorgado competencia a la Corte para conocer de estas controversias “pudiera aducirse una intromisión de soberanías, invasión de esferas competenciales, lo que precisamente las controversias constitucionales pretenden solucionar”.<sup>1281</sup> Por ello, Carpizo asegura que esta exclusión tiene dos razones: trasladar a los estados la resolución de estos conflictos en virtud de la autonomía de los mismos, y evitar la sobrecarga de trabajo de la Corte.<sup>1282</sup>

Pero así como el objeto de control en las controversias constitucionales es extraordinariamente amplio, también ciertas normas están excluidas de estos procesos. El mismo José R. Cossío señala cuáles son las normas excluidas de las controversias constitucionales:

a) *Las normas y actos en materia electoral*. En nuestro sistema, la materia electoral está compuesta por todas las normas generales y actos mediante los cuales se lleva a cabo la designación de los titulares de los órganos del Estado, cuando la Constitución o las leyes secundarias exigen la participación directa de los ciudadanos mediante voto ejercido en elecciones populares.<sup>1283</sup> Según el criterio de la Suprema Corte, conforman la materia electoral todas las normas “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 personas que han de fungir como titulares de órganos de poder representativo del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal”. En otra tesis de jurisprudencia, dentro de la acción de inconstitucionalidad 10/98,

<sup>1281</sup> Hernández Chong Cuy, María A., *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, Guadalajara, Universidad Panamericana, 1998, p. 104.

<sup>1282</sup> Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 83, 1995, p. 833.

<sup>1283</sup> Cossío Díaz, José R. y Pérez de Acha, Luis M., “El artículo 105 constitucional y el concepto de materia electoral”, *Lex*, México, núm. 6, 1995, p. 6.

el órgano de control amplió lo que debe entenderse por ley electoral, al señalar que:

Las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra...

Para Arteaga Nava, la materia electoral son todos los actos y hechos que se realizan y ejecutan para lograr la renovación de los poderes y órganos federales y locales, mediante el sufragio universal, sin importar quién los realice ni el momento en que los haga o ejecute.<sup>1284</sup> Todas las normas contenidas en esta materia están excluidas de las controversias, misma situación que parte de la doctrina ha considerado un defecto en la regulación de las mismas. Así, por ejemplo, para Fix-Zamudio, esta prohibición no se apoya en un fundamento sólido, “pues el posible temor de que se politice el conflicto carece de justificación, si se toma en cuenta que el examen que debe hacer la Suprema Corte es de carácter exclusivamente jurídico”.<sup>1285</sup>

b) *Las omisiones en el ejercicio de alguna facultad conferida a alguno de los órganos señalados en la fracción I del artículo 105 constitucional.* Respecto a las omisiones en el caso de las controversias constitucionales, Cossío señala que no se puede reclamar la actuación de cualquier órgano si éste no ejercita sus facultades, “pues ello implicaría que la Suprema Corte terminara por sustituirse en el ejercicio de las facultades del órgano de que se trate”. Sin embargo, sí puede reclamarse dicha omisión en caso que el órgano, una vez que haya ejercido dicha facultad, haya incurrido en una omisión respecto a lo ordenado por la norma superior que lo regule.<sup>1286</sup> Esto significa, si entendimos bien, que no serían controlables las omisiones absolutas, pero sí las omisiones relativas. En un trabajo posterior, Cossío parece variar significativamente esta posición extendiendo el poder de la Corte de manera sorprendente. Así, afirma que:

<sup>1284</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, nota 1263, p. 6.

<sup>1285</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1250, p. 79.

<sup>1286</sup> Cossío, José R., “Comentario al artículo 105 constitucional”, en *Constitución Política Mexicana comentada*, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 1060.

mientras el órgano del cual se reclame la omisión no ejerza sus facultades *la Corte podrá compelerla a hacerlo* sin señalar el sentido material de su actuación, pues de proceder de esa forma, terminaría por sustituirse en el ejercicio de las facultades del órgano de que se trate. Por el contrario, cuando se estima que el órgano ha incurrido en su actuar en una omisión parcial respecto de lo ordenado por una norma superior —Constitución o no— puede llevarse a cabo el control de regularidad *a efecto de llegar a establecer, inclusive, el contenido de la norma que deberá ser expedida*.<sup>1287</sup>

c) *Las resoluciones dictadas en juicio político*, ya que por disposición del artículo 110 constitucional son inatacables las declaraciones y resoluciones que se tomen dentro de este proceso.

Por lo que se refiere a las “acciones de inconstitucionalidad”, la Constitución establece que éstas proceden únicamente contra “normas de carácter general, abstracto e impersonal, aprobadas en términos de los correspondientes procedimientos legislativos federal, estatal y municipal”. Esto significa que el objeto del control en este proceso son sólo las leyes entendidas desde el punto de vista formal, es decir, emitidas mediante el procedimiento legislativo señalado en la Constitución, por lo que se incluyen las leyes federales, estatales y del Distrito Federal, y los tratados internacionales aprobados por el Senado de la República y promulgados y publicados por el Ejecutivo.<sup>1288</sup> Recuérdese que estos últimos hace sólo unos cuantos años eran considerados no susceptibles de control jurídico.<sup>1289</sup> También por este medio pueden ser impugnadas las prevenciones generales del decreto de suspensión de garantías a que se refiere el artículo 29 de la carta federal cuando las apruebe el Congreso, así como la aprobación o rechazo que el Congreso haga del uso que el Ejecutivo realice de la facultad a que se refiere el artículo 131 constitucional.<sup>1290</sup>

La Constitución de la República establece una relación directa entre las fracciones de los órganos legitimados para interponer las acciones y el tipo de normas generales sujetas a control,<sup>1291</sup> que puede esquematizarse de la siguiente manera:

<sup>1287</sup> Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1273, pp. 349 y 350.

<sup>1288</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 120; Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1273, p. 360, y nota 1276, p. 31.

<sup>1289</sup> Así lo hacía ver Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, pp. 22-26.

<sup>1290</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>1291</sup> Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1277, p. 243. De la misma forma Fix-Zamudio, Héctor, “Significado actual del control constitucional en México”, *cit.*, nota 1254, p. 238.

- a) La fracción legitimada de la Cámara de Diputados puede impugnar leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión. No puede, sin embargo, impugnar leyes expedidas por las cámaras en uso de facultades exclusivas.
- b) La fracción legitimada de la Cámara de Senadores puede impugnar leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. No puede impugnar leyes expedidas por las cámaras en uso de sus facultades exclusivas, con excepción de los tratados internacionales, que por disposición del artículo 76, fracción I, de la Constitución, es facultad exclusiva del propio Senado de la República.
- c) La fracción legitimada de las legislaturas estatales puede impugnar las leyes expedidas por el propio órgano.
- d) La fracción legitimada de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal puede impugnar leyes expedidas por la propia Asamblea.
- e) A partir de la reforma de agosto de 1996, también los partidos políticos pueden impugnar, a través de sus dirigencias, y si cuentan con registro ante el Instituto Federal Electoral, la constitucionalidad de las leyes electorales federales o locales; las dirigencias de los partidos políticos que cuenten con registro estatal pueden impugnar únicamente las leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del estado que les otorgó el registro. El artículo 105 señala que la acción de inconstitucionalidad es “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución...”. Esto nos lleva a dos conclusiones: primero, que se excluye la posibilidad de que se utilicen las vías de la controversia constitucional o del juicio de amparo para plantear posibles contradicciones entre las normas electorales y la Constitución, y, segundo, que con excepción del procurador general de la República, los partidos políticos tienen una posición privilegiada, ya que cuentan con una legitimación en la materia “sea de manera directa a través de sus dirigencias nacionales o indirectas a través de sus fracciones parlamentarias”.<sup>1292</sup> Es importante señalar que con la reforma de 1996 las leyes electorales dejaron de ser inimpugnables, lo que implicó romper, como escribe Brage, “con una larga tradición de inimpugnabilidad constitucional de las leyes electorales, situación que constituía una clara laguna,

<sup>1292</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1286, p. 1070.

tan profunda como lamentable, en la supremacía constitucional”.<sup>1293</sup> La importancia de la materia electoral se hace patente en el número de acciones de inconstitucionalidad promovidas. El ministro Ortiz Mayagoitia nos informa que de agosto de 1996 y hasta el 30 de junio de 2001 se habían interpuesto 117 acciones de inconstitucionalidad, de las cuales 84 versaron sobre la materia electoral, lo que representa el 71% del total, y 77 de ellas fueron incoadas por los partidos políticos.<sup>1294</sup>

Como se observa, y esto resulta ser muy importante porque en realidad podría ser de otra forma, el objeto de control, las normas que pueden ser sujetas a control, está limitado en relación con el órgano que expidió la norma respectiva. Las minorías de determinado órgano legislativo únicamente pueden impugnar las normas aprobadas por el órgano al que pertenecen. La excepción a la regla de la necesaria relación entre la norma a impugnar y el órgano del cual emana la misma, es el caso del procurador general de la República, quien puede impugnar leyes federales, estatales y del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, y los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. El procurador, como no está vinculado a ningún órgano creador de normas ni es emisor de las mismas, puede impugnar “cualquier norma general de los ámbitos indicados a la cual pueda dársele el carácter de ley, incluyendo aquellas que fueren emitidas en uso de facultades extraordinarias para legislar (artículos 29 y 131 constitucionales)”.<sup>1295</sup>

En virtud de que el artículo 105 de la Constitución se refiere a leyes aprobadas formalmente por los órganos legislativos, no pueden ser impugnadas por este medio, como dice Fix-Fierro, las leyes expedidas por los poderes ejecutivos en uso de facultades extraordinarias o delegadas para legislar que sí pueden ser impugnadas a través del amparo. No han faltado propuestas en el sentido de hacer impugnables este tipo de normas

<sup>1293</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1243, p. 131.

<sup>1294</sup> Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., “El control constitucional en materia electoral”, *Elecciones y justicia en España y México*, p. 529; *id.*, “El control constitucional de las leyes electorales”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 1273, pp. 469 y 470; Román Palacios, Humberto, “La Suprema Corte de Justicia como garante de la democracia mexicana”, *VIII Encuentro de los Presidentes y Magistrados de las Cortes y Salas Constitucionales de América Latina*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, p. 154.

<sup>1295</sup> Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1286, p. 1069.

a través de las acciones de inconstitucionalidad justificando las mismas en el carácter general que tienen.<sup>1296</sup> Tampoco pueden ser impugnadas por este medio los reglamentos administrativos ni actos concretos de aplicación de normas generales, pero sí pueden ser objeto de las mismas el decreto de suspensión de garantías durante los estados de emergencia y las leyes emitidas en uso de facultades extraordinarias. Hay que decir también que la circunstancia de que la ley reglamentaria disponga que la impugnación de las leyes generales sólo procede treinta días después de publicada la norma hace imposible la existencia de omisiones absolutas, pero “sí puede darse una inconstitucionalidad por omisión parcial o en sentido relativo una vez que la norma se hubiere publicado”.<sup>1297</sup>

#### *A. Las leyes de reforma constitucional*

En el derecho mexicano no procedía, a través del juicio de amparo, la impugnación de las reformas constitucionales. Esto era así porque se consideraba que la expresión “leyes” contenida en los artículos 103 y 107 de la Constitución no comprendía a la ley suprema, ya que ello implicaría confundirla con las leyes ordinarias. No procedía la impugnación ni siquiera por vicios de forma, es decir, por violaciones cometidas en el proceso de formación de la reforma constitucional. Además, la misma Corte ha sostenido, reiteradamente, la tesis que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas prevalece sobre la demás, por lo que ninguna puede ser inconstitucional. No podía haber reformas constitucionales inconstitucionales porque toda reforma pasaba a formar parte de la carta magna, y las normas aprobadas adquirirían la misma jerarquía que las demás, sin que fuera posible la existencia de contradicciones entre las mismas.

En 1996, sin embargo, la Corte declaró que es posible impugnar, a través del juicio de amparo, el procedimiento de reforma constitucional, extendiendo, ella misma, el objeto de control al procedimiento de reforma. Este criterio ha ocasionado que algunos autores pugnen por extender el control a la inconstitucionalidad material de las reformas constitucionales,

<sup>1296</sup> Reyes Reyes, Pablo Enrique, *La acción de inconstitucionalidad*, México, Oxford, 2000, p. 156.

<sup>1297</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1286, p. 1069.

proponiendo que “en caso de que un artículo, surgido de una reforma constitucional realizada a través del procedimiento que marca el artículo 135 de la ley fundamental, no esté en concordancia con ella sino que por el contrario, pugne con sus valores y principios” sea considerado viciado de inconstitucionalidad.<sup>1298</sup> Si se reconoce que el órgano reformador es un poder sometido a límites, el control judicial de la reforma es ineludible. Además, se sostiene, al ser una ley el producto de la reforma constitucional es procedente la intervención judicial mediante el juicio de amparo, aunque no lo señalen la Constitución, la Ley de Amparo ni la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. La competencia de la Corte en esta materia se apoyaría en una atribución implícita derivada del carácter normativo de la Constitución.<sup>1299</sup>

En materia de controversias constitucionales, dice Cossío, las reformas constitucionales no pueden fungir como objeto porque el poder revisor de la Constitución no tiene el carácter de parte en estos recursos. De ninguna de las fracciones del artículo 105 constitucional, afirma, “puede desprenderse la posibilidad de que el poder revisor en su conjunto pueda ser parte en un proceso. En el mismo sentido, no parece posible llevar a cabo la fragmentación del órgano complejo de revisión a efecto de hacer parte a uno solo de los órganos simples que lo componen...”. Sin embargo, en un trabajo posterior, el mismo autor señala que puede cuestionarse la constitucionalidad de las reformas constitucionales mediante el planteamiento de las controversias *por vicios de forma*, es decir, por violaciones de carácter estrictamente formal, como también sostienen, Fix-Zamudio, apoyándose en las disposiciones de otros ordenamientos latinoamericanos,<sup>1300</sup> y Arteaga Nava, quien fundamenta su aserto en que la fracción I del artículo 105 estipula que las controversias proceden contra disposiciones generales, dentro de las que deben incluirse las reformas constitucionales.

<sup>1298</sup> Rodríguez Vásquez, Miguel Ángel, “¿Es posible que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido?”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, UNAM, 1997, p. 296.

<sup>1299</sup> Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “La inconstitucionalidad de algunas reformas constitucionales”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, México, núm. 5, 1997, pp. 127 y 132.

<sup>1300</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1277, p. 238, y nota 1273, p. 349; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, p. 222.

En materia de acciones de inconstitucionalidad, resulta difícil imaginar la posibilidad de ejercerla con motivo de los vicios de una reforma constitucional, ya que, primero, el constituyente permanente no se identifica con los órganos cuyos integrantes pueden llevar a cabo una impugnación y, segundo, porque la reforma no resulta equiparable a una ley.<sup>1301</sup>

Sin embargo, se acepta casi unánimemente que a través de este proceso sean impugnadas las reformas constitucionales para analizar si han cumplido con los requisitos que la propia Constitución establece para su reforma. Arteaga Nava justifica la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra una reforma constitucional considerando que

Una reforma a la carta magna es una de las formas en que se manifiesta la actividad legislativa; en defensa del principio de supremacía constitucional, la fórmula *leyes federales*, para los efectos de su impugnación a través de esa vía, debe ser considerada como amplia, que comprende o está referida a toda clase de *normas de carácter general*, sin importar que se trate de una ley federal ordinaria o de una enmienda constitucional.<sup>1302</sup>

Incluso, parte de la doctrina, después de aceptar la posibilidad de que mediante una reforma constitucional se introduzca una norma inconstitucional, sugiere que la acción de inconstitucionalidad funcione como mecanismo de control de constitucionalidad de la actividad del Poder Constituyente Permanente, tanto por lo que se refiere a la forma como al fondo de las reformas y adiciones.<sup>1303</sup>

La justificación de la necesidad de controlar la reforma de la Constitución y aceptar la posibilidad de que existan reformas constitucionales inconstitucionales está en el reconocimiento de que el órgano reformador “tiene límites en su competencia y que estos límites están dados por los principios, valores y normas, que configuran la identidad de la Constitución y cuya alteración sustancial produciría la destrucción total o parcial de la Constitución”. En virtud de estos límites, este órgano debe estar sometido al control judicial “tanto en sus aspectos procesales como en los sustanciales de su actividad”, porque “aunque el órgano reformador haya

<sup>1301</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1273, p. 362.

<sup>1302</sup> Arteaga Nava, Elisur, “El amparo Camacho. La impugnación de una reforma constitucional”, *Alegatos*, México, núm. 46, 2000, p. 517.

<sup>1303</sup> Siguiendo a González Schmal así lo propone, Reyes Reyes, Pablo Enrique, *op. cit.*, nota 1296, p. 158.

guardado las formas procesales, si destruye los valores y los principios sustanciales de la Constitución, estaremos ante la presencia de un fraude a la Constitución”.<sup>1304</sup>

Es importante recordar que el criterio tradicional en esta materia, acorde con una concepción formal del principio de supremacía constitucional, siempre fue que no era posible, “ni siquiera por medio de una reforma constitucional, establecer la facultad de los tribunales de decidir sobre el fondo de la compatibilidad de las modificaciones constitucionales con los principios, valores o preceptos de la carta fundamental”.<sup>1305</sup> Sin embargo, como hemos dicho antes, parte de la doctrina comienza a sostener, cada vez con más profusión, que el poder reformador de la Constitución tiene límites al desarrollar su actividad y que éstos conforman las decisiones políticas fundamentales referidas básicamente a la organización política del Estado y su funcionamiento y, especialmente, a los derechos fundamentales, por lo que no se pueden reformar o suprimir aspectos consagrados en la Constitución que atenten contra la libertad y dignidad del ser humano. En virtud de lo anterior, sería inconstitucional, se dice, cualquier reforma que suprimiera alguno de estos principios o valores básicos del ordenamiento y, por tanto, procedente algún medio de control constitucional.

### *B. Las cuestiones políticas*

Durante muchos años, en gran parte por la influencia de la jurisprudencia estadounidense, dominó la idea de que la Suprema Corte no podía inmiscuirse en cuestiones políticas. Bajo el influjo de Vallarta, que controvertió en este tema, principalmente, con José María Iglesias, personajes que poseían “dos concepciones distintas de los alcances del control de constitucionalidad y de las funciones que le corresponde desempeñar a la Corte de Justicia”,<sup>1306</sup> el Poder Judicial aceptó la tesis de la “incompetencia de origen”, que sostenía que la protección constitucional no abarcaba la legitimidad de las autoridades, sino sus atribuciones, lo que produjo la

<sup>1304</sup> González Schmal, Raúl, “¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 345-347.

<sup>1305</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 206.

<sup>1306</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 87.

no justiciabilidad de estas cuestiones. Iglesias, a raíz del famoso “amparo Morelos” (1874), sostuvo la procedencia del amparo contra actos de autoridades ilegítimas, y, por tanto, la posibilidad de que la Corte interviniera en asuntos de carácter político electoral. Desde su perspectiva, para que una autoridad pudiera dictar una disposición legal o un acto, debía tener facultades expresas y haber sido electa o designada de manera legítima. La Corte señaló en la ejecutoria correspondiente a dicho amparo que “la incompetencia por ilegitimidad, ó por falta de todo título legal, que con razón se ha llamado *incompetencia* absoluta, debe entenderse comprendida lo mismo que cualquiera, en el artículo 16 de la Constitución, puesto que él no hace distinción ni excepción alguna”. Como se desprende de este texto, la legitimidad era considerada “requisito previo de la competencia”, y el juicio de amparo el único recurso para que “las falsas autoridades, las ilegítimas, las usurpadoras, cesen en el ejercicio de las funciones que no les competen”. Como señala Fix-Zamudio: “la exigencia de la legitimidad de las autoridades para expedir la ley o el acto reclamados, implicaba que su competencia no sólo era funcional, sino también originaria, y de ahí el nombre de la institución, como *incompetencia de origen*”.<sup>1307</sup> No es necesario decir mucho para comprender la franca intención política de esta tesis y las posibilidades de intervención que otorgaba a la Corte en el ámbito político.

Vallarta, por su parte, en el voto particular suscitado en el amparo “León Guzmán” (1878), y, posteriormente, en el amparo promovido por Salvador Dondé (1881), basándose en la distinción entre legitimidad y competencia, entre autoridad competente y autoridad legítima, y señalando que para la impugnación de ambas debían conocer autoridades diferentes, excluyó de la competencia de la Corte la posibilidad de juzgar la ilegitimidad de las autoridades, “sencillamente porque no tiene facultad

<sup>1307</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos”, *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, p. 22. “Resulta evidente que el ilustre magistrado José María Iglesias confundió el *concepto político de legitimidad* de los funcionarios contra los cuales se promovía el amparo, con el *estrictamente jurídico de competencia*, que es el regulado por el citado precepto constitucional”. “La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo”, en *La Suprema Corte y el pensamiento jurídico*, *cit.*, p. 141. Para algunos autores esta tesis es muestra de la repercusión política que puede tener el juicio de amparo, es más, “demuestra que una Corte fuerte y en manos de la ambición, en un entorno de debilidad institucional e inestabilidad política, puede llegar a convertirse en un actor político de peso que pone en riesgo la estabilidad del país”. González Compeán, Miguel y Bauer, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena, 2002, p. 80.

expresa para ello” y “su poder de interpretación no puede, pues, invocarse nunca, para ensanchar según su criterio el círculo de sus propias facultades”. Desde su punto de vista, era inconveniente que los tribunales conocieran y decidieran asuntos políticos que tenían otra vía natural de solución, “porque ello equivaldría a la intervención de los tribunales en la política activa”.<sup>1308</sup> En relación con este tema escribió con vehemencia:

El que cree ilegítimo a un presidente, a un Congreso, a un Gobernador, a una Legislatura, no puede ir ante los Tribunales entablando una demanda contra ellos, aunque esa demanda sea de amparo, sino que debe ocurrir ante el Colegio Electoral, que revisa y computa los votos, que aprecia las causas de nulidad de la elección y que resuelve definitiva y finalmente sobre la validez del acto político.

Si se analizaban las cuestiones políticas a través del juicio de amparo, se politizaría este recurso, se desnaturalizaría al Poder Judicial que debía moverse únicamente en el ámbito de lo jurídico, y se ocasionaría que la “pasión política” se introdujera en la Corte, desvirtuándose sus funciones y produciéndose la subordinación de los otros poderes a su voluntad. Como con gran agudeza observa Terrazas Salgado, para Vallarta, las cuestiones político electorales no podían revestir formas judiciales, debido a que estas materias incidían en las relaciones políticas de los poderes públicos, “y sostener lo contrario implicaría desnaturalizar al Poder Judicial y subvertir el orden constitucional”<sup>1309</sup> basado en el principio de la división de poderes. “La razón pura condena que el Poder Judicial usurpe las funciones políticas de los otros dos departamentos de gobierno, rompiendo la base de la división de poderes, como decía Marshall, base fundamental de nuestras instituciones”. El triunfo y aceptación de la “tesis Vallarta”, implicó, al decir de González Oropeza, una barrera entre la política y el derecho y una forma de autolimitación del Poder Judicial;<sup>1310</sup>

<sup>1308</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>1309</sup> Terrazas Salgado, Rodolfo, “El juicio de amparo y los derechos político-electorales”, en Ferrer Mc-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional, cit.*, nota 1273, p. 269; Ojesto Martínez, J. Fernando, “Evolución de la justicia electoral en México”, *Derecho político en México en la segunda mitad del siglo XX*, México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 170-177.

<sup>1310</sup> González Oropeza, Manuel, “La zaga de los derechos políticos en México”, en Moctezuma Barragán, G. (coord.), *Derecho y legislación electoral*, México, Porrúa, 1999, p. 46.

pero también hay que reconocer con Fix-Zamudio, permitió que la Corte conservara, en una época difícil en nuestra historia, una independencia relativa, y evitó posibles enfrentamientos entre órganos de gobierno.

El Congreso Constituyente de Querétaro también excluyó del conocimiento de la Suprema Corte las cuestiones políticas, bajo los argumentos de Hilario Medina, quien sostuvo que las mismas “mancharían a la Corte” y la desviarían de su función eminentemente técnica. Los años siguientes a la Constitución de 1917 fueron de consolidación de la misma tesis. En 1927, en torno del denominado “caso Guanajuato”, la propia Corte afirmó que no podía constituirse en árbitro de cuestiones netamente electorales, y que decidir quién era autoridad electa era un asunto político no justiciable. Carrillo Flores comenta que incluso después de los problemas políticos que surgieron en el país en 1935, nuestro máximo tribunal tuvo que insertar un aviso en el *Semanario Judicial de la Federación* que decía:

El desconocimiento de una persona como gobernador constitucional de un Estado, por parte del Ejecutivo Federal o el reconocimiento de ese carácter, a favor de otra persona, son *actos de índole estrictamente política* que no pueden dar lugar a juicio de amparo, por no estar comprendidos en las disposiciones de los artículos 103 de la Constitución Federal y 1 de la Ley de Amparo.

En 1936 se consagró, en el artículo 73, fracciones VII y VIII de la Ley de Amparo, la improcedencia de éste contra las resoluciones o declaraciones de organismos o autoridades en materia electoral. Esta norma sirvió también para fijar la distinción entre derechos políticos y derechos individuales y considerarlos de naturaleza jurídica distinta y, por tanto, como normas que debían ser protegidas con diversas formas de garantía y a través de distintas autoridades. La misma Corte señaló que la violación de derechos políticos no daba lugar a juicio de amparo porque no eran garantías individuales o derechos humanos, sino derechos especiales otorgados únicamente a los mexicanos. Este criterio, que se convirtió en jurisprudencia obligatoria y dio lugar a la falta casi absoluta de protección de los derechos políticos, especialmente los electorales, fue aceptado por la mayoría de los tratadistas de derecho constitucional en el país bajo el argumento de que así se evitaría la politización y distorsión del juicio de amparo, y se conservaría la integridad del principio de legalidad y la

independencia de la Corte. Parecía existir, en lo mejor de la doctrina, una clara y casi unánime concepción de la Constitución y del régimen político que se quería implantar. Así, en opinión de Carrillo Flores, en nuestro país no se aceptaba la participación de los jueces en los procesos políticos no por razones lógicas, como había señalado Rejón, sino porque el fenómeno político correspondía al dominio de las ciencias naturales, en tanto que el derecho, al mundo de la cultura. “Acercar la realidad de la política al ideal del derecho es nobilísima y urgente tarea, pero nada se aventaja sustituyendo con una ley, y menos con una sentencia, lo que debe ser fruto de un esfuerzo colectivo largo y tenaz”. Con mayor claridad, en 1975 afirmó: “la acción decisoria del Poder Judicial no puede interferir, ni menos sustituir, a la de los cuerpos a quienes corresponde calificar los procesos electorales”. El trasfondo de esta afirmación provenía de una determinada concepción de la democracia:

la mejoría de los procesos políticos en un régimen democrático es —en contra de lo que pensó ingenua o muy prematuramente Iglesias— también una tarea de orden político: es la ciudadanía quien debe incitar a los poderes políticos por excelencia, para que hagan posible la mayor participación del pueblo en el funcionamiento de la democracia, inclusive en la vida interior de los partidos... sería malo que la Corte se convirtiera en centro de luchas saludables y necesarias, pero que deben librarse en otros palenques.<sup>1311</sup>

La exclusión del Poder Judicial de las “cuestiones políticas” lo mantuvo alejado de algunos de los temas más importantes de la vida del país. Al día de hoy sigue sin proceder el juicio de amparo cuando se trate de derechos políticos, pero se vislumbra en la jurisprudencia de la Corte una tendencia a su protección, aunque sea sólo, como se afirmó en el amparo en revisión 1334/98, cuando “también entrañe la violación de derechos subjetivos públicos”. Sin embargo, es preciso decir que los derechos políticos de carácter electoral ya no están exentos de protección jurisdiccional: se ha construido un “sistema integral de medios de impugnación

<sup>1311</sup> Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, pp. 145-149. En otro trabajo este autor señala que si bien se puede considerar a la Corte como “elemento coadyuvante de nuestras instituciones políticas”, los jueces “jamás podrán sustituir a los partidos políticos y a una ciudadanía vigilante... Siempre habrá decisiones que la Constitución, tanto la formal como la real, exijan que sea de naturaleza política, es decir, que su validez no esté condicionada al cumplimiento de una norma legislativa”. *Op. cit.*, nota 1266, p. 346.

en materia electoral” a través del cual se controla la constitucionalidad y legalidad de todos los actos y resoluciones de autoridades electorales federales y locales.

En un proceso que parte de 1977 se han creado recursos que tienden a la protección de dichos derechos políticos electorales. Primero, el recurso de reclamación, que procedía contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, significó, aun con sus importantes limitaciones en cuanto al carácter no vinculante de sus resoluciones, otorgar a la Corte la facultad de intervenir en cuestiones electorales, lo que implícitamente significó “un deber de actuación en la vida política del país”. En 1986 se creó el Tribunal Electoral, órgano administrativo especializado con competencia para conocer de las cuestiones de carácter político electoral, siendo determinante en su constitución la idea de salvaguardar el prestigio y las facultades constitucionales de la Corte. La actuación de este Tribunal demostró, dice Ojesto, que “la solución de controversias electorales no era cuestión política, sino jurisdiccional” dando lugar a que en 1990 se creara un verdadero órgano jurisdiccional autónomo. En 1993 se suprimió el sistema de autocalificación que poseían las cámaras del Congreso de la Unión, y se dotó a las resoluciones del Tribunal Federal Electoral de carácter definitivo e inatacable.

En 1996 se judicializó definitivamente la resolución de los conflictos electorales, mediante la inclusión del Tribunal Electoral en el Poder Judicial y la creación de diversos medios a través de los cuales se controla la constitucionalidad de las leyes y actos electorales estableciéndose las bases de un verdadero “sistema mexicano de justicia constitucional en materia electoral”. Así se creó, con el fin de proteger los derechos políticos electorales individuales, una materia política clásica, un instrumento procesal específico denominado “juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, que se interpone por el ciudadano que se considera lesionado en sus derechos político electorales, ante las salas del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y que funciona, como enseña Fix-Zamudio, como instrumento paralelo al juicio de amparo en su función de protección de los derechos humanos.<sup>1312</sup> Si consideramos lo que dijimos antes, sobre la tradicional improcedencia del juicio de amparo en materias políticas, puede entenderse la importancia de la consagración de este instrumento procesal. Antes de él no existía ningún instrumento procesal que tuviera como objeto proteger

<sup>1312</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1291, p. 239.

los derechos políticos de carácter individual. Esto ha llevado al Poder Judicial a modificar paulatinamente su jurisprudencia y considerar justiciables cuestiones que antes no lo eran por su naturaleza política.<sup>1313</sup>

En el mismo año de 1996 se consagró en el artículo 99 constitucional el “juicio de revisión constitucional electoral”, para establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales de las entidades federativas. La implantación de este juicio es de relevancia, pues no existe otro procedimiento por el cual se puedan combatir los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan la Constitución. No puede olvidarse tampoco que en este mismo año se reformó el artículo 105 constitucional con objeto de que la Corte pudiera conocer de acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes electorales y legitimar a los partidos políticos para realizarlo, lo que vino a poner

decididamente en tela de juicio la vieja tesis de que la Suprema Corte no debe intervenir en cuestiones electorales, pues, sea como sea, el definir a través de la acción de inconstitucionalidad la conformidad de una ley electoral con la propia Constitución general de la República, evidentemente, es una facultad de naturaleza política, sobre todo si tomamos en cuenta que son los partidos políticos quienes más hacen uso de esta acción.<sup>1314</sup>

Este sistema de medios de impugnación en materia electoral que, como hemos señalado antes, conforma un sistema integral de control de constitucionalidad de “todas y cada una de las leyes y normas generales electorales al igual que de la constitucionalidad de todos y cada uno de los actos y resoluciones de las autoridades electorales” federales o locales, ha permitido afirmar a Ortiz Mayagoitia que la vieja tesis de Vallarta “hoy por hoy, ha dejado de ser útil”.<sup>1315</sup>

<sup>1313</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>1314</sup> Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., *op. cit.*, nota 1294, p. 458.

<sup>1315</sup> La procedencia del amparo como instrumento de control constitucional es genérica por su objeto de protección y, por lo tanto, cualquier acto que se pretenda excluir de dicho control tiene que estar consignado mediante texto expreso de la propia Constitución. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 134 y 139.

### 5. *El órgano y los procedimientos de control*

Si atendemos a la tradición jurídica mexicana y a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución de la República, el sistema de control constitucional en México es de carácter difuso; incluso así lo afirmó la Corte en sus criterios originales sobre esta cuestión.<sup>1316</sup> Este artículo establece el denominado “control federal”, que impone, a efecto de lo que ahora nos interesa destacar, la subordinación de las Constituciones y leyes de los estados a la ley suprema de toda la Unión, compuesta por la propia Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales. El mismo artículo señala que los jueces de los estados se arreglarán a la ley suprema a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en los ordenamientos locales, lo que indica que en el momento de aplicar una ley local, se tiene que verificar su correspondencia con las normas superiores y dar preferencia a éstas en caso de que exista una contradicción.

Ésta, que podría ser la lectura literal del precepto citado, no es la interpretación dominante en nuestro medio, principalmente porque se ha considerado que dicho sistema es “técnicamente inaplicable”. Desde hace varios años se ha sostenido la tesis de que únicamente las autoridades que forman parte del Poder Judicial Federal pueden ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución y de una interpretación sistemática del mismo texto básico. En sentido negativo esto significa que no todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Al respecto, la Corte ha sostenido que “aun en el caso de que un juez de una entidad federativa, frente a una ley local que estimara inconstitucional, se abstuviera de aplicarla para arreglar tales preceptos a la Constitución Federal, esta abstención no tendría los alcances de una declaración sobre la inconstitucionalidad de una ley, más allá del ámbito del procedimiento en que interviene”. La declaración de inconstitucionalidad es competencia exclusiva de los tribunales federales, y los tribunales locales y cualquier otro tribunal carecen de esta facultad.

<sup>1316</sup> Así lo subraya citando una ejecutoria de la Corte, de 1919, Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, nota 124, pp. 110 y 111. De la misma forma, Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1239, pp. 125-128.

La propia Corte ha señalado recientemente que:

El artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto. (74/99).

Precisamente, debido a que en el control de constitucionalidad, la función de justicia constitucional está limitada a los tribunales que forman parte del Poder Judicial Federal, se sostiene que en nuestro país existe un sistema mixto de control de constitucionalidad: concentrado “en tanto lo ejercitan con exclusividad el Poder Judicial de la Federación”, y difuso, “al corresponder a los distintos órganos que componen ese poder, *i. e.*, el Tribunal pleno y las salas de la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados, unitarios de circuito y los jueces de distrito”.<sup>1317</sup> La inaplicación en México de un exclusivo control difuso, aunque se ha escrito a su favor (Martínez Báez, Fraga, entre otros) se debe a dos razones, principalmente, según Fix-Zamudio: por un lado, a

la desconfianza que todavía subsiste en la idoneidad de los jueces locales, no obstante que han cambiado las circunstancias que originaron esa falta de confianza, y por la otra, en el temor de dichos juzgadores para avocarse a dichas cuestiones, que tradicionalmente se han considerado dentro de la esfera de los tribunales federales por conducto del derecho de amparo.<sup>1318</sup>

Con respecto a este tema, en la jurisprudencia de la Corte se denota un excesivo respeto al principio de división de poderes, y la clara intención de establecer límites a la facultad de control ejercida por los poderes judiciales locales, los órganos administrativos que realizan actos de naturaleza jurisdiccional y al mismo Poder Judicial Federal, además de que se aprecia

<sup>1317</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1277, p. 229. En esto insiste Orozco Henríquez, J. Jesús, “Los procesos electorales y el Tribunal Electoral”, en *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, p. 448. Hay autores que señalan esta característica como una de las causas de que la función de defensa de la constitucionalidad ha sido tan “modesta” durante muchos años.

<sup>1318</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, p. 211.

una imbricada interpretación de los textos constitucionales. Hay que destacar también que nuestro máximo tribunal no sólo ha declarado que la Constitución no otorga a todos los órganos judiciales facultades de control constitucional, únicamente al Poder Judicial Federal, sino también que esta facultad se ejerce sólo a través del juicio de amparo que, como se sabe, es un “juicio de fisonomía singular”, donde la posible declaración de inconstitucionalidad “se rodea de una serie de precauciones y de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con los demás poderes”. De esta forma, la inconstitucionalidad de una ley únicamente podía ser declarada por un órgano y a través de un procedimiento constitucional configurado de tal manera que no existía peligro para que se produjera algún exceso en sus funciones en perjuicio de otros poderes, ya que éste requiere para poder ejercerse de requisitos tales como la existencia de un agravio personal, actual, directo y objetivo, la violación a las garantías individuales, el agotamiento de los medios ordinarios de impugnación, produce sólo efectos particulares, no abarca cualquier motivo de invalidez de las leyes contrarias a la Constitución, entre otras. Como señalaba Martínez Báez:

La consecuencia lógica de esta práctica y de la doctrina que la informa, es el monopolio de todas las cuestiones constitucionales en manos del Poder Judicial de la Federación, así como la exclusividad del juicio de garantías individuales o de amparo para tratar, dentro de su limitada estructura y particular finalidad, todas las posibles extralimitaciones o desvíos de las reglas jurídicas secundarias.

La justificación de esta construcción jurídica se basó en la idea de que el principio de división de poderes impide a los órganos judiciales controlar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y que únicamente se puede ejercer esta competencia si se encuentra establecida en la propia Constitución. Es decir, se parte de que los órganos judiciales no pueden llevar a cabo, por sí mismos, el control de constitucionalidad de las leyes, ésta tiene que ser una competencia expresa, y como tal debe estar consagrada a favor de un órgano en la carta fundamental. Partiendo de esta interpretación se afirma que el artículo 103 constitucional otorga facultad exclusiva a los tribunales federales para decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, y, por tanto, excluye de la misma a los tribunales locales u otros de tipo administrativo.

Claro está que se han vertido sólidas opiniones contrarias a esta interpretación; por ejemplo, Martínez Báez señala que no hay alguna norma constitucional “que erija al juicio de amparo en el monopolizador de la virtud de la defensa de la Constitución”, por lo que sería correcto reconocer

que corresponde a cualquier juez la tarea de aplicar en la resolución de los conflictos que la sometan a su conocimiento, las normas jurídicas conducentes, y en caso de que la norma inmediata que reclama su aplicación al caso, sea antinormativa, esto es, contraria a una ley fundamental que le es superior, debe aplicarse preferentemente la de grado más valioso y dejar de cumplirse la subordinada o secundaria.

La definición del derecho aplicable al caso compete naturalmente a todo juez y debe realizarse en todo proceso “por lo que es infundado el principio que la aplicación preferente de las normas superiores con relación a las reglas secundarias corresponda exclusivamente a los jueces federales y ello solamente dentro del procedimiento de amparo”.<sup>1319</sup> Lo que ha provocado la interpretación dominante, dice el propio Martínez Báez, es la “desfiguración de los textos” y, en primer lugar, del artículo 133, que no establece de ninguna forma el control de constitucionalidad de las leyes, sino el “control federal”, cuyo objetivo es hacer efectiva la supremacía del ordenamiento jurídico federal sobre las Constituciones y leyes de los estados. En virtud de lo anterior, y esto es lo que a nosotros nos interesa ahora destacar, puede comprenderse la limitación que implicaba para el sistema mexicano que el único medio de control de constitucionalidad de las leyes fuera, hasta antes de la reforma de 1994, el juicio de amparo.

Lo anterior no significa que antes de esa fecha el juicio de amparo fuera el único medio de control de constitucionalidad, pero sí que era el único efectivo. Como subraya Fix-Zamudio, hasta las reformas de inicios de los años noventa, de los cuatro instrumentos de control constitucional consagrados en la Constitución de 1917, todo el peso de la tutela de las normas fundamentales estaba concentrado casi exclusivamente en el derecho de amparo, porque, precisamente, éste era, realmente, la única vía procesal de control que funcionaba en México. Por ello se pudo hablar

<sup>1319</sup> Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, 1942. Tomado de la obra de Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, nota 124, pp. 400 y ss.

del “raquitismo de los medios de defensa de la Constitución distintos del amparo”. Esta “máxima institución procesal” está constituida por una “federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica” y “fuertes matices que los singularizan y los distinguen”. Fix habla de cinco funciones diversas: “puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria”. Los otros instrumentos de justicia constitucional consignados en nuestra ley fundamental no eran aplicados, como el juicio político, o lo habían sido de forma esporádica, como las controversias constitucionales.<sup>1320</sup>

Ahora bien, es necesario considerar, para comprender la trascendencia de los cambios ocurridos en los últimos años que, como lo hemos dicho antes y como enseñó Tena Ramírez, el juicio de amparo en México no está ideado como “un sistema de defensa directa de la constitucionalidad, sino de defensa primordial del individuo frente al Estado, que se resuelve en defensa secundaria y eventual de la Constitución”. Es decir, el amparo no es un control constitucional completo y auténtico, está al servicio del individuo y no al directo de la Constitución. Su misión es, como decía el mismo Tena, defender primordialmente al individuo, y sólo indirecta, secundaria y limitadamente a la Constitución.

El amparo no es por su naturaleza control de constitucionalidad, sino defensa del individuo, “no es sino defensa secundaria e indirecta de la Constitución, por cuanto en ésta se hallan consignados aquellos derechos; pero el juicio de amparo no llena, ni puede llenarlo, el vacío que existe en nuestro derecho público tocante a una defensa directa y general de la Constitución”.<sup>1321</sup>

<sup>1320</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1291, p. 263. Una de las propuestas básicas del maestro Fix-Zamudio es que en la nueva Ley de Amparo se contenga el reconocimiento de que el juicio de amparo está integrado por varios procesos cada uno con sus características propias. Por ello su propuesta se encamina a modificar el formato actual de la Ley de Amparo para regular de forma específica y clara los procesos que integran el juicio de amparo. Para esto véase “Hacia una nueva Ley de Amparo”, en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, pp. 329 y ss.

<sup>1321</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 27a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 512.

Este instrumento de control únicamente protege los derechos individuales de las personas, no la totalidad de la Constitución; incluso la doctrina mexicana, con base en esta concepción, señalaba que no existían diversas clases de acciones de amparo y que ésta era una y única. “Sólo existe, dice Juventino Castro, una única acción de amparo, y un solo proceso dentro del cual plantearla y obtener su resolución”.

Con la reforma de 1994 “el tradicional juicio de amparo ha dejado de tener el monopolio de la defensa de la Constitución, al consolidarse un sistema integral de instrumentos procesales para su tutela”.<sup>1322</sup> Esto es sumamente importante para el derecho mexicano si recordamos que desde 1841, con la Constitución del estado de Yucatán, se previó aquél como el método ideal y casi único de control constitucional. A partir de 1994 se reforzó el control constitucional creándose cuatro garantías adicionales a la ya existentes. Como señala Fix-Zamudio, estos instrumentos de reciente introducción han vigorizado considerablemente la función de solución de conflictos constitucionales<sup>1323</sup> e impactado fuertemente, escribe Gudiño, en el desarrollo y en la experiencia del control de constitucionalidad en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, hay quienes encuentran todavía insuficiencias en este sistema de control. Por ejemplo, Brage Camazano ha echado de menos que no se halla previsto un control previo de constitucionalidad en el caso de los tratados internacionales. Dice que en los sistemas más avanzados de justicia constitucional se prevé para estas normas dicho control previo, que en ocasiones concurre con otro control posterior, que permite evitar muchos de los inconvenientes que se derivan del control exclusivamente a posteriori de la constitucionalidad de las normas internacionales.<sup>1324</sup>

Nos ocuparemos a continuación sólo de dos procesos de control constitucional: las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, como lo hemos venido haciendo en el desarrollo de este capítulo. Las acciones de inconstitucionalidad han sido consideradas “la mayor novedad” en el ordenamiento mexicano y una de las “reformas más dramáticas” a la jurisdicción original de la Suprema Corte. Su in-

<sup>1322</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 607, p. 57.

<sup>1323</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, pp. 263 y 264.

<sup>1324</sup> Brage Camazano, Joaquín, “El control abstracto de la constitucionalidad de las leyes en México”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 607, pp. 320 y 321.

roducción representa la aceptación de fórmulas propias del control abstracto de constitucionalidad, mismo que, como subraya Fix-Zamudio, no tiene antecedentes en nuestro orden jurídico y, a diferencia de otras garantías procesales, no proviene del modelo estadounidense, sino del derecho constitucional europeo donde surgieron, producto de la visión kelseniana, para otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar las disposiciones aprobadas por la mayoría. Por ello se asegura que estas acciones son “un instrumento importante para otorgar garantías jurídicas a la oposición, a fin de que pueda participar más activamente en las decisiones políticas de gobierno, según el principio de la “oposición política garantizada”.<sup>1325</sup> Esto significa que su introducción en el ordenamiento otorga a los congresistas que no forman parte de la mayoría, la facultad de hacer que la Suprema Corte controle una ley votada por la mayoría,<sup>1326</sup> pero también, y esto es lo más trascendente, que el principio de la mayoría no es absoluto, que la justicia constitucional ha sido instrumentalizada como garantía de protección de las minorías y, por tanto, como un sistema que tiende a reforzar nuestro orden democrático, convirtiéndose la Suprema Corte, como consecuencia, en factor de impulso del sistema representativo de gobierno.

Rubio Llorente ha definido este instrumento como “una acción mediante la cual un órgano o una fracción de órgano impugna una norma fundamentando tal impugnación en la infracción de un precepto de un principio constitucional”.<sup>1327</sup> Cossío, por su parte, define estas acciones como “procesos en los cuales determinados órganos o fragmentos de órganos, o los órganos directivos de determinadas personas morales (partidos políticos) reconocidos constitucionalmente de interés para la sociedad, plantean ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia el control abstracto de la regularidad constitucional de determinadas normas constitucionales”.<sup>1328</sup> Para darnos cuenta, con precisión, de la importancia de la inclusión de estas acciones en nuestro ordenamiento, tenemos que decir que a las mismas las caracterizan tres notas principalmente:<sup>1329</sup> la abstracción, la parcialidad y la temporalidad.

<sup>1325</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1291, pp. 236 y 237.

<sup>1326</sup> Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 53.

<sup>1327</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 583.

<sup>1328</sup> Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1286, p. 1067.

<sup>1329</sup> Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, p. 307.

a) *La abstracción*. El carácter abstracto indica el origen del procedimiento y las características del enjuiciamiento constitucional. Estas acciones se promueven de forma directa y no resultan o provienen de un proceso anterior incoado ante los tribunales ordinarios, es decir, se promueven “con total abstracción de la aplicación concreta del derecho”.<sup>1330</sup> Para su interposición no es necesaria la aplicación previa de la ley a un supuesto concreto y, por tanto, tampoco la existencia de un agravio, lesión jurídica o interés jurídico específico. Es suficiente la constatación por la parte legitimada de una irregularidad constitucional.<sup>1331</sup> Por ello estos recursos provocan que la interpretación de los preceptos constitucionales y legales sea producto de una interpretación abstracta, no aplicativa, completamente desligada de casos o supuestos concretos, identificándose sus elementos de modo casi hipotético, como propuestas o sugerencias interpretativas.<sup>1332</sup> Lo significativo, y que hay que subrayar de lo anterior, es que tradicionalmente había sido considerado algo positivo en la actuación de la Suprema Corte, que en el ejercicio de su facultad de control no interviniera si no existían casos o litigios auténticos. En el derecho mexicano no era conocida la posibilidad de recurrir ante el tribunal sin que existiera un caso controvertido o litigio concreto.

b) *La parcialidad*. Esta característica indica, como dice Jiménez Campo, que se trata de un proceso iniciado por órganos de carácter político, o por fracciones de esos órganos, esto es, por sujetos que protagonizan y se comprometen en el debate político y expresan su concepción del interés general e interpretan la Constitución de forma política más que jurídica.<sup>1333</sup> La característica de parcialidad o de ser instrumento puesto en manos de sujetos políticos impone dos particularidades a estas acciones: a) no pueden ser inadmisibles por razones sustantivas, es decir, porque se aprecien débiles o inconsistentes los fundamentos que se estimen como razones para recurrir ante el tribunal determinada ley, y b) no puede tener

<sup>1330</sup> Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 75, p. 567. Así, por ejemplo, Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 99.

<sup>1331</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 450, p. 423.

<sup>1332</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, pp. 572 y 573; Fix-Zamudio, Héctor, “Significado actual del control constitucional en México”, *cit.*, nota 1254, p. 236. De la misma forma Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 115.

<sup>1333</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 574. Claro está que esta afirmación hay que matizarla, pues, por ejemplo en el caso de México, el procurador general de la República no puede considerarse un órgano de carácter político, como tampoco en el caso de España se le puede atribuir este carácter al Defensor del Pueblo.

efectos suspensivos la aplicación de la disposición impugnada. Por ello se consigna en el artículo 64 de la Ley Reglamentaria que: “la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”. Que la interposición de estas acciones carezca de efectos suspensivos tiene razones normativas y políticas. Las razones normativas son el principio de mantenimiento de la ley y sus consecuencias, y las políticas están relacionadas con el cuidado necesario que debe existir al poner en entredicho un producto del legislador. Los requisitos señalados tienen como objetivo, como dice Jiménez Campo, que la política inherente a esta acción no se propague al proceso constitucional ni se convierta el recurso en una “pieza en el sistema de frenos y contrapesos políticos”.<sup>1334</sup>

c) *La temporalidad*. Por su carácter político, estas acciones tienen un plazo para poder ser interpuestas. La sujeción a plazo, como enseña Jiménez Campo, hace que la impugnación de la ley se configure como una oportunidad de los sujetos políticos legitimados para combatir su constitucionalidad, volviéndose la ley inatacable a través del mismo cauce si es desaprovechada dicha oportunidad. La limitación temporal responde a la necesidad de que “el debate político constitucional así encauzado” tenga, “en garantía de la propia posición de la ley, un término cierto”<sup>1335</sup> y no quede indefinidamente abierto. En México, el plazo es de 30 días contados a partir de que la ley o tratado impugnado sean publicados en el *Diario Oficial de la Federación*. Dicho plazo no inicia el día en que comienzan a tener vigencia dichas normas, sino a partir del día de su publicación, es decir, pueden ser controladas las leyes aunque todavía no entren en vigor, en el caso de que exista una *vacatio legis*, lo que indica la configuración de un sistema de “eficacia provisional” de todas las leyes expedidas por el legislador.<sup>1336</sup> Se ha criticado el plazo establecido en la norma reglamentaria para la interposición del recurso, quizá sin considerar seriamente la protección que el mismo tiende a dispensar a la ley. Fix-Fierro, por ejemplo, dice que dicho plazo es demasiado breve,

<sup>1334</sup> *Ibidem*, p. 584.

<sup>1335</sup> *Ibidem*, p. 576.

<sup>1336</sup> Este plazo, como dice Cossío, que conlleva la posibilidad de que la impugnación de la norma legal o tratado se lleve a cabo antes de que halla entrado en vigor no significa, dice, un control previo de constitucionalidad, debido a que en ese momento se han agotado ya la totalidad de las etapas que conforman el proceso legislativo Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1277, p. 244.

ya que no toma en cuenta que para interponer una acción es necesario, en muchas ocasiones, poner de acuerdo a varias fracciones opositoras y que la demanda respectiva ha de fundamentarse adecuadamente. Carpizo, por su parte, señala que este plazo es muy corto pues no permite la realización de un estudio constitucional serio y profundo, y por ello propone ampliarlo a tres o cuatro meses.<sup>1337</sup>

Estas tres características dotan de una fuerte carga política a esta vía procesal. Como dice Rubio, casi inevitablemente, este instrumento aparece como la continuación en sede jurisdiccional de una polémica abierta entre mayoría y minoría en las cámaras legislativas. Las resoluciones que se dictan en su virtud revisten gran importancia ya que su objeto son temas candentes producto del disenso en el proceso de formación de la ley.<sup>1338</sup> La victoria política pasa a ser el objetivo inmediato del litigio, por lo que cae sobre los órganos de la jurisdicción constitucional una fuerte carga que difícilmente pueden asumir sin grave quebranto de su propia naturaleza. En este tipo de recursos resulta casi imposible evitar que ante la opinión pública el Tribunal no sea identificado como una tercera cámara que actúa con la lógica propia de una institución política.

No podemos dejar de señalar, por último, que la inclusión en México del recurso directo parece estar en discordancia con las tendencias a abandonarlo que se observa en aquellos países en los que se originó. En ellos, su utilidad es discutida, su insuficiencia casi generalmente aceptada y muchas veces se alzan proponiendo su supresión por calificarse su funcionamiento de insatisfactorio.<sup>1339</sup> Como escribe Rubio Llorente citando a la doctrina alemana: “la perturbación que para el funcionamiento de la democracia parlamentaria significa la existencia de un recurso de ese género, a través del cual los grupos políticos pueden continuar en el Tribunal el debate parlamentario, excede con mucho los beneficios que de él cabe esperar y aconseja su supresión”.<sup>1340</sup>

Las principales razones que se aluden para suprimir este recurso son la naturaleza de la norma constitucional y la posición del legislador democrático dentro del Estado. Éste debe gozar de un marco muy

<sup>1337</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, pp. 122 y 123; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1282, p. 836.

<sup>1338</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 276, p. 568.

<sup>1339</sup> Rubio Llorente, F., *op. cit.*, nota 517, p. 171; Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, *cit.*, p. 91.

<sup>1340</sup> Rubio Llorente, F., *op. cit.*, nota 517, p. 171.

amplio para adoptar decisiones políticas y regular las diversas materias constitucionales,<sup>1341</sup> máxime cuando la impugnación que se presenta deriva precisamente de otra interpretación realizada por una opción política distinta. También influye en los defensores de esta propuesta la fuerza expansiva que han demostrado tener los derechos fundamentales, circunstancia que hace que se privilegie el recurso de amparo para resolver cualquier tipo de litigio constitucional. Además, y por ser los derechos fundamentales el objeto privilegiado de protección dentro del Estado constitucional, se ha propuesto que este recurso, configurado inicialmente como defensa dirigida a la protección no de los derechos sino de la ley, se transforme en un verdadero recurso protector de derechos. Es decir, se sugiere que sirva para imponer al legislador la obligación de cumplir con la función que tiene constitucionalmente encomendada.<sup>1342</sup>

Con respecto a las controversias constitucionales, éstas se establecen por primera vez en el texto original de la Constitución de 1917, con objeto de garantizar el equilibrio entre la Federación y los estados de la República. En dicho texto se consagró que la Suprema Corte conocería de seis clases de controversias<sup>1343</sup> y únicamente podían ser parte en las mismas la Federación, los estados y los poderes de éstos; se excluían al Distrito Federal y a los municipios. De 1917 a 1994 este instrumento de control sufrió importantes reformas, pero se aplicó de manera excepcional, ya que cuando se producían diferencias de carácter jurídico entre el gobierno federal y los estados, éstas se resolvían a través de vías políticas y no jurídicas, en su mayor parte, a través de la figura de la desaparición de poderes o “por las vías internas del sistema político”, en virtud de la homogeneidad que existía en los diversos órdenes de gobierno. Se puede decir, por tanto, que esta garantía constitucional “era prácticamente inoperante”, o bien que “había caído en desuso”.<sup>1344</sup> Como escribe Arteaga Nava: “en la práctica se trató de una figura casi teórica; impidieron su operatividad el presidencialismo, el centralismo y la falta de democracia”.

Bajo la vigencia del texto original del artículo 105, únicamente se resolvió un caso y éste fue el denominado “caso Oaxaca”, en el que la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Dominio y

<sup>1341</sup> Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, *cit.*, p. 107.

<sup>1342</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>1343</sup> Vargas, Jorge A., *op. cit.*, nota 1249, p. 625.

<sup>1344</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, pp. 219 y 220.

Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos del Estado en 1932. Cossío nos informa que de 1917 a 1994 se promovieron 55 controversias constitucionales, 14 entre la Federación y un Estado; 22 entre poderes de un mismo estado; 1 entre estados; 12 entre municipios y estados, y 1 entre un municipio y un estado. El mismo jurista señala que para junio de 2000 ya se contaban 202 controversias interpuestas. Es importante mencionar, además, que antes de las reformas de 1994 no existía una vía exclusiva de tramitación y resolución de estas controversias o normas adjetivas específicas que regularan este procedimiento, se sustanciaban utilizando el Código de Procedimientos Civiles, el cual, como resulta comprensible, “no resultaba adecuado para este tipo de conflictos por tener como propósito fundamental el conocimiento de conflictos de carácter privado”.<sup>1345</sup>

La forma tan limitada en que estaban reguladas las controversias se comprueba cuando se analiza, por ejemplo, que no se incluía como parte, como hemos dicho arriba, a los municipios ni al Distrito Federal, lo que se subsanó hasta 1993; no se hacía referencia a la hipótesis de las posibles controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión o entre aquel y una de las Cámaras del Congreso de la Unión o la Comisión Permanente; y no se especificaba qué efectos tendrían las decisiones de la Corte.<sup>1346</sup> El texto reformado en diciembre de 1994 amplió considerablemente los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, muchas de las cuales son legalmente novedosas e inexploradas procesalmente.<sup>1347</sup> Asimismo, se incluyeron no sólo, como señala Fix-Zamudio, a los municipios dentro de las entidades legitimadas para plantearlas, sino también los llamados conflictos de atribuciones de los órganos legislativos y ejecutivos tanto de la Federación como de las entidades federativas y el Distrito Federal.<sup>1348</sup> En resumen, y siguiendo a Cárdenas Gracia, podemos decir que las innovaciones más importantes de la reforma comentada fueron: *a)* la inclusión clara y expresa del Municipio como sujeto legitimado, que para algunos autores será “el motor de la nueva reglamentación”; *b)* la posibilidad de que algunas controversias puedan dar lugar a resoluciones con efectos generales, y *c)* la expedición,

<sup>1345</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 27.

<sup>1346</sup> Rodríguez Lozano, Amador, “Las controversias constitucionales y la construcción del nuevo federalismo”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, UNAM, pp. 254 y 255.

<sup>1347</sup> Vargas, Jorge A., *op. cit.*, nota 1249, pp. 628 y 629.

<sup>1348</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, pp. 262 y 263.

por primera vez en la historia de nuestro país, de la ley reglamentaria correspondiente.<sup>1349</sup>

El advenimiento de la democracia en nuestro país ha propiciado el aumento del número de controversias constitucionales, por lo que la Corte ha adquirido mayor influencia en la solución de los conflictos políticos. Esto resulta hasta cierto punto normal si se considera que la concurrencia de diversos partidos en los distintos niveles de gobierno, supone la presencia de distintos puntos de vista sobre el contenido, significado y alcance de las normas jurídicas que regulan sus respectivas competencias. Las controversias constitucionales también operan como vía procesal por medio de la cual se resuelven los conflictos suscitados por las diversas perspectivas que existen sobre el significado de las normas.<sup>1350</sup> Los conflictos que surgen entre los órdenes jurídicos en el fondo tienen un contenido político, por la pluralidad de concepciones que sobre el ordenamiento jurídico tienen las diversas visiones políticas de los titulares de los poderes públicos. De esta forma, puede afirmarse que cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una norma también declara la imposibilidad de aceptar una determinada visión política de un problema específico.<sup>1351</sup>

### *Legitimación procesal*

El control constitucional en México, antes de las reformas de 1994, se caracterizaba por un principio esencial: se realizaba, como señalaba Tena Ramírez, únicamente a través del individuo. El amparo nació y se desarrolló como una institución basada en principios individualistas, por ello sólo legitima a la parte agraviada en sus derechos por leyes o actos de autoridad para la interposición del mismo, lo que indica que el accionante necesariamente debe tener un “interés jurídico que deducir” y no se puede alegar un interés general para ejercer dicho poder. Es decir, el amparo se promueve por la parte perjudicada por el acto o ley reclamada por lo que se exige como requisitos necesarios para su procedencia el interés jurídico del quejoso o la titularidad de un derecho subjetivo, entendido como facultad o potestad de exigencia, y un perjuicio causado

<sup>1349</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *El municipio en las controversias constitucionales*, BMDC, México, núm. 86, 1996, p. 454.

<sup>1350</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 28.

<sup>1351</sup> *Ibidem*, p. 178.

sobre el mismo. El agravio que sufre el accionante de amparo tiene que ser personal y directo. En una tesis de jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia aclaró que “el Poder Judicial Federal no podrá de esta suerte constituirse en instrumento de otro de los poderes del Estado, porque el único que puede provocar su intervención es el particular agraviado, y la base de la solicitud tiene que ser un agravio concreto en su patrimonio o en su persona. La función controladora se refiere, pues, a un interés privado, particular y no a un interés de un partido o facción política o de un órgano del Estado”.

La “naturaleza expansiva” del juicio de amparo provocó que cada vez más sujetos estuvieran protegidos bajo su manto protector, por lo que actualmente, para efectos del derecho positivo mexicano, parte agraviada puede ser cualquier individuo, las personas morales privadas y oficiales cuando el acto o ley que se reclame afecte sus intereses patrimoniales, persona distinta a la agraviada en determinados supuestos, los menores de edad y los ofendidos por delitos. La Ley de Amparo también reconoce la posibilidad de que un grupo de personas que se considere agraviado por un acto de autoridad pueda interponer amparo designando un representante común y, en materia agraria, se permite la acción colectiva de ejidatarios y comuneros.

Una de las exigencias sociales más apremiantes es configurar un sistema de justicia que garantice un amplio acceso a la misma. No podemos desconocer que a través del amparo se otorgó progresivamente acceso a la justicia constitucional a diversos sectores y personas, entre los que destacan trabajadores y campesinos. Sin embargo, en años recientes se ha propuesto revisar el concepto tradicional de legitimación procesal, aumentar el número de sujetos legitimados para accionar en amparo y revalorar el principio del agravio personal y directo, porque se considera que impide un adecuado acceso a la justicia y restringe y limita la protección de un gran número de actos de autoridad que aunque no afectan los derechos subjetivos de los gobernados sí lesionan su esfera jurídica.

Así, por ejemplo, Juventino V. Castro ha pugnado por el reconocimiento de lo que denomina “amparo social” o “acción social de amparo” que conlleva la propuesta de legitimar activamente a los miembros de un cuerpo social o de la sociedad para plantear una controversia constitucional en defensa de algún derecho social y que la resolución sea, en su caso, favorable a ese grupo, clase o a la sociedad y no solamente al

promoviente individual del juicio de amparo.<sup>1352</sup> Lucio Cabrera sugiere la consagración de un amparo colectivo o de grupo que tendría la finalidad de prevenir la comisión de daños colectivos a grupos indeterminados, evitar la presentación de innumerables recursos sobre la misma materia y proteger los denominados derechos humanos de la tercera generación. En estos recursos, que serían un complemento del actual proceso de amparo, un miembro del grupo tendría legitimación para actuar a nombre de toda la colectividad con objeto de “impedir, ordenar o suspender actos de autoridad que toleren o dañen el ambiente o los derechos humanos de ciertos grupos y otros derechos individuales” teniendo las sentencias efectos para el grupo en su conjunto. A través de estas acciones se otorgaría legitimación para proteger estos derechos a individuos, organizaciones no gubernamentales e institutos de investigación,<sup>1353</sup> con lo que se conseguiría democratizar el acceso a la justicia permitiendo que cada vez más personas puedan tener acceso a los tribunales.

Ferrer Mac-Gregor señala que la realidad social impone la necesidad de abrir “el cauce a legitimaciones “supraindividuales” que hagan posible el acceso a la justicia”, lo que podría realizarse a través de la creación de nuevos mecanismos procesales, o bien mediante la utilización de las instituciones procesales existentes. Sugiere permitir el acceso a la justicia, a través del amparo, a los intereses de grupo en el que el accionante actúa en nombre de todos los posibles afectados por determinado hecho o acto, abriendo paso a una legitimación *ad causum*, aunque, dice, el auténtico problema radica en la determinación de los sujetos legitimados activamente para promover las acciones relativas a dichos intereses difusos o colectivos.<sup>1354</sup> También Burgoa, para preservar los intereses de los

<sup>1352</sup> Castro, Juventino V., *Hacia el sistema judicial mexicano del XXI*, México, Porrúa, 2000, p. 88; *id.*, *El sistema del derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 32 y 45-47. Este importante jurista señala, al fundamentar esta acción de amparo, que si se concluye que “los derechos sociales solamente pueden ser controvertidos al momento de su violación a través de la prevalencia del derecho individual implícito en los derechos sociales, nada hemos avanzado ni nada novedoso creó nuestra Constitución de 1917”. *Id.*, *La mutación estructural del derecho en México*, México, Porrúa, 1998, pp. 110 y ss., y *Hacia el amparo evolucionado*, 5a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 107 y ss.

<sup>1353</sup> Cabrera, Lucio, *op. cit.*, nota 1255, pp. 207 y ss. Del mismo autor es muy clarificadora su obra *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000.

<sup>1354</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 877, pp. 217 y ss.; *id.*, “El acceso a la justicia de los intereses de grupo (hacia un juicio de amparo colectivo)”, en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, *cit.*, nota 1320, pp. 221 y ss.

grupos colectivos ante determinados actos de autoridad que los lesionen, considera necesario que el juicio de amparo extienda su procedencia a favor de los intereses grupales o difusos.<sup>1355</sup> Fix-Zamudio, en fin, aprecia conveniente conferir, “al Ministerio Público, a asociaciones civiles y a personas individuales la posibilidad de acudir ante los tribunales para la defensa de los derechos colectivos de los sectores sociales indeterminados que resultan lesionados”, y que las sentencias que se pronuncien en dichos procesos, cuando estimen la pretensión, tengan efectos generales y beneficien a todos los afectados.<sup>1356</sup>

Todo este movimiento en el ámbito de la dogmática ha producido que en el proyecto que actualmente existe de nueva Ley de Amparo se proponga modificar el tipo de interés que se posee para promover el juicio y se legitime a los gobernados que tengan interés legítimo, por verse afectados en su esfera jurídica, para interponer dicha acción, rompiendo de esta forma con el requisito del agravio personal y directo aunque conservándolo, obviamente, dentro de la definición de aquél.

Hay sólo una cuestión que nos interesa destacar ahora. Si bien la consagración del interés legítimo, como requisito para la procedencia del amparo, representa la extensión de su ámbito de protección a los intereses difusos y colectivos, la ampliación de la posibilidad de que los gobernados defiendan su esfera jurídica, y la atribución a ciertos grupos de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales, también puede representar, como lo ha destacado un sector de la doctrina mexicana, un factor dirigido a incrementar la discrecionalidad del juzgador y otorgarle mayor libertad para definir el acto de autoridad y el derecho protegido. Esto es así porque aquel es un concepto abierto que permitirá, como señala Lelo de Larrea, que los jueces decidan “en cada caso concreto si se está o no en presencia de un acto de autoridad que implique una violación constitucional o a los derechos humanos... y, en consecuencia, acreditar o no la legitimación en el juicio de amparo. Esto no se puede definir *a priori* en la ley, tiene que ser una creación jurisdiccional”.<sup>1357</sup>

<sup>1355</sup> Burgoa, Ignacio, *¿Una nueva Ley de Amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001, pp.108 y 109.

<sup>1356</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1245, p. 781; *id.*, “El papel del ombudsman en la protección de los intereses difusos”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, CNDH, 1993, pp. 423 y ss.; *id.* y Cossío Díaz, José R., *op. cit.*, nota 1245, pp. 40 y ss.

<sup>1357</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, p. 62. Es importante destacar que esta nueva Ley de Amparo que se

En cuanto a la legitimación pasiva en el amparo, éste procede únicamente contra actos de autoridades estatales, no de autoridades particulares, por lo que predomina el concepto tradicional de autoridad. Sin embargo, ha habido cambios importantes en torno al entendimiento de esta noción. En el derecho mexicano han sido consideradas autoridades las personas que disponen de la fuerza pública, ya sean estas autoridades legítimamente constituidas o de facto. Esta noción hacía referencia a las autoridades centrales del Estado y de ninguna forma, como es comprensible por el elemento central de la propia definición relacionada con la disposición de fuerza pública, a los organismos descentralizados y empresas de participación estatal ya que debido a que estos tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, sus actuaciones se asimilaban a la de los particulares.

Actualmente, y debido al aumento de la actividad del Estado derivada de la asunción de múltiples funciones y de la constatación de que los derechos pueden ser violados no sólo por órganos públicos, sino por sujetos situados fuera del aparato estatal, se ha consagrado la procedencia del amparo contra actos de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal y se ha propuesto que también proceda frente a actos de los “grupos sociales intermedios”. El criterio que sirve de base para definir los casos en que se está en presencia de un acto de autoridad se refiere no a la disposición directa de la fuerza pública ni al órgano que lo emite, sino a la naturaleza del acto. Esto significa que el elemento que debe definir a un acto de autoridad como susceptible de ser recurrible por medio del amparo, no es la fuerza pública o imperio que posea o emplee determinado órgano o persona, sino la afectación que sufran los particulares en su esfera jurídica, es decir, para definir a una autoridad para efectos del amparo no debe prioritariamente considerarse el imperio que la misma tenga para imponer sus resoluciones, sino la naturaleza del acto reclamado. Lo importante es la naturaleza del acto y no la procedencia del mismo. No importa quién emita el acto, sino verificar si el gobernado es afectado en su esfera jurídica. Extendiendo de

promueve, a juicio del autor citado, tiene como supuestos básicos una revalorización de la función jurisdiccional y privilegiar la discrecionalidad de los jueces, por ello se consignan conceptos abiertos, para que sean los jueces quienes busquen soluciones adecuadas a los problemas concretos que se les planteen. *Ibidem*, p. 92. De la misma forma Quijano Baz, Javier, “Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo”, en Vega, Juan y Corzo, Édgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 460 y ss.

esta forma el concepto de autoridad responsable, se han podido reclamar, mediante amparo, los actos de organismos descentralizados y empresas de participación estatal que con su actuación afectan unilateralmente la esfera jurídica de los gobernados, y lo que es más novedoso dentro de nuestro ámbito, se prepara el camino para hacer objetos de impugnación los actos provenientes de los particulares o grupos sociales que con sus decisiones lesionan los derechos fundamentales de los individuos. No hay duda que, independientemente de sus importantes ventajas, con esta noción se desdibuja el concepto de autoridad para efectos del amparo y se confiere a los jueces un extenso poder para definir “si el acto de autoridad es tal en cada caso concreto”.<sup>1358</sup>

Con la consagración de las controversias y acciones de inconstitucionalidad se produce una ampliación del número de sujetos legitimados *ad causum* para defender la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, para acceder al ámbito del que conoce el Poder Judicial de la Federación. Se ha dicho que “la gran diferencia” entre estos dos instrumentos de defensa constitucional es, precisamente, la diversidad de sujetos legitimados activos que, en el caso de las primeras, son los órdenes normativos u órganos enunciados en la fracción I del artículo 105 de la ley fundamental, lo que para algunos implica consagrar un acceso restringido a las mismas,<sup>1359</sup> pero que sin duda representa, si nos situamos en una perspectiva histórica, un importante aumento del número de sujetos legitimados para accionar. La entidad, poder u órgano legitimados para promover dichas controversias son los distintos órdenes jurídicos:<sup>1360</sup> Federación, estados, Distrito Federal y municipios; los poderes federales y locales, el Ejecutivo federal y local, el Congreso de la Unión o cualquiera de las cámaras

<sup>1358</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “Hacia una nueva Ley de Amparo”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 607, pp. 288-290; *id.*, *op. cit.*, nota 1357, p. 79, y nota 1315, p. 171. Para este tema véase Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos efectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1986, pp. 99 y ss. También Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 8a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 1-22.

<sup>1359</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, nota 1263, p. 3.

<sup>1360</sup> Como señala Cossío, cuestión difícil de definir por la jurisprudencia es la delimitación de los casos en que se considere que los órdenes jurídicos puedan ser partes en estos procedimientos. El problema “deriva de la dificultad de establecer que actuaciones de qué órganos pueden ser imputadas a un determinado orden jurídico, al punto de considerar que el mismo resulta afectado o que, al menos, debe ser parte en la correspondiente controversia”. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 32.

que lo integran y la Comisión Permanente; y los poderes de una entidad federativa, así como los órganos de gobierno del Distrito Federal. Así, en las controversias pueden ser parte todos los entes, poderes u órganos prescritos en la Constitución con excepción del Poder Judicial Federal.

Es preciso en este momento recordar que antes de la reforma de 1994 estaban imposibilitados para ejercitar esta acción tanto el Distrito Federal como los municipios, aunque esta última exclusión, como se sabe, se subsanó en años recientes desde la propia jurisprudencia.<sup>1361</sup> Por esta circunstancia, para el derecho mexicano es de gran relevancia la legitimación que a partir de aquel año otorga el artículo 105 a los municipios para iniciar controversias, debido a que la Suprema Corte de Justicia desde 1919, y sistemáticamente, negó la posibilidad de que éstos pudieran accionar este proceso con el argumento de que no eran un poder público. La importancia de esta legitimación resulta confirmada en la práctica, ya que en la mayoría de las controversias de que conoce nuestro máximo tribunal, es parte algún municipio, llegándose a decir que éstos son “el principal actor de las mismas”, o bien el “motor de la nueva regulación”. González Compeán y Bauer nos informan que de 1994 a 1998 de 48 controversias resueltas por la Corte, en 47 de ellas aparece como parte algún municipio, “como parte actora en 45, y como parte demandada en dos”.

Asimismo, está legitimado para intervenir en todas las controversias, en interés de la Constitución, de forma oficiosa y obligatoria, el procurador general de la República. Como escribe Fix-Zamudio, el procurador interviene en todas las controversias a efecto de representar el interés social y defender el orden constitucional.<sup>1362</sup> Su papel en ellas, dice Arteaga Nava, es dar opiniones autorizadas en relación con el fondo de las materias planteadas, ya que se presenta como un tercero que interviene para moderar entre partes en los conflictos que impliquen materias políticas o requieran de conocimientos especializados en asuntos delicados y auxiliar técnicamente a las partes en el planteamiento y defensa de sus puntos de vista con base en la Constitución. Permitir su participación tiene el objeto de “hacer oír el punto de vista de un especialista en derecho que es ajeno a la controversia y, por lo mismo, darle a ella altura, seriedad y ecuanimidad, a objeto de resolver un diferendo de naturaleza

<sup>1361</sup> La SCJN consideró en 1991, a través del “Amparo Mexicali”, que los municipios podían interponer la acción de controversia constitucional al considerar a estos como un poder del Estado de conformidad con la redacción anterior del artículo 105 de la Constitución.

<sup>1362</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, p. 222.

fundamental”.<sup>1363</sup> Algunos autores han considerado la intervención del procurador como un sin sentido, ya que sus funciones, “no tienen relación alguna con el carácter del juicio constitucional” además de que forma parte de la estructura del Poder Ejecutivo.<sup>1364</sup> Resulta contradictorio, se dice, que este funcionario pueda interponer un recurso contra el titular del Ejecutivo; circunstancia que “rompe con el esquema constitucional de la administración pública federal, ya que se está situando en este caso al procurador como otro poder constitucional. Al parecer la inclusión de este alto funcionario en el juicio constitucional se debió a situaciones políticas y no jurídicas”.<sup>1365</sup>

Es importante tomar en cuenta que por disposición del artículo 21 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución, los órganos legitimados para interponer controversias tienen “una doble oportunidad” para hacerlo, cuando se trata de impugnar normas generales: a) dentro de los treinta días contados a partir del día siguiente de su publicación, y b) dentro de los treinta días contados a partir del día siguiente en que se produzca el primer acto de aplicación. La Corte ha dicho que en el caso de que la primera no prospere por alguna causal de improcedencia, el órgano legitimado puede ejercer posteriormente la segunda con la misma validez.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad, la idea que subyace en ellas es la de conferir legitimidad para promover a aquellos órganos de naturaleza política que se supone están encargados de velar por el interés general. La excepción a esta regla es el procurador general de la República. Así, se ha legitimado para interponer estas acciones al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados (152 diputados), Cámara de Senadores (39 senadores), Asamblea de Representantes del Distrito Federal y las legislaturas de los estados. A partir de la reforma de agosto de 1996, los partidos políticos con registro nacional están facultados para impugnar, aunque no tengan representación parlamentaria, a través de sus dirigencias, la constitucionalidad de las leyes electorales federales o locales; las dirigencias de los partidos políticos, que cuenten con registro estatal, pueden impugnar las leyes electorales aprobadas por el órgano legislativo del estado que les otorgó el registro. Se trata de una legitimación concreta a los partidos para impugnar sólo leyes electorales, aunque no

<sup>1363</sup> Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, nota 1280, p. 810.

<sup>1364</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 1349, p. 456.

<sup>1365</sup> Rabell García, Enrique, “La inconstitucionalidad de leyes en México”, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, SCJN-UNAM, pp. 234 y 239.

es una legitimación exclusiva, porque conservan la facultad de promover las mismas tanto las minorías parlamentarias como el procurador general de la República.

Lo anterior significa, como lo ha señalado una tesis de la Suprema Corte, que la reforma de 1996 amplió la legitimación en una clase específica de leyes. Dice esta tesis: “el círculo de legitimación se extiende, bajo ciertas condiciones formales y materiales, a los partidos políticos, lo que se explica por el especial interés que éstos tienen en cuanto tales por este tipo de leyes...”. Como señala Brage, esta legitimación específica está creada con mucha amplitud y generosidad, ya que todo partido legalmente constituido, cualquiera que sea su fuerza parlamentaria, “incluso si no tiene representación alguna, sea por no haberla obtenido, sea por no haber concurrido nunca todavía a unos comicios”, puede acudir a la Suprema Corte<sup>1366</sup> provocando la “intensificación del control de constitucionalidad de las leyes electorales”.<sup>1367</sup> Hay que advertir que el propio artículo 105 señala que la acción de inconstitucionalidad es “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución...”. Esto nos conduce a dos conclusiones: primero, está excluida la posibilidad de que se utilicen las vías de la controversia constitucional o el juicio de amparo para plantear posibles contradicciones entre las normas legales electorales y la Constitución, y, segundo, con excepción del procurador general de la República, los partidos políticos cuentan con una legitimación en la materia “sea de manera directa a través de sus dirigencias nacionales o indirectas a través de sus fracciones parlamentarias”.<sup>1368</sup>

También ha sido objeto de variadas críticas el requisito del 33% de los integrantes de los congresos respectivos que se exige para poder interponer estas acciones. Este umbral mínimo, se afirma, es “bastante restrictivo”, lleva a la “disfuncionalidad de la legitimación”, y tiene como único objetivo dificultar la interposición del recurso. El porcentaje requerido incluso se ha interpretado como un defecto o restricción de origen de la propia acción de inconstitucionalidad. En virtud de ello, se asegura, es necesario disminuir dicho porcentaje. La reducción daría oportunidad a la oposición de impugnar, por vía jurídica, las leyes, protegiendo con mayor amplitud los derechos de las minorías. Así, debido a que “no hay razones de peso para negar legitimación a un porcentaje más reducido de

<sup>1366</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1243, p. 134.

<sup>1367</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1322, p. 311.

<sup>1368</sup> Cossío, José R., *op. cit.*, nota 1286, p. 1070.

representantes del pueblo”, se ha propuesto que el porcentaje exigido se reduzca a un 30 o 25% y hasta un 15%, reducción que se considera más acorde con la función y propósito de la institución y con el objetivo de procurar su virtualidad y operatividad.<sup>1369</sup>

El procurador tiene la legitimación más amplia de todos los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad. Para Juventino Castro, esto es así porque “es una especie de *supervigilante* de lo constitucionalmente reglamentado; *procurador del pacto federal*; destacado *opinante social* del ordenamiento jurídico nacional”. Se le otorga legitimación porque entre sus funciones está vigilar permanentemente la supremacía de la Constitución.<sup>1370</sup> Otra justificación importante de su presencia en estos procedimientos es que con su participación se propicia la inclusión de novedades argumentativas durante el desarrollo del proceso, cuestión necesaria si se piensa que en estas acciones es muy difícil que el tribunal obtenga más argumentos que los que fueron presentados en el proceso legislativo, dada la identidad entre quienes debatieron en el mismo y los que presentan el recurso.<sup>1371</sup> Podría sostenerse también que la razón de la participación del procurador en estos procedimientos está en la necesidad de no excluir a la administración de la posibilidad de plantear un recurso cuando tenga dudas sobre su constitucionalidad o en la conveniencia de que exista como órgano legitimado un defensor de la Constitución al estilo del que en su momento recomendó Kelsen. Por la forma en que ha operado el sistema político mexicano, la legitimación del procurador para impugnar normas generales hace pensar de inmediato que se trata de una forma de legitimar al gobierno federal para impugnar normas inconstitucionales. Esta legitimación del gobierno no es extraña, existe en España, Italia y Alemania, entre otros países. Pero más que una posible legitimación indirecta del gobierno federal, las causas de la legitimación del procurador son históricas y jurídicas, como dice Estrada Sámano, ya que en el ordenamiento mexicano éste siempre ha sido el representante de la sociedad civil, garante del orden jurídico y de la vigencia del Estado de derecho.<sup>1372</sup>

<sup>1369</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, pp. 118 y 119; Rabell García, Enrique, *op. cit.*, nota 1365, p. 239; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1243, p. 114.

<sup>1370</sup> Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 1274, p. 72.

<sup>1371</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 177.

<sup>1372</sup> Estrada Sámano, José A., “Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial”, *cit.*, pp. 422 y 423.

A partir de la consagración de las acciones de inconstitucionalidad se han presentado propuestas para que otros sujetos distintos a los legitimados actualmente estén en posibilidad de interponerlas. Para Carpizo, por ejemplo, sería conveniente otorgar legitimación a “algún personaje con respeto social, para no dejarla en manos de entidades políticas”. Por ello propone legitimar al presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y al homólogo en el Distrito Federal. Además, sugiere discutir si podría legitimarse a una institución académica de prestigio, como una facultad de derecho o al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional,<sup>1373</sup> o bien al Instituto Federal Electoral. También se ha sugerido otorgar la posibilidad de accionar este recurso a las organizaciones políticas, sociales y científicas con presencia y legitimidad en la comunidad, en las materias que correspondan a su quehacer.<sup>1374</sup> Asimismo, se ha aconsejado la legitimación del presidente de la República para impugnar leyes de los Estados y de los gobernadores y legislaturas locales para impugnar la constitucionalidad de las leyes federales y tratados internacionales.<sup>1375</sup> También se ha argumentado a favor de legitimar a los órganos locales para impugnar las leyes federales y los tratados internacionales, debido a que, se dice, la regulación actual refleja desventaja de los estados y municipios, incompatible con los pesos y contrapesos que deben definir la relación entre entidades federativas y órganos estatales.<sup>1376</sup> Pero se ha ido más allá: se propone introducir la acción popular como mecanismo idóneo para ejercitar este instrumento de control, considerándose un error haber dejado dicha acción a las minorías y una omisión no haber legitimado a los ciudadanos para la interposición de dicha acción cuando ellos debían ser los principales sujetos legitimados para interponerla. La acción de inconstitucionalidad debería, desde esta perspectiva, ciudadanizarse de forma acorde con la actual democracia participativa.<sup>1377</sup>

<sup>1373</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1282, p. 837.

<sup>1374</sup> Rabell García, Enrique, *op. cit.*, nota 1365, p. 239.

<sup>1375</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1243, p. 110. La misma propuesta de incluir la acción popular en Morales Paulín, Carlos A., *Justicia constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 6.

<sup>1376</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 120.

<sup>1377</sup> Morales-Paulín, Carlos A., “La justicia constitucional en México, avances y perspectivas. Una propuesta”, en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, 2001,

## 6. *Aumento de competencias*

Las reformas de 1994 y 1996 aumentaron las competencias de la Corte, lo que es de por sí notable si aceptamos que “el sentido de la Constitución deriva en buena medida de las atribuciones del órgano competente para protegerla”. Esta atribución de nuevas competencias es producto de una operación consciente. Se escogió uno de los caminos existentes para hacer realidad la pluralidad social y política: fortalecer al Poder Judicial y hacerlo garante del cambio político. Al momento de la reforma había plena coincidencia entre los juristas mexicanos de la necesidad de lograr en nuestro país “la consolidación de un Poder Judicial fortalecido en sus atribuciones y poderes, más autónomo y con mayores instrumentos para ejercer sus funciones”. Sin embargo, no podemos soslayar que la vía elegida, la del fortalecimiento del órgano de control constitucional, mediante la dotación de nuevas competencias y poderes de decisión, acentúa la tendencia del sistema en su conjunto de resolver los conflictos sociales y políticos a través de procesos jurisdiccionales; lo que puede llevar a la juridificación de la vida política del país y, por tanto, a la incursión del tribunal dentro del proceso político.

Señalaremos a continuación las funciones jurisdiccionales más importantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin considerar ya las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales:

1. Conocer de los recursos de revisión contra sentencias de amparo en los siguientes supuestos: *a)* cuando han sido pronunciadas por los jueces de distrito o los tribunales unitarios de circuito, y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal, o un tratado internacional; *b)* cuando se ejercite la facultad de atracción contenida en el segundo párrafo del inciso b de la fracción VIII del artículo 107 constitucional por tratarse de un asunto que por su interés y trascendencia así lo amerita, y *c)* en los casos en que se hayan impugnado en amparo, por violación de alguna garantía individual, leyes o actos que invadan la esfera local o federal.

2. Conocer de los recursos de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando

p. 342. De la misma forma, Márquez Hernández, Rosario S., “México: acción popular y derechos ciudadanos”, Vega, Juan y Corzo, Édgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, cit., nota 1357, pp. 739 y ss.

habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, o cuando en los conceptos de violación se haya planteado la interpretación directa de un precepto de la Constitución, dichas sentencias decidan, u omitan decidir, sobre tales materias, debiendo limitarse en estos casos el recurso a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

3. Vigilar la ejecución de las sentencias pronunciadas en los diversos procesos de que conozcan los órganos del Poder Judicial de la Federación. La Constitución contiene, en términos generales, los casos en que se debe dar dicha ejecución. Así, la norma básica distingue entre aquellos supuestos en que la sentencia es de inexcusable cumplimiento y aquellos otros en que dicho incumplimiento es excusable. En el primer caso, si la autoridad responsable del acto reclamado trata de eludir la sentencia de la autoridad federal, dicha autoridad será inmediatamente separada de su cargo y consignada al juez de distrito que corresponda. En el segundo caso, previa declaración de incumplimiento o repetición, la Suprema Corte requerirá a la autoridad responsable y le otorgará un plazo prudente para que proceda a ejecutar la sentencia. Si la autoridad no la ejecuta en el término concedido, aquélla procederá en los términos señalados en el primer caso. Asimismo, cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte puede disponer de oficio, o a solicitud del quejoso, el cumplimiento sustituto de las sentencias cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que aquél pudiera obtener.

4. Conocer y resolver las denuncias de contradicción de tesis sustentadas por las salas de la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados de circuito o el Tribunal Electoral. Pueden presentar dichas denuncias los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el procurador general de la República, los tribunales colegiados de circuito o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas.

5. Conocer y dirimir cualquier controversia que surja entre las salas de la Suprema Corte de Justicia y las que se susciten dentro del Poder Judicial de la Federación, con motivo de la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 94, 97, 100 y 101 de la Constitución y los preceptos relativos a su Ley Orgánica.

6. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede nombrar, cuando se lo solicite el Ejecutivo Federal, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado, a alguno o algunos de

sus miembros o a algún juez de distrito o magistrado de circuito, o a uno o varios comisionados especiales, para que averigüe algún hecho o hechos que pudieran constituir una grave violación de garantías individuales. También puede solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que investigue la conducta de algún juez o magistrado. Al terminar la investigación la SCJN emite un dictamen que debe entregar a las autoridades competentes o a la que hubiese solicitado su intervención. Este instrumento de garantía ha sido utilizado esporádicamente y con resultados poco satisfactorios.

No han faltado quienes pugnan por atribuir nuevas competencias o potestades a la Suprema Corte. Juventino Castro, por ejemplo, ha defendido la idea de atribuirle la facultad, “siempre limitada”, de iniciar leyes. Esta propuesta se basa en varias razones: la existencia, desde el siglo XIX, del argumento sobre la conveniencia de atribuir esta facultad a nuestro máximo tribunal (facultad concedida en las Siete Leyes de 1836); la constatación de que la gran mayoría de los estados de la Federación, y muchos países, reconocen la facultad de iniciativa a sus poderes judiciales; la consideración de que los ministros de la Corte son personas con la experiencia suficiente en la resolución de asuntos relacionados con la impartición de justicia; y la certeza de que esta facultad propiciaría la cooperación entre poderes. Castro propone que la Corte sea autorizada para redactar su ley orgánica; tenga facultades de iniciativa restringidas a ciertas materias, estrictamente precisadas, de tal forma que su facultad sólo se extienda a “cuestiones que correspondan estrictamente a sus funciones”, ya que respecto a las otras leyes, “le es ampliamente suficiente su capacidad para invalidar normas generales y tratados internacionales inconstitucionales, o para autorizar su inaplicación a un quejoso dentro del juicio de amparo”; y pueda “opinar sobre las iniciativas de otros poderes”. Esta facultad limitada de iniciar leyes no incluiría reformas a la Constitución debido a que, dice el autor citado, los integrantes del Poder Judicial han protestado cumplir y hacer cumplir la Constitución por lo que sería un contrasentido que alguno de los jueces federales propiciara reformas a la carta magna.<sup>1378</sup>

Fix-Zamudio e Ignacio Burgoa años antes ya habían pugnado por otorgar a la Corte dicha facultad. En 1997, el PAN, con la intención de fortalecer al Poder Judicial, presentó una iniciativa en la que propuso incluir a

<sup>1378</sup> Castro, Juventino, *La posible facultad del Poder Judicial para iniciar leyes*, México, SCJN, 1999, p. 111.

la Suprema Corte como entidad facultada para iniciar leyes o decretos en asuntos de su competencia. Entre los fundamentos de esta propuesta estaban: la necesidad de equilibrar los poderes y fortalecer al Poder Judicial; la irrazonabilidad de conceder facultad de iniciativa al Poder Ejecutivo y negársela al Judicial; la consideración de la Corte como el órgano más calificado e idóneo, técnicamente, para formular ciertos proyectos de ley; la seguridad de que la presentación de una iniciativa no implica que ésta sea la decisión definitiva adoptada por el Congreso, y la certeza de que los ministros son especialistas en el conocimiento del derecho, en la interpretación y aplicación de las leyes y la Constitución. Esta iniciativa concluía señalando que era “innegable que la alta calidad técnica y la experiencia de los integrantes del más alto tribunal de la Federación, con su propuesta oportuna, incidirá en el mejoramiento de la legislación en materia de justicia”. “Por razón de especialización, se considera razonable que dicha facultad de iniciar leyes, se circunscriba a la materia de asuntos de la competencia del Poder Judicial de la Federación, ya que en esa área es de esperarse que surjan iniciativas de alta calidad profesional y en relación de las necesidades prácticas que surgen en el momento oportuno”.

Gudiño Pelayo va más allá de esta propuesta de otorgar iniciativa legislativa a la Suprema Corte, y sugiere

Que ese derecho de iniciar leyes también incluya la derogación o abrogación, según sea el caso, de aquellas leyes sobre cuya inconstitucionalidad se haya pronunciado el más alto tribunal, aunque aún no se haya constituido Jurisprudencia al respecto. De esta manera se establecerá un diálogo entre el legislativo, federal o local, y la Suprema Corte, pudiendo darse como resultado la derogación o abrogación de la ley o, también, que ante los argumentos de los legisladores, este alto tribunal cambie su criterio, y si ya se había integrado Jurisprudencia declarando la inconstitucionalidad de una ley, la interrumpa, y entonces las autoridades puedan seguir aplicando la ley.<sup>1379</sup>

No podemos dejar de mencionar que hay una extendida opinión de la conveniencia de que los tribunales federales que están actualmente bajo la órbita del Poder Ejecutivo, y cuyas instituciones conforman una

<sup>1379</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Reflexiones en torno a la obligatoriedad de la jurisprudencia: inconstitucionalidad del primer párrafo de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo”, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, México, Noriega, 1999, p. 274.

verdadera justicia paralela a la ordinaria, rompiendo con la tradicional concepción de la división de poderes y con el principio de unidad de la jurisdicción, pasen a formar parte, orgánica y funcionalmente, del Poder Judicial Federal. Dice Fix-Fierro que dicha incorporación es conveniente por varias razones:

Se refuerza el peso institucional del Poder Judicial; es posible homologar salarios y condiciones de trabajo de jueces y funcionarios judiciales, donde éstos sean desiguales; se extienden las garantías judiciales y los beneficios de la carrera judicial a los órganos que no cuentan con ellos o solamente en forma disminuida; se favorece la elaboración y aplicación de políticas judiciales uniformes, etcétera. Al mismo tiempo se mantienen las ventajas de una organización especializada ya existente y funcional.<sup>1380</sup>

José Ramón Cossío ha advertido de la ampliación que la propia Corte ha realizado de sus competencias constitucionales, partiendo de la idea de que ella representa y constituye un tribunal constitucional y, por tanto, “no se requiere de su intervención en aquellos asuntos en los que, al resolverse, no se tengan que abordar cuestiones estrictamente constitucionales o en los que ya haya emitido un pronunciamiento sobre tales cuestiones”. La Corte, dice, ha utilizado la atribución y “nueva facultad” legislativa que le confiere el artículo 94 constitucional, para asignar competencias a los tribunales colegiados mediante la expedición de acuerdos dictados por ella misma. Así, a través de dichos acuerdos, definió, con gran liberalidad, los supuestos de procedencia de la revisión en amparo directo, mediante la aclaración de los criterios de importancia y trascendencia señalados en la fracción IX del artículo 107 de la Constitución (Acuerdo 5/1999); estableció las bases para remitir los asuntos de competencia originaria de la Suprema Corte a los tribunales colegiados (Acuerdo 6/1999), y determinó que corresponde a éstos conocer de los recursos de revisión de las sentencias dictadas en amparo indirecto en que se hubiere impugnado la constitucionalidad de una ley local (Acuerdo 10/2000).

Estos acuerdos han dado lugar, afirma dicho autor, a la definición, pero también a la disposición de las competencias fijadas en el artículo 107 constitucional y a la fragmentación de la interpretación constitucional porque asignan

<sup>1380</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1262, pp. 91 y 92; Rocha Díaz, Salvador, “El futuro de la Suprema Corte como tribunal constitucional”, *cit.*, pp. 133-137.

a los tribunales colegiados la competencia para decidir de manera exclusiva y definitiva todo lo relacionado con la constitucionalidad de las leyes locales y de los reglamentos federales, estatales y del Distrito Federal. Respecto de estos ordenamientos, la remisión es total, lo que conduce a una fragmentación, es decir, a que no exista una sola Constitución, sino a que exista aquella que determina el Pleno respecto de leyes y tratados federales, y aquélla que establecen los colegiados respecto a las leyes locales y a los reglamentos de cualquier orden normativo.<sup>1381</sup>

Otros autores han señalado la incertidumbre e inseguridad jurídica que se produce con el ejercicio de esta facultad de emitir acuerdos competenciales. Con relación al Acuerdo 10/2000 y a la disposición que ordena que la competencia atribuida al Pleno de la Corte en materia de inconstitucionalidad de leyes locales pasa ahora a los tribunales colegiados, se ha aducido con reiteración que implica sustraer al primero su competencia de controlar la constitucionalidad de las leyes y la asignación a éstos no sólo de competencias referidas a la legalidad sino a la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose, por este motivo, en órganos terminales.

Cossío también ha advertido sobre el riesgo de que a través de consultas pueda extenderse la competencia de la Corte. Se refiere concretamente a la consulta hecha a la Corte por el presidente del Consejo de la Judicatura Federal 698/2000 P/L. En ella, la Corte se asigna competencias nuevas porque ningún precepto le otorga la atribución de conocer de consultas realizadas por otro órgano; asimismo, a través de ésta, el Pleno de la Corte conoció y resolvió asuntos que no tenían el carácter de controversia violando uno de las más importantes límites que tienen los órganos jurisdiccionales en virtud del principio de división de poderes. “La Corte violentó la Constitución al asignarse una competencia con que no contaba, es decir, violó de manera concreta la Constitución, en aras de buscar el respeto a una cierta interpretación o forma de construir el principio de división de poderes”.<sup>1382</sup>

<sup>1381</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1239, p. 148.

<sup>1382</sup> *Ibidem*, pp. 155-165.

### 7. Efectos de las resoluciones del juez constitucional

La iniciativa de reforma judicial de 1994 señaló que para consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad era imprescindible otorgar mayor fuerza a sus decisiones y ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de las leyes. Al respecto, es necesario recordar que el sistema de control constitucional mexicano, hasta antes de dicha reforma, tenía como una de sus características esenciales que “la definición de inconstitucionalidad sólo aprovecha en el caso concreto que motiva la reclamación, con lo que se excluyen las apreciaciones generales y se evita la derogación de la ley tachada de inconstitucional”.<sup>1383</sup> Hay que decir, sin embargo, que formalmente sí existió la posibilidad de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de las leyes.<sup>1384</sup>

Los efectos relativos eran norma en el derecho procesal constitucional mexicano, desde que se consagró la denominada “fórmula Otero” en el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847. La Constitución de 1917 y, antes, la de 1857, estableció, y conserva hasta la fecha, tratándose del juicio de amparo, que hasta 1994 era el control constitucional por excelencia, que “la sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándolos a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”. En consecuencia, las sentencias en juicio de amparo siempre son relativas, ya sea que versen sobre actos de autoridad o leyes, por ello se ha podido asegurar que en el sistema mexicano no existe amparo contra leyes inconstitucionales, sólo un “estado de excepción, contra la aplicación de esas leyes a un caso concreto”.<sup>1385</sup>

La razón original de esta fórmula fue, según lo explicó en su tiempo Rejón, quien desde la Constitución yucateca de 1840 había propuesto dicha solución, evitar que el Judicial se convirtiera en un poder temible; lo que sucedería si se tuviera la posibilidad de impugnar las leyes “de modo

<sup>1383</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 1321, p. 498.

<sup>1384</sup> Así lo observa Fix-Zamudio, Héctor, y señala también que se dio un único caso antes de 1994 y fue con relación al caso Oaxaca de 1932. En su trabajo: “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 115 y 150. La posibilidad de declaraciones de nulidad con efectos generales se previó desde las Siete Leyes, dictadas en 1836.

<sup>1385</sup> Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 1352, pp. 18 y 30.

teórico y general”. Otorgar este poder al órgano judicial, decía, implicaría hacerlo censor del legislativo y permitirle entrar a la escena política propiciando el enfrentamiento entre poderes. La inaplicación, no anulación de la ley, al contrario, provocaría que el Poder Judicial no se hiciera superior a la ley ni pudiera colocarse contra el legislador. Sus sentencias, por ello, “no tendrán por objeto más que descargar el golpe sobre un interés personal y la ley sólo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos la ley así censurada no quedará destruida: se suspenderá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Sólo perecerá por fin poco a poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia”. Con claridad se puede apreciar, en el pensamiento de este destacado jurista, la idea del necesario equilibrio de poderes y, concretamente, el respeto al valor de la ley. Mariano Otero, en 1847, afirmó que el sistema que proponía, y que posteriormente se consagró para el Poder Judicial, “sin hacerse superior a la ley, ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace impotente”. En términos similares, en la exposición de motivos de la Constitución de 1857 se señaló que se consagraba un procedimiento “que si bien deje sin efecto en aquel caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima al poder soberano de que ha nacido, sino que lo obligue por medios indirectos a revocarla por el ejercicio de su propia autoridad”. Todavía durante la elaboración de la Ley de Amparo de 1861 se discutió la legitimidad democrática de los jueces para declarar la nulidad de las leyes. El diputado Couto afirmó:

Desde el momento en que pueda ponerse en duda la validez de una ley; desde que haya una autoridad que pueda declarar que los ciudadanos no la deben cumplir, quedará enteramente desvirtuada, y resultará que un juez de distrito tenga más respetabilidad que toda la representación nacional, y que el voto de uno sólo tenga más valor que ciento y tantos diputados que hayan podido expedir la ley. No solamente habrá, pues, conflictos, sino que las leyes no tendrán valor alguno desde el momento en que un juez cualquiera las pueda tachar de inconstitucionalidad... No nos cansemos: aprobar el presente proyecto sería establecer un principio completamente antidemocrático; sería sujetar la opinión de la mayoría a una minoría insignificante.<sup>1386</sup>

<sup>1386</sup> Cit. por Cabrera, Lucio, “La jurisprudencia”, en *La Suprema Corte y el pensamiento jurídico*, cit., p. 231. Es muy importante señalar, que este argumento, incluso, años más tarde, con la expedición del Código de Procedimientos Federales de 1897, sirvió de fun-

Estos argumentos que sirvieron para justificar la no procedencia de la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes, también permitieron, posteriormente, y al decir de algunos de nuestros tratadistas, la consagración constitucional del juicio de amparo. Gaxiola señalaría, algunos años después, que esta fórmula, al prohibir las declaraciones generales, “daba estabilidad a la institución y permitía que los tribunales desempeñaran su función de guardianes de las garantías individuales sin poner en pugna el Poder de la Corte con el del Legislativo y Ejecutivo”.<sup>1387</sup> Mariano Azuela aseguraba que la importancia política de este principio era extraordinaria, ya que hacía imposible el enfrentamiento entre poderes, lo que, por el contrario, se propiciaría de aceptarse la anulación *erga omnes*. “Cuando el poder controlador, decía, dispone de capacidad para derogar las leyes degenera fácilmente en un poder político que, rompiendo todo equilibrio con los poderes controlados, se erige en poder soberano y puede sustituir la norma constitucional por su libre arbitrio”.<sup>1388</sup> Burgoa opinaba que en gran medida este principio había contribuido a la sobrevivencia del amparo en nuestro “turbulento” medio político, y que si existiera la declaración general de inconstitucionalidad, el órgano de control asumiría el papel de legislador provocando el desequilibrio de los poderes estatales y la supeditación del Legislativo al Judicial.<sup>1389</sup>

Sin embargo, desde hace varios años, y cada vez con mayor insistencia, se sostiene la necesidad de suprimir la “fórmula Otero”, por “vergonzosa”, “estéril y perjudicial”, y establecer la declaración general de inconstitucionalidad, concretamente, en el caso del amparo contra leyes, con objeto de hacer efectiva la supremacía de la Constitución. La razón de esta propuesta, inclinada a anular e incluso a no considerar para nada los argumentos de su establecimiento, es, para algunos autores, la mejor constatación de que dicha fórmula ha cumplido su función histórica. Si en el siglo pasado, se dice, su existencia se justificó por las condiciones políticas, sociales y económicas del país, y fue de gran importancia para el desarrollo del amparo, en el momento actual estas circunstancias son totalmente diversas. Zaldívar Lelo de Larrea escribe: “es difícil imaginar que

damento para eliminar el carácter obligatorio de la jurisprudencia. Al respecto véase Carbonell, Miguel, “Una aproximación al surgimiento histórico de la jurisprudencia en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 199-200, 1995, p. 72.

<sup>1387</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 1321, p. 502.

<sup>1388</sup> *Cit. por* Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 27a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 277.

<sup>1389</sup> *Ibidem*, p. 276.

un instrumento controlador con efectos generales hubiera podido desenvolverse en el México del siglo XIX, así como durante el régimen priísta que constituyó el llamado *sistema político mexicano* durante la mayor parte del siglo XX”. El principio de relatividad debe superarse con el fin de adaptar el juicio de amparo a los tiempos actuales en los que “existe una clara masificación y tecnificación de los conflictos jurídicos” que exigen celeridad en su resolución y respeto al principio de igualdad de los gobernados ante la ley. La limitación de los efectos de las sentencias ha provocado, se afirma, la vulneración o escarnio de la supremacía de la Constitución, la afectación de la regularidad del orden jurídico, el rezago del propio juicio de amparo en comparación con instituciones similares de otros países, el retraso en la labor de la Corte, la trasgresión del principio de economía procesal, la inadecuada defensa de la Constitución por parte del Poder Judicial Federal, y la afectación de la interpretación de las normas constitucionales que no influye sino al reducido número de personas que obtienen sentencia favorable, “pero no a las políticas públicas o a la distribución de competencias entre los distintos actores sociales”.<sup>1390</sup> La consignación de los efectos generales permitirá, según esta corriente doctrinal, que la Corte realice un control más efectivo y eleve su prestigio social, ya que la conservación de los efectos particulares ha convertido a la jurisprudencia en la burla de los poderes federales y locales y puede propiciar el colapso del sistema judicial. Además, la consagración de los efectos generales de las sentencias evitará la repetición de procesos sobre la validez de la misma norma (economía procesal) e instalará el principio de igualdad en el corazón de los instrumentos que integran la justicia constitucional. Este último pretende ser el argumento de fondo para combatir las desaplicaciones de las disposiciones legislativas, ya que con ellas:

Se viola el principio esencial de igualdad de los gobernados ante la ley, que es uno de los valores básicos de un régimen democrático, en cuanto la desaplicación particular implica que, frente a una ley inconstitucional, las personas que cuentan con recursos económicos para lograr el asesoramiento de abogados expertos no tienen obligación de cumplirla al haber

<sup>1390</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 189; Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *op. cit.*, nota 1357, pp. 115 y 116; Carbonell, Miguel, “Algunas posibles reformas al Poder Judicial en México”, en Vega, J. y Corzo, E. (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 67 y ss.

figurado como partes en los propios juicios de amparo en el caso de haber obtenido un fallo favorable, en tanto que un número generalmente mayor de personas, las que por su limitación de recursos económicos y por su inadecuada preparación cultural no han contado con ese asesoramiento, deben acatar las disposiciones legales contrarias a los preceptos fundamentales.<sup>1391</sup>

La cada vez más definida tendencia a favor de la derogación de la “fórmula Otero” en caso de la inconstitucionalidad de leyes, ha servido incluso para asegurar que ése es el camino hacia el desarrollo de una justicia constitucional auténtica<sup>1392</sup> que permita reforzar la cohesión jurídica y social consagrada en la Constitución. Fix-Zamudio, hace algunos años, daba las pautas necesarias para establecer, de forma prudente, tomando en cuenta “el peso de la tradición”, la declaración general de inconstitucionalidad en México. El presupuesto necesario, dijo, es superar nuestra concepción tradicional de la división de poderes, el miedo de que dicho instrumento conlleve una invasión de las facultades del Congreso de la Unión, y el temor de que la atribución de dicha facultad propicie un enfrentamiento entre la Suprema Corte y los otros dos órganos del poder. Propuso, además de un proceso de adaptación que permitiera arraigarla en la práctica judicial, que se adoptara, inicialmente, un sistema intermedio y se requirieran varias decisiones de la Corte declarando la inconstitucionalidad de una norma para que se produjera la ineficacia general de la misma. Así, sugirió que:

Cuando el tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país establezca en jurisprudencia obligatoria... que determinado precepto es inconstitucional, el quinto fallo se publique en el *Diario Oficial de la Federación* y, a partir de ese momento, dicha disposición legal quede sin efecto para el futuro, sin perjuicio de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva.<sup>1393</sup>

<sup>1391</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1318, p. 229. Muy incisivo en este argumento también Pérez Fonseca, Alfonso, *op. cit.*, nota 1256, pp. 172 y 173.

<sup>1392</sup> Horn, Hans-Rudolf, *op. cit.*, nota 557, p. 1059.

<sup>1393</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1318, p. 230; en la misma obra, “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos, pp. 519 y 521. También, y la cita concreta es del trabajo titulado, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit.*, pp. 233 y 235.

En la propuesta de la nueva Ley de Amparo se establece la declaración general de inconstitucionalidad en el caso de amparos que se presenten contra leyes, con algunas modalidades que no es el caso reseñar aquí. La justificación de su introducción está, precisamente, en el principio de igualdad ante la ley: la supremacía de la Constitución, se dice, “no puede depender de la capacidad económica de los individuos para acudir al juicio de amparo”. Sin embargo, no se ha considerado suficientemente que dicha propuesta, como ha puesto de manifiesto Cossío, implica o debería implicar, y este es su auténtico trasfondo, la intención de construir un modelo específico de justicia constitucional, porque atribuir a la Corte la facultad de anular una ley debe ser congruente con una concepción o idea específica de la Constitución, del orden jurídico y del funcionamiento de los órganos estatales. Con esta atribución, desde el punto de vista orgánico, la Corte se convertiría no sólo en un órgano encargado de proteger, a través del amparo, los derechos subjetivos de los ciudadanos, función casi exclusiva asignada ahora a dicho instituto, sino a la propia Constitución en su conjunto, fungiendo, además, como límite a los excesos de las mayorías parlamentarias; desde el punto de vista procesal, los actores promoventes del juicio pasarían a convertirse, de defensores de sus particulares intereses, a defensores de la supremacía constitucional, por lo que la procedencia de la acción, al no estar relacionada con el interés de una persona, podría ser concebida en términos más amplios y generosos; y, en fin, esta atribución significaría “la garantía de igualdad en el orden jurídico, al entenderse que no se trata más de que cada una logre la defensa de un interés concreto y con independencia de la posición de los demás, sino que todos puedan gozar de condiciones jurídicas homogéneas sin importar su concreta posición jurídica o sus particulares posibilidades de acceso a la justicia”.<sup>1394</sup> A la justicia constitucional mexicana la guiaría, en adelante, la idea de proteger el ordenamiento constitucional y los derechos fundamentales consagrados en el mismo.

En el mismo proyecto que comentamos se consagra la facultad de la Corte para emitir declaraciones de “interpretación conforme”; es decir,

<sup>1394</sup> Cossío, José Ramón y Zaldívar, Arturo, “¿Una nueva ley de amparo? IV”, *Este País*, México, agosto de 2001, pp. 33-36. También, de este último, *op. cit.*, nota 1357, pp. 120-122. Este autor ha recalcado la importancia de reflexionar sobre “el tipo de justicia constitucional que queremos los mexicanos”, en “Suprema Corte y democracia en México”, *Lex*, México, núm. 84, 2002, p. 25; *id.*, “La justicia constitucional en México. Balances y retos”, en *Tribunales y justicia constitucional, cit.*, p. 439.

se otorga la facultad expresa a nuestro máximo tribunal de señalar de forma vinculante qué interpretación normativa es aceptable dentro del marco de la Constitución, lo que constituye para nosotros, por lo que dejamos dicho en el capítulo segundo de este trabajo, una extensión de las posibilidades de la Corte de influir en la vida jurídica y política del país.

Con la introducción de las acciones de inconstitucionalidad y la reactivación de las controversias constitucionales se ha aceptado que las resoluciones judiciales anulen, con efectos generales, las normas que sean declaradas contrarias a la Constitución. “Con esto se rompe con una barrera sicológica, se diría, construida alrededor de la famosa «fórmula Otero» en el juicio de amparo” desde 1847 y se produce una de las “innovaciones más importantes que nuestro régimen jurídico haya tenido a lo largo de su historia”.<sup>1395</sup> La sentencia estimatoria, en estos procesos, prácticamente deroga la norma declarada inconstitucional. En la exposición de motivos que se presentó para la reforma de 1994, se apunta que con esta facultad se otorga mayor fuerza a las decisiones de la Suprema Corte y se amplía “su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de las leyes”.

En el caso de las *controversias constitucionales*, no todas las resoluciones tienen efectos generales; algunas las tendrán, pero otras solamente producirán efectos entre las partes. Se pueden distinguir los siguientes supuestos respecto a los efectos de las sentencias en este instrumento procesal.<sup>1396</sup>

- a) Cuando la Federación impugne normas generales estatales o municipales o los estados impugnen normas generales municipales, las resoluciones estimatorias de los ministros tendrán efectos generales cuando hubieren sido aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos.
- b) Cuando se combatan normas generales por órganos de un mismo orden normativo las resoluciones estimatorias tendrán efectos generales cuando hubieren sido aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos. De no presentarse la votación requerida no habrá pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado.

<sup>1395</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 123; Laynez Potisek, Javier, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional: su impacto en la administración pública federal”, *cit.*, p. 96.

<sup>1396</sup> Carpizo, Jorge *et al.*, *op. cit.*, nota 1253, p. 774.

- c) Cuando los municipios impugnen normas generales de carácter estatal o federal o los estados reclamen normas generales federales, las resoluciones que declaren la inconstitucionalidad tendrán efectos generales, si bien circunscritos al ámbito del orden jurídico que hubiese obtenido sentencia favorable. En estos casos no se requiere de votación calificada, sino sólo mayoritaria a partir del quórum de asistencia de siete ministros que es la que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

De este modo resulta curioso que cuando la Federación impugna normas estatales o normas municipales o los estados normas municipales, la anulación de la disposición cuestionada requiere de ocho votos, mientras que cuando los estados impugnan normas federales o los Municipios normas federales o estatales, únicamente se requiere una mayoría simple.<sup>1397</sup>

- d) Cuando las controversias versen sobre normas individuales, los efectos de las sentencias se limitarán a las partes en conflicto.

En resumen, los supuestos en que las resoluciones pueden tener efectos erga omnes en el caso de las controversias constitucionales son: a) cuando la Federación impugne disposiciones generales de los estados y municipios; b) cuando los estados impugnen disposiciones generales de los municipios; c) controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; d) controversias entre dos poderes de un mismo estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y e) controversias entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales. Los efectos generales se producirán en caso de que hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los ministros. Todas las otras resoluciones tendrán efectos solamente entre las partes.

En las *acciones de inconstitucionalidad* se acepta también la posibilidad de la anulación con efectos generales de una norma contraria a la Constitución siempre que sea aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos. Cuando no se reúnan los votos, la Corte no hará ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad y, como señala el artículo 72 de

<sup>1397</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 34.

la Ley Reglamentaria del Artículo 105, desestimaré la acción ejercitada y ordenaré el archivo del asunto. En consecuencia, la sentencia sólo se dicta cuando se reúnen ocho votos de los ministros y únicamente se declarará si las normas son inconstitucionales, produciéndose los consiguientes efectos anulatorios generales.<sup>1398</sup>

Mucho se ha criticado el número de votos que se requieren para efectuar una declaración de inconstitucionalidad. El porcentaje de la votación que se solicita constituye una mayoría supercalificada (72%) que, se dice, es inconveniente y hace muy difícil la declaración de inconstitucionalidad.<sup>1399</sup> Para Fix-Zamudio, este porcentaje es muy alto y limita gravemente el desarrollo de los instrumentos de justicia constitucional: “nos parece un error grave, dice, que sin duda afectará la eficacia de este instrumento de garantía constitucional. En efecto, en una materia tan compleja como lo es una controversia sobre la constitucionalidad de normas generales, no se debe exigir una votación calificada”.<sup>1400</sup> Otros autores han considerado que este sistema se presta a la politización de la Corte, “entorpece la función principal de realizar un verdadero control directo de la Constitución” y representa “un obstáculo más para alcanzar la plena eficacia de la justicia constitucional”.<sup>1401</sup> Asimismo, se ha dicho que la exigencia “de mayoría reforzada, superior a la mayoría simple por la que razonablemente ha de resolver un órgano jurisdiccional colegiado, carece de todo sentido y supone una extrapolación inadmisibles de las reglas del procedimiento parlamentario al proceso judicial”.<sup>1402</sup> En esta virtud, y para evitar, se afirma, que no tenga efecto la opinión que den la mayoría de los ministros en contra de una ley, se ha propuesto que se disponga que “cuando se pronuncien 6 o 7 votos a favor de la inconstitucionalidad de una norma, se elabore una resolución que sea enviada en calidad de recomendación al órgano legislativo que la aprobó a fin de que este reconsidere, si así lo decide, la norma y eventualmente apruebe una nueva”.<sup>1403</sup>

<sup>1398</sup> *Idem.*

<sup>1399</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1250, p. 92; Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 124.

<sup>1400</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1254, p. 224.

<sup>1401</sup> Rabell García, Enrique, *op. cit.*, nota 1365, p. 231.

<sup>1402</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1322, p. 324.

<sup>1403</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 125. Este criterio es compartido por Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1322, p. 325.

La importancia de estos cambios se entiende si captamos que “la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales es el arma más contundente en el arsenal de la justicia constitucional”.<sup>1404</sup> Lejos ha quedado la advertencia que hace algunos años hiciera Rosen: “pedir que en América Latina los jueces declaren leyes inconstitucionales con efectos erga omnes es precipitarlos a jugar un papel político para el cual no se encuentran preparados por falta de temperamento y experiencia”. Por el contrario, ahora se asegura que aceptando los efectos generales de las sentencias, el Estado de derecho se fortalece. Sin embargo, hay que decir que en México la aceptación de la posibilidad de declarar con eficacia erga omnes la inconstitucionalidad de las leyes en caso de las acciones de inconstitucionalidad, no significa la consagración de un “monopolio de rechazo” en manos de la Suprema Corte, ya que, como con acierto señala Brage, en otro tipo de acciones los jueces continúan inaplicando las leyes que consideren inconstitucionales en determinados casos concretos.

Pero la procedencia de la declaración general de inconstitucionalidad ha revivido el reclamo de aceptar también los efectos generales en el amparo contra leyes, y difundido la idea de que cuando una norma general sea declarada inválida, dicha invalidez no sólo recaiga en las normas objeto de la controversia, “sino también en aquellas normas cuya propia invalidez derive de la norma declarada inconstitucional” pues esta es, se afirma, “la única vía posible para garantizar auténticamente la supremacía de la Constitución y para darle efectos plenos a las declaraciones de inconstitucionalidad de normas generales”.<sup>1405</sup> Según datos del maestro Fix-Zamudio, hasta 2001, la Suprema Corte había declarado la invalidez, con efectos generales, de nueve normas generales impugnadas a través de controversias constitucionales, y veinticinco normas generales impugnadas en acciones de inconstitucionalidad.

Hay otros temas, relacionados con los efectos de las sentencias que dictan los jueces constitucionales, que también han sido introducidos, como una novedad, en el sistema de justicia constitucional en México. El primero de ellos es el relacionado con los *efectos temporales* de las sentencias. Con relación a esta cuestión, son dos las características básicas de estos recursos: los efectos se producirán a partir de la fecha en que lo determine la Suprema Corte y no tendrán efectos retroactivos

<sup>1404</sup> Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 1252, p. 124.

<sup>1405</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “El artículo 105 constitucional”, *La actualidad de la defensa de la Constitución, México*, SCJN-UNAM, 1997, p. 303.

salvo en materia penal, es decir, los efectos son *pro futuro*, con algunas excepciones, según lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción III del artículo 105 de la Constitución y 45 de la Ley Reglamentaria. Como escribe Cossío, debe suponerse que la prohibición de retroactividad se refiere a las resoluciones que declaren la invalidez de normas de carácter general y no de carácter particular<sup>1406</sup> y su objeto es evitar la “inseguridad retroactiva” y, claro está, evitar las consecuencias graves a que pueda dar lugar la anulación de una ley con efectos retroactivos.<sup>1407</sup>

Con respecto al plazo de vigencia de la ley declarada inconstitucional, se atribuye a la Corte la facultad de determinar, tanto en el caso de las acciones como de las controversias, la fecha en que las sentencias de invalidez empezarán a tener efectos. Así lo señala el artículo 45 de la Ley Reglamentaria. Esto significa que la Corte, al analizar cuáles son las consecuencias e implicaciones políticas de declarar la inconstitucionalidad de una norma o tratado internacional, definirá el momento en que comenzará a surtir efectos la sentencia. Claro está que aunque el Tribunal tiene la posibilidad de fijar el plazo en que surtirá efectos la anulación de una ley, esto no quiere decir que lo pueda realizar con arbitrariedad; cada vez que fije un plazo, debe argumentar el motivo del tiempo fijado, ya que, como es obvio, no todos los casos necesitan del mismo plazo.

Otro tema importante es el del valor de los *considerandos* de las sentencias. El artículo 43 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional establece que las razones que funden las sentencias aprobadas serán obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales del país incluyendo a los tribunales administrativos y del trabajo. Como escribe Fix-Zamudio al comentar esta disposición:

Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por lo menos con ocho votos, serán obligatorias para las salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales y locales.

Esto implica la introducción de “una importante modificación al sistema de precedentes judiciales o de jurisprudencia obligatoria en el ordena-

<sup>1406</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1286, p. 1064.

<sup>1407</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 1282, p. 838.

miento mexicano”.<sup>1408</sup> En adelante, las consideraciones que sustentan los fallos, es decir, las argumentaciones o razonamientos mediante los que la Suprema Corte fundamenta el sentido de las resoluciones que dicte,<sup>1409</sup> serán obligatorias o vinculantes.

Si tomamos en cuenta, como lo hicimos en el capítulo segundo de este trabajo, que la *ratio decidendi* es el grado máximo de eficacia persuasiva de la resolución jurídica contenida en la sentencia, con la disposición citada la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte se refuerza ya que ahora no sólo puede declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, sino imponer interpretaciones vinculantes, “comprometiendo la libertad interpretativa de los futuros aplicadores del derecho”.<sup>1410</sup> Las razones o motivos en que se sustentan las decisiones, las declaraciones que interpretan la Constitución, tienen ahora naturaleza constitucional y efectos obligatorios. Así damos la razón a García Pelayo, quien escribía que la parte fundamental de las sentencias, cuando se trata de la jurisdicción constitucional, no es el fallo sino la motivación de las mismas. “La escisión entre lo resuelto y los considerandos es particularmente insostenible cuando se trata de sentencias constitucionales”.<sup>1411</sup>

Atribuir efectos obligatorios a las razones de las resoluciones refuerza, sin duda, la conversión de la Suprema Corte en intérprete auténtico de la Constitución, ya que, con ello, como escribe Cossío, no es sólo la tesis lo que va a ser obligatoria, sino el conjunto de consideraciones expuestas de manera general para sustentar el fallo.<sup>1412</sup> Pero lo anterior también obliga a los jueces a tener mucha cautela en el momento de fijar en el fallo una interpretación de las normas legales más aún cuando no existe una experiencia apreciable sobre la interpretación y aplicación de los preceptos impugnados.<sup>1413</sup>

Otros temas importantes no podemos abordarlos aquí, sin embargo, es necesario aunque sea señalar que una característica importante de las sentencias derivadas de una acción de inconstitucionalidad es que la Suprema Corte, como establece el artículo 71 de la Ley Reglamentaria,

<sup>1408</sup> Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 1247, p. 843.

<sup>1409</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 37.

<sup>1410</sup> García Canales, Mariano, *op. cit.*, nota 463, p. 308.

<sup>1411</sup> Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, p. 178.

<sup>1412</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1276, p. 37.

<sup>1413</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 581.

puede fundar su declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado por las partes en el escrito inicial, salvo en materia electoral. El principio con el que se pretende justificar esta disposición es con el de unidad de la Constitución, que obliga a los recurrentes a considerarla como un todo en el momento de interponer recursos. Lo que resulta claro es que con esta norma se otorga al Tribunal la posibilidad de actuar de oficio y ampliar por su cuenta el canon de constitucionalidad propuesto en el momento de interponer la acción. Además, en caso de que se declare la invalidez de una norma, los efectos de la sentencia deben “extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”, lo que, como observa Brage, representa una quiebra del principio de congruencia, que exige que exista una exacta correlación entre el *petitum* de la demanda y el contenido del fallo.<sup>1414</sup>

No sobra recordar al respecto que el artículo 190 de la Ley de Amparo establece que las sentencias no comprenderán “más cuestiones que las legales propuestas en la demanda de amparo; debiendo apoyarse en el texto constitucional de cuya aplicación se trate y expresar en sus proposiciones resolutivas el acto o actos contra los cuales se conceda el amparo”. Fix-Zamudio señala, cuando se refiere a los casos de suplencia que existen en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, que si dicha suplencia existe para salvaguardar no sólo los derechos fundamentales, como sucede en el amparo, sino todo el sistema constitucional, esto significa que la Suprema Corte tiene la facultad de analizar la constitucionalidad no únicamente de las normas generales impugnadas expresamente sino también aquellas que estén relacionadas con las que se combaten en el proceso constitucional. Es decir, puede declarar la invalidez de normas no impugnadas expresamente por las partes con la única limitante de su relación con las que sí han sido combatidas.

Otra cuestión importante es la obligación de publicar todas las resoluciones estimatorias de manera íntegra. Esto es una importante novedad en el derecho mexicano, que se traduce en que para que se produzca una declaración estimatoria no basta con la sentencia, es necesaria también su publicación para que surta efectos. Asimismo, se consagra que la sentencia sólo producirá efectos a partir del día de su publicación, lo que

<sup>1414</sup> Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 1243, p. 224.

impone la pregunta sobre lo que debe ser publicado. Podría pensarse, por seguridad jurídica, no sólo en publicar la sentencia, sino también la impugnación de la norma para que todos conozcan que una determinada normativa ha sido impugnada y que posiblemente pierda su eficacia.

Resulta importante señalar, por último, la tendencia existente para hacer que la jurisprudencia de la Corte extienda su ámbito de acción y ejerza mayor influencia en la definición del contenido de las normas jurídicas que integran el orden normativo. Esta ampliación de la importancia de la jurisprudencia resulta más apreciable si recordamos las características generales que poseía en 1917: era establecida sólo por el Pleno de la Corte, por ningún otro tribunal federal; se limitaba a la interpretación de la Constitución y leyes federales, excluyéndose cualquier ley estatal, reglamento o acto de autoridad; se creaba al dictar sentencias en juicios de amparo; y su obligatoriedad sólo comprendía a los jueces de distrito, es decir, no vinculaba “ni al legislador, ni a las autoridades administrativas, ni a los tribunales o jueces comunes”.<sup>1415</sup> Los límites de la facultad interpretativa de la Corte, que tradicionalmente estaban circunscritos a la Constitución y leyes federales, se fueron extendiendo paulatinamente. En 1951 (fecha en la que se estableció por vez primera la existencia de la jurisprudencia en la Constitución) se amplió su facultad para interpretar y establecer jurisprudencia respecto a los tratados internacionales y, en 1968, se le otorgó competencia para interpretar, con carácter obligatorio, leyes y reglamentos locales. A partir de entonces, los tribunales federales establecen jurisprudencia sobre casi todas las normas del país, es decir, interpretan y determinan “jurisprudencialmente el sentido de las disposiciones de carácter general de todo el orden jurídico mexicano”.<sup>1416</sup> En diversas ocasiones se ha sugerido, también ahora con la propuesta de nueva Ley de Amparo, reducir el número de ejecutorias necesarias para crear jurisprudencia. Ya Carrillo Flores opinaba que era “ilógico exigir precisamente un número mágico de ejecutorias y de votos para que la Suprema Corte contribuya a la formación y a la depuración del derecho mexicano”, y que este requisito no era sino una confirmación de que no existía en “los hábitos mentales de los juristas mexicanos que la jurisprudencia sea una auténtica fuente de derecho”. Por ello propuso que la

<sup>1415</sup> Cabrera, Lucio, “La jurisprudencia”, en *La Suprema Corte y el pensamiento jurídico*, cit., p. 249.

<sup>1416</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José R., *op. cit.*, nota 1245, p. 158.

jurisprudencia de la Corte fuera obligatoria desde la primera ejecutoria y para todas las autoridades, incluso para los congresos.<sup>1417</sup>

Al respecto es muy importante señalar que con la introducción de las acciones de inconstitucionalidad y el fortalecimiento de las controversias constitucionales en nuestro país y su regulación a través de la ley reglamentaria correspondiente se introdujo la posibilidad de que los criterios contenidos en las resoluciones del Pleno de la Corte vinculen, desde la primera resolución, con carácter obligatorio, a los órganos sujetos al sistema. También hay que advertir que la obligatoriedad de la jurisprudencia se ha extendido a diversos órganos paulatinamente. En la Ley de Amparo de 1919, a los magistrados de circuito, tribunales de los estados y del Distrito Federal y territorios; en la Ley de 1936, a las juntas de conciliación y arbitraje; en 1951, a los tribunales colegiados de circuito, y con la reforma constitucional de 1968, a los tribunales militares, administrativos y del trabajo locales. La tendencia de extender el ámbito de obligatoriedad de la jurisprudencia continúa (incluso, por ejemplo, se reclama la vinculación de la jurisprudencia respecto al Consejo de la Judicatura Federal), a pesar de que se conserva el criterio de que ésta no vincula directamente a los órganos ejecutivos ni al Poder Legislativo, de conformidad con los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo. Gudiño Pelayo ha resaltado, en un interesante trabajo, que los artículos citados, “al no incluir a los órganos que integran al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo entre aquellos que les es obligatoria la jurisprudencia”, cuestión que representa “una falla estructural del sistema jurídico mexicano”, “un estado de excepción constitucional”, violan el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que establece la obligación de toda autoridad de fundar y motivar sus resoluciones “en la interpretación que hace la Jurisprudencia de la Constitución y de la ley secundaria” y evitan que el sistema de jurisprudencia tenga congruencia lógica y, por tanto, integre e interprete todas las normas que componen el orden jurídico mexicano. Si no se reconoce y establece dicha obligatoriedad, dice el ministro de la Corte, estamos aceptando que existen dos tipos de leyes: una *ley depurada* cuya interpretación ha sido establecida por la jurisprudencia y una *ley en bruto* que corresponde acatar a las autoridades administrativas, “o mejor dicho, que una misma ley puede tener dos significados y dos tipos de vinculación con los destinatarios de la misma, según el sujeto que le corresponda exigir su cumplimiento”. Lo más interesante y polémico de

<sup>1417</sup> Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, pp. 171 y 176.

esta tesis, cuyo fundamento en la propia Constitución parece indudable, es la concepción que le sirve de base. Para Gudiño:

el error consiste en considerar que la ley y la jurisprudencia son dos cosas distintas, cuando en realidad la Jurisprudencia es la única forma válida como debe interpretarse la ley, es parte esencial de la ley, no un añadido que el legislador pueda decidir que a unos obligue y a otros no. En otras palabras, la ley dice exacta y únicamente lo que la Jurisprudencia establece, no tiene, ni puede tener, otro sentido ni otro significado. En consecuencia para toda autoridad la ley ordena lo que la jurisprudencia ordena, pero no sólo para los órganos jurisdiccionales.<sup>1418</sup>

## II. CONTROL CONSTITUCIONAL Y CAMBIO POLÍTICO EN MÉXICO

Como hemos tratado de mostrar, y con gran acierto apunta Fix-Zamudio, el control constitucional en México ha experimentado cambios sustanciales. Ha evolucionado tan notablemente que actualmente se considera que la Corte no es ya sólo un órgano encargado de dirimir los negocios de los particulares, “hoy día es ya un poder de equilibrio y de estabilidad nacional, que además, tiene encomendada la alta responsabilidad, al paraje de los otros dos poderes, de cumplir con los fines y propósitos de la nación”.<sup>1419</sup> Se asegura que el amparo, las acciones de inconstitucional-

<sup>1418</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, nota 1379, p. 272, y nota 1249, pp. 138 y ss. Para este autor, si queremos dar congruencia al sistema mexicano de control constitucional hay dos caminos: dar efectos generales a las resoluciones de amparo que resuelvan la constitucionalidad de una ley u otorgar obligatoriedad a la jurisprudencia respecto a toda autoridad. “La fórmula Otero en el proyecto de una nueva Ley de Amparo”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, p. 168. Recuérdese que en 1878, Ignacio Mariscal, creador de la jurisprudencia mexicana, había sostenido la obligatoriedad de la interpretación de la Constitución “para todos los departamentos del gobierno federal y para todo el pueblo, en cuanto sus derechos y deberes emanan de la Constitución y son afectados por ella”. *Cit.* por Cabrera, Lucio, *op. cit.*, nota 1415, p. 242. Similar propuesta en Acosta Romero, Miguel y Pérez Fonseca, Alfonso, *op. cit.*, nota 1256, pp. 223 y 224. Es interesante la observación que hace Magaloni en el sentido de que si la Corte logra asegurar que los tribunales inferiores acaten su jurisprudencia, los poderes legislativo y ejecutivo cambiarán sus formas de proceder, aunque no estén vinculados directamente a dicha jurisprudencia. Magaloni, Ana Laura, “La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana”, *cit.*, p. 268.

<sup>1419</sup> Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., *op. cit.*, nota 1294, p. 470. Concha Cantú señala que en un proceso de transformación estatal las instituciones judiciales son instituciones

lidad y las controversias constitucionales han consolidado un auténtico “sistema nacional de defensa de la constitucionalidad” y conformado “un sistema completo de garantías constitucionales”, que permiten a nuestro máximo tribunal “intervenir de manera directa en los procesos políticos” mediante la resolución de cada vez más conflictos, coadyuvar al desarrollo democrático, arbitrar en forma imparcial y objetiva las controversias entre poderes, estabilizar el ejercicio del poder público<sup>1420</sup> y determinar los sentidos de las normas constitucionales. “Mediante las resoluciones, da fin a la situación de enfrentamiento que se haya presentado; mediante las interpretaciones, prevé los sentidos que habrán de tener las normas jurídicas y, con ello, determina los cauces por los que debe conducirse la lucha política”.<sup>1421</sup>

Respecto a este último tema, Fix-Zamudio afirmó, desde hace varios años, en distintos trabajos, que el efecto más importante de la conversión de la Corte en tribunal constitucional se daría en su función de intérprete de la Constitución. Fix-Fierro, en la misma línea, opina que las más recientes reformas en materia de justicia han otorgado a la Corte “nuevas posibilidades de realizar una auténtica interpretación constitucional”, lo que coincide con la característica básica que se le asigna a los tribunales constitucionales, “la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”.<sup>1422</sup> Más aún, autores como Gudiño Pelayo han llegado a afirmar que las resoluciones dictadas por la Corte al interpretar la Constitución, al ser parte de ésta, son expresiones de la soberanía popular, por poseer los dos elementos que caracterizan a este concepto: la supremacía y la independencia, y que la propia Corte, en esta virtud, es el único poder real y efectivamente soberano, por lo que su situación es de superioridad con relación a los restantes poderes. No extraña que, como corolario de esta afirmación, este autor, parafraseando a Charles Evans Hughes, afirme que “nuestra Constitución dice, ordena o permite

clave: “no podemos entender un proceso de transformación estructural estatal, un proceso de transición como el que estamos viviendo, si no entendemos el papel clave de las instituciones encargadas de administrar justicia”. Concha Cantú, Hugo A., *op. cit.*, nota 1241, p. 20.

<sup>1420</sup> Hernández Chong Cuy, María A. y Olvera López, Juan J., *op. cit.*, nota 1275, p. 396.

<sup>1421</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “Régimen democrático e interpretación constitucional en México”, *cit.*, p. 179.

<sup>1422</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 1322, p. 67.

lo que la SCJ dice, ordena o permite”, lo demás carece jurídicamente de trascendencia.<sup>1423</sup>

Si bien se está produciendo en nuestro país un importante crecimiento de la importancia del órgano de control constitucional, sus competencias e influencia en los procesos políticos y sociales, nos deja insatisfechos la ausencia de una definición sustantiva de la posición que debe asumir, el papel que debe cumplir y el sentido que debe orientar su actividad en esta etapa tan importante para el país, principalmente, en materia de interpretación constitucional. Los cambios constitucionales de 1994 se pueden analizar como parte de la transformación del modelo de Estado que México ha estado experimentando desde hace más de una década, por lo que, definitivamente, no resulta casual que la introducción en nuestro sistema de nuevos instrumentos procesales se halla dado en momentos de apertura democrática, más aún si consideramos que la historia demuestra la estrecha relación que existe entre democracia y justicia constitucional, relación que, al contrario de lo que pudiera pensarse, y como hemos señalado antes, es negativa o de orden inverso, pues la introducción o fortalecimiento de esta institución no es “un indicador de buena salud democrática, sino de todo lo contrario”.<sup>1424</sup> Es dentro de este contexto de importantes transformaciones políticas donde se deben incrustar las reformas tendientes a fortalecer el papel de la Suprema Corte como órgano de control. Y, así, como dice Cossío: “Si en algún momento de la historia del país la Suprema Corte ha adquirido una seria responsabilidad en la conducción del proceso democrático, es en la hora actual”.<sup>1425</sup>

En virtud de estas circunstancias y del conocimiento de otras experiencias nacionales, como las que hemos intentado mostrar en los anteriores capítulos de este trabajo, quizá deberíamos haber esperado que en la base de esta conversión de la Corte de Justicia mexicana en un órgano más activo en la vida jurídica y política de la nación, subyaciera, sobre todo pensando en su tarea más relevante, que es la interpretación de la norma básica, una idea determinada de la Constitución y de su posición dentro del sistema para así estar en actitud de llenar de sentido a las diversas normas y principios constitucionales. Lo lamentable es que, como ha

<sup>1423</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Problemas fundamentales del amparo mexicano*, México, Universidad Iberoamericana, 1994, pp. 255-260 y 266.

<sup>1424</sup> Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, *cit.*, p. 85.

<sup>1425</sup> Cossío, José Ramón, “Régimen democrático e interpretación constitucional en México”, *cit.*, p. 69.

probado Cossío, en estos primeros años de renovación de la Corte, no ha sido definido un paradigma hacia el cual desarrollar y hacer evolucionar las normas constitucionales ni se han determinado “las funciones, fundamentos y fines de la Constitución a partir de un cierto modelo de dominación política”. Esto ha traído como consecuencia que ni la jurisdicción ni la práctica constitucional ni la dogmática asuman el pleno sentido normativo de la Constitución; no se haya iniciado “un auténtico diálogo entre la sociedad y nuestro máximo tribunal”,<sup>1426</sup> no se ejerza un adecuado *self restraint*; que los propios órganos judiciales asuman facultades que la ley no les confiere e, incluso, se desnaturalicen algunas acciones de defensa de la Constitución, circunstancia que ha llevado a advertir sobre los riesgos de convertir a la Corte en un “ente cuasi omnipotente”.<sup>1427</sup>

No basta con afirmar que indiscutiblemente nuestra Corte de Justicia se ha convertido en un verdadero tribunal constitucional y ha dejado de ser un tribunal de casación, por su carácter de órgano constitucional *ad hoc* especializado en el conocimiento de asuntos jurídico constitucionales. Tamayo lo dice contundentemente: “conocer de cuestiones constitucionales no convierte a un tribunal en tribunal constitucional”.<sup>1428</sup> Contra el entusiasmo de la mayoría de los comentaristas sobre la existencia de un auténtico tribunal constitucional, Cossío revela que entre nosotros esta idea

se ha vuelto una especie de panacea que desde ese año (1988) justifica cualquier cambio. Bien a bien, no sabemos si el tribunal constitucional debe llegar a ser de tipo europeo, una generación autóctona o llegarse a parecer a la Corte estadounidense. Por el contrario, en apariencia sólo se trata de utilizar una muletilla que hace parecer progresivo todo cambio y, por ende, conferirle una amplia legitimidad.<sup>1429</sup>

<sup>1426</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1244, p. 103.

<sup>1427</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, México, Porrúa, 2000, p. 166.

<sup>1428</sup> Tamayo Salmorán, Rolando, “Una judicatura de amparo (una judicatura ¿para qué?)”, *Estudios en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, p. 470. Con los cambios ocurridos en 1994, dice García Belaunde, la Suprema Corte de Justicia mexicana más que un Tribunal Constitucional es “una corte ordinaria con prevalente función constitucional”. “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional, cit.*, npta 607, p. 150.

<sup>1429</sup> Cossío, José Ramón, *op. cit.*, nota 1244, p. 109. El mismo Cossío señala en otra obra: “sin haber establecido los supuestos, las funciones y las finalidades de una pro-

Y si es criticable carecer de una idea clara sobre la naturaleza de un tribunal constitucional y, más aún, que no se asuma plenamente la normatividad de la Constitución ni se desarrolle una concepción sobre la misma y que, como consecuencia, la labor interpretativa se efectúe bajo “una especie de vacío conceptual” o una cada vez mayor “fragmentación” de sentidos normativos, es igual de lamentable que la conformación de nuestro tribunal constitucional y de los elementos básicos que conforman los instrumentos procesales de la nueva justicia constitucional, no esté siendo precedida, o por lo menos continuada, por una discusión sobre los contenidos y significados de las normas constitucionales y sobre el valor y posición que tiene la ley en nuestro Estado, cuando, como hemos dicho antes, los sistemas que cuentan con este tipo de órganos se construyen, fundamentalmente, basados en el “privilegio de la ley”.

Ésta es precisamente la cuestión que a continuación desarrollaremos. En capítulos precedentes hemos tratado de mostrar el contexto político y jurídico institucional al que se enfrenta el control de constitucionalidad de las leyes con la idea de que, como observa Grassi, para comprender la esencia y función de la justicia constitucional, no basta una óptica estrictamente procesal, es necesario referirse al ámbito dentro del cual desarrolla sus funciones. Hemos abordado también el tema referido a los cambios que esta institución ha sufrido tratando de mostrar su evolución en otros Estados, ya que consideramos que para la adecuada conformación de este órgano, hay que tomar en cuenta todas las experiencias que proporciona el derecho comparado. Asimismo, señalamos las causas por las que esta institución ha crecido con gran rapidez y generado el entusiasmo de la ciudadanía, y, por último, mostramos algunos aspectos de su desarrollo en México.

De este análisis, lo primero que tenemos que decir es algo obvio a esta altura de nuestro discurso: los órganos de control, y entre ellos el mexicano, se han consolidado como parte importante de la cultura jurídica, son aceptados en todos los lugares donde se han establecido y han adquirido una sólida posición dentro del sistema jurídico y político. Se puede asegurar que se trata de una institución jurídica central del sistema político. Es más, sin el control judicial de la Constitución no podría entenderse la estructura del Estado actual ni el significado de la división

puesta... ¿qué importancia tiene el que se diga que la Suprema Corte, ahora sí, debe constituirse en un auténtico tribunal constitucional?”. “Los supuestos de la constitucionalidad”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., p. 152.

de poderes ni los derechos fundamentales ni la Constitución misma. En virtud de ello, como han asegurado diversos autores, no se puede pensar en la eliminación o amplia limitación de dicho control sin arriesgarse a la destrucción o pérdida de normatividad de la propia Constitución.<sup>1430</sup> Y esto es así porque, como dice Müller, estos tribunales han demostrado ser los más eficaces defensores de la Constitución, han contribuido a la protección y actualización de los derechos fundamentales, a la estabilización de la vida constitucional y al desenvolvimiento progresivo de las normas fundamentales, es más, su mera existencia ha llegado a constituir una garantía para el orden estatal.<sup>1431</sup>

Debido al importante papel asumido en la praxis por la mayoría de los órganos judiciales, parece sobrar la cuestión, como afirma Tomás y Valiente, referida a quien debe ser *Der Hüter der Verfassung*, y asumir relevancia el tema de la determinación de sus objetivos, funciones y forma de realizar sus actuaciones. Pero antes de contestar estas importantes cuestiones, a las que estarán dedicadas las últimas páginas de este trabajo, es imprescindible establecer qué Constitución tiene que tutelar nuestro órgano de control e identificar su finalidad, sentido y contenidos.<sup>1432</sup> La precisión de estas premisas nos permitirá definir la orientación y objetivos de nuestra carta magna, construir una “totalidad normativa dotada de sentido”, y consolidar el tipo de régimen político que queremos construir. No podemos olvidar que existe una estrecha relación entre el tipo de control constitucional de las leyes, el régimen político vigente y los principios políticos fundamentales consignados en la norma básica.<sup>1433</sup> La afirmación de estos supuestos hará posible, además, afinar la concepción que tenemos de nuestro instituto de justicia constitucional, ya que la instauración de un tribunal constitucional debe tener como presupuesto la consciente definición de su papel dentro del Estado. Como enseñó Sandulli hace algunos años: lo verdaderamente importante en la discusión sobre el papel de la justicia constitucional en nuestros días es la concepción que se tenga de dicha función puesto que esta es la base de su actividad y de los instrumentos que posee para realizarla. También Cappelletti consideraba imprescindible y prioritario señalar cuál era la

<sup>1430</sup> Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 1231, p. 315; Schäffer, Heinz y Haas, Thomas, *op. cit.*, nota 427, p. 40.

<sup>1431</sup> Müller, Gebhard, *op. cit.*, nota 379, p. 216.

<sup>1432</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 13; Spadaro, A., *op. cit.*, nota 262, p. 1288.

<sup>1433</sup> Renoux, Thierry S., *op. cit.*, nota 824, pp. 441 y 442.

razón de ser de la Corte debido a que con base en la definición de ésta podían determinarse sus actividades y poderes.<sup>1434</sup> Si pretendemos establecer un tribunal constitucional, es necesario definir los fundamentos sobre los que descansa, así podremos, para decirlo en palabras de Rorty, reescribir la institución y otorgarle la funcionalidad suficiente para que haga frente, de forma adecuada, a los problemas que actualmente se presentan en nuestra sociedad. La determinación de las anteriores cuestiones nos permitirá, como sociedad, saber a dónde nos dirigimos, a dónde vamos y qué es lo que pretendemos hacer de nuestra vida comunitaria futura.

Elia con gran razón señala que a la determinación de estos extremos precede la existencia de un verdadero *idem sentire* sobre la propia Constitución. La condición básica para un adecuado funcionamiento de los órganos de justicia constitucional, dice, no es tanto su organización o estructura, más bien la exigencia primaria, fundamental, sin la que es imposible que ésta pueda existir, es la vigencia dentro de la comunidad de un consenso sobre la propia Constitución.<sup>1435</sup> La presencia de este “sentimiento”, como lo hemos señalado antes siguiendo a Hesse, lleva consigo la adopción de una “voluntad de Constitución”; es decir, de una voluntad constante de los implicados en el proceso constitucional de realizar los contenidos, finalidades y objetivos de la Constitución. Cuando falta esta voluntad, que le sirve de soporte a la norma básica, observa Burdeau, ésta se disuelve en ambigüedades y se convierte en “un falso respeto a las tradiciones jurídicas, en una coartada que encubre de mala manera la primacía de los hechos sobre el derecho”.

En esta virtud, el consenso en torno de la Constitución, del sistema constitucional y de la división de poderes es presupuesto indispensable para el funcionamiento adecuado, la viabilidad y operatividad del órgano de justicia constitucional. Y como ésta es la condición de la existencia misma del órgano de control, su primera función atribuida, como escribe Rodríguez Bereijo, el fin que debe guiar su acción, al igual que la de todos los restantes poderes públicos, es consolidar y arraigar una cultura constitucional que genere confianza en la norma constitucional y

<sup>1434</sup> Para Cappelletti, la razón de ser de la justicia constitucional es ejercer la tarea de actuación constitucional. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, pp. 131 y 135; Sandulli, Aldo M., *op. cit.*, nota 273, p. 396; Luciani, Massimo, “La Corte Costituzionale nella forma di governo italiana”, *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milán, Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Pavia, 1989, p. 67.

<sup>1435</sup> Refiriéndose a la Corte de la República Federal de Alemania, así lo expresa Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 13.

haga viable la formación de un sedimento de valores compartidos indispensables para la vigencia de la democracia constitucional.<sup>1436</sup> Algo hay que afirmar en nuestro caso: la implantación de nuevos instrumentos de control de constitucionalidad lleva implícita la intención de hacer de la Constitución una norma y actualizar y hacer efectivo el sistema de valores, reglas y principios que subyacen en la misma; más aún, supone aceptar la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales y de las reglas políticas democráticas como normas susceptibles de ser vividas por la conciencia general y actuadas a través de la conducta cotidiana, en suma, trasluce la confianza de conformar en nuestro país un “consenso constitucional vivido”.

### III. UNA CONSTITUCIÓN PARA LA CORTE DE JUSTICIA

#### 1. *La necesidad de una teoría constitucional*

Hemos dicho que la justificación de la existencia de un órgano de control constitucional proviene de la función que está llamado a cumplir dentro del sistema constitucional. Para la determinación de esta función, no basta proclamar la supremacía y rigidez de la Constitución, es necesario partir de la caracterización de la propia norma básica. Es decir, el esfuerzo previo a la determinación de las funciones de la justicia constitucional y de la forma de actuar de los órganos que la ejercen es la definición de los presupuestos que fundamentan y dan sentido a la idea de Constitución. El cumplimiento de las funciones de la Corte, y, claro está, de todos los poderes públicos, exige contar con una concepción del significado de la Constitución que permita desarrollar sus normas y texto en su conjunto a partir de la misma. Utilizando una idea de Lüther, podemos decir que si tenemos una idea formada y aceptada de la ley fundamental determinaremos claramente las funciones llamadas a realizar por todos los órganos del Estado, concretamente, por el órgano de justicia constitucional. No estamos diciendo que debemos consignar la “filigrana” de la Constitución, sólo su carácter general, su sentido más amplio. La idea que obtengamos impregnará el contenido de nuestro derecho, la definición de las fuentes del mismo y su propia interpretación, ya que, como certeramente escribe Zagrebelsky: “lo que cuenta en última instancia, y

<sup>1436</sup> Rodríguez Berejio, Álvaro, *op. cit.*, nota 275, p. 16.

de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del Código, de la ley, de la sentencia”.<sup>1437</sup> El entendimiento de la Constitución es la base de definición para la actuación, dirección y sentido de la actividad de los órganos jurisdiccionales.<sup>1438</sup>

El punto de partida tiene que ser aceptar el pleno carácter normativo de la Constitución y reconocer que, como hemos señalado en el capítulo primero, las normas constitucionales se caracterizan por su indeterminación y apertura. Esta normatividad plena y el carácter estructuralmente abierto de las normas constitucionales suponen, en el caso de nuestro país, el final de la época en que la norma básica se consideraba un programa centrado en un “punto de vista dominante”. Como con gran agudeza ha mostrado Cossío, debido a los cambios políticos, sociales y jurídicos acontecidos en México recientemente, que han llevado a reconocer la base plural de la sociedad y a consagrar nuevos procesos constitucionales, “es imposible seguir interpretando a las normas constitucionales como la pura y acabada decisión de quienes detentan el poder”,<sup>1439</sup> por lo que es de esperarse una “lucha por la Constitución” o “por la objetivización del derecho”, en la que se presentarán múltiples discusiones en torno a la determinación del sentido de las normas constitucionales.

En esta “lucha por la Constitución”, el más importante “teatro de batalla”, como lo sostiene parte de la doctrina alemana, lo constituye la interpretación de los derechos fundamentales, ya que de ella se derivan cuestiones esenciales para el orden político. Como escribe Stern, así como son empleados los principios sobre la estructura del Estado también los derechos son utilizados por los partidos, grupos e individuos como armas jurídicas porque consideran que “chi stabilisce le regole per l’interpretazione dei diritti fondamentali determina per conseguenza una parte non irrilevante della formulazione dell’ordine giuridico e sociale”.<sup>1440</sup> Cervati también ha señalado que “los mayores conflictos

<sup>1437</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 9.

<sup>1438</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 37, p. 472. Algunos autores sugieren esta misma idea señalando que es inevitable pensar en una supremacía ideológica de la Constitución y reconociendo que esta tiene una “fórmula política”, un “techo ideológico insuperable”. Incluso se ha podido decir que la supremacía ideológica de la Constitución es más trascendente que su supremacía normativa. Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 604, p. 30.

<sup>1439</sup> Cossío Díaz, José Ramón y Raigosa, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfaguara, 1998, p. 269.

<sup>1440</sup> Stern, Klaus, “Refflessioni sull’interpretazione dei diritti fondamentali”, *cit.*, p. 213.

políticos y jurídicos atañen a la interpretación de los derechos fundamentales, sea en relación con el valor de los enunciados contenidos en los principios fundamentales, sea respecto a la compatibilidad entre los mismos derechos fundamentales citados en la Constitución”.<sup>1441</sup> La cuestión, repetimos, se complica porque es inevitable concebir a los derechos como normas abiertas formuladas de forma vaga y general, y a la Constitución como norma dotada de una pluralidad de sentidos.

Ya hemos dicho en el capítulo primero cuál es la posición del legislador y del juez ante la Constitución, y señalado que ésta exige que cada uno de los poderes esté en su sitio. El entendimiento de la actividad que desempeñan ambos poderes y la forma en que la desarrollan está precedido por el análisis de su colocación y función institucional.<sup>1442</sup> Lo anterior indica que es necesario definir claramente la posición de la Corte dentro del sistema de gobierno y el lugar que ocupa en relación con otros poderes y una vez hecha esta determinación es impostergable que todos respeten los equilibrios políticos señalados y dispuestos en la Constitución. Lo importante es comprender el sentido de los principios que informan nuestro sistema político y, específicamente, el papel y las funciones que les toca desempeñar al legislador y al órgano de justicia constitucional, ya que la existencia y forma de actuación de estos órganos representará la consagración de cierto tipo de ordenamiento democrático, que, como escribe Crisafulli, podría configurar no un diseño antinómico con respecto al esquema democrático puro, sino una alteración intencional y consciente del mismo en función de un preciso modelo político con objeto de expresar como sustancial su componente garantista.<sup>1443</sup>

Todas estas cuestiones, incluyendo la relacionada con los métodos de interpretación, deben estar comprendidas en una teoría constitucional que fundamente toda la Constitución. Si el pluralismo propiciará que en

<sup>1441</sup> “Los conflictos, sigue diciendo este autor, conciernen además a la valoración del papel desempeñado por el legislador ordinario, la jurisdicción constitucional y los jueces comunes en la ampliación del ámbito de garantía de los derechos fundamentales”. Cervati, Ángel A., *op. cit.*, nota 857, p. 52.

<sup>1442</sup> Dice Taruffo: “toda teoría de la interpretación «lleva consigo» una imagen particular del juez y toda definición del papel del juez “lleva consigo” una específica concepción de la interpretación”. Taruffo, Michele, “Ley y juez en el “rule of law” inglés y en el constitucionalismo americano”, trad. de P. Andrés Ibáñez, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado jurisdiccional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 159 y 160.

<sup>1443</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 343, p. 73.

nuestro país se genere una discusión sobre el significado de las normas constitucionales, la cuestión previa es definir el entendimiento que sirva de marco a todas las interpretaciones posibles. Como señala Comanducci, el esfuerzo previo, de tipo metodológico e ideológico, es configurar el objeto Constitución y después proceder a interpretarla. Una concepción compartida de lo qué es la Constitución es el dato previo a la forma de actuar de los órganos estatales. Según lo que se entienda por Constitución se derivarán diferentes modos de efectuar su interpretación.<sup>1444</sup> Gianformaggio también procede de esta manera y dice que no es posible atribuir significados a las disposiciones constitucionales sin antes haber atribuido a la Constitución una función, valor o rol dentro del sistema jurídico institucional y político social. Así, dice: “Quella della concezione della costituzione...e questione pregiudiziale a quella della interpretazione delle disposizioni costituzionali”.<sup>1445</sup>

La misma base social plural que en el país ha dado origen a “la lucha por la Constitución” y a la urgencia de configurar una noción de la misma, nos impone la obligación de excluir y resaltar de antemano algunas nociones. Así, debemos desechar la idea de que la Corte es la Constitución y asentar que la interpretación de ésta no es ilimitada ni está abierta a cualquier sentido, y que su primer y principal límite y orientación es, precisamente, esa “teoría constitucionalmente adecuada”. No es posible recavar de la Constitución “infinitas combinaciones de sentido”, ya que ésta no puede legitimar cualquier significado que el intérprete retenga cada vez como oportuna.<sup>1446</sup> El tribunal no debe desligarse de las orientaciones políticas consagradas en la Constitución, al contrario, debe tener conciencia que éstas le otorgan a la práctica constitucional rumbo, sentido y orientación.

En nuestro país el único que, hasta donde sabemos, se ha ocupado de esta medular cuestión es José Ramón Cossío, quien señala que el problema actual es la ausencia de discusiones sobre la dimensión teórica de la Constitución. Para este autor, es necesario construir una noción sobre el significado de la Constitución que dé sustento y sentido a las propias normas constitucionales. La identificación de estos supuestos permitirá

<sup>1444</sup> Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 433, p. 124.

<sup>1445</sup> Gianformaggio, Letizia, “L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regola ed argomentazione basata sui principi”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 1, 1985, pp. 67 y 68.

<sup>1446</sup> Chessa, Omar, *op. cit.*, nota 422, p. 3930.

determinar qué interpretaciones son aceptables o posibles y cuáles no lo son por no corresponderse con el texto constitucional. Dichos supuestos estarán abarcados en una teoría que sirva de guía a las opiniones de juristas y jueces, autoridades y ciudadanos en el momento de discutir en torno a las normas constitucionales y en la ocasión de “determinar los grados de afectación del entramado constitucional por una reforma o adición”.

El mantenimiento de la unidad dentro de la pluralidad, la posibilidad de resolver la conflictividad social a partir del derecho, y la racionalidad de la lucha por la Constitución, pasan por la identificación o construcción de los supuestos que le dan sentido a la Constitución en tanto unidad normativa suprema, y a cada una de las normas de que ésta se compone; a nuestro juicio, por una teoría constitucional que se construye a partir de la Constitución misma en tanto que, repetimos, mediante ella se ejerce la dominación.

Esta teoría constitucional debe contener “la identificación de los supuestos generales que animan a un texto positivo en particular... Los supuestos que se busca identificar tienen, simultáneamente, la cualidad de dar contenido a las normas constitucionales específicas, pero no diluirse en ellas”. Las normas deben ser entendidas desde sí mismas, pero sin apartarse del significado y sentido de la Constitución.<sup>1447</sup>

La definición del carácter y naturaleza de la Constitución es de suma trascendencia para determinar el papel que le toca desempeñar a cada órgano constitucional y, especialmente, al juez constitucional, pero además es de gran importancia porque la forma en que ésta desempeña sus funciones y las soluciones que obtiene de los diversos criterios de control constitucional que ejerce, necesariamente deben ser coherentes con el sistema dogmático que sostiene al ordenamiento constitucional. El concepto de Constitución define y orienta las funciones, las características de las actividades y los límites de las resoluciones que debe dictar el órgano de justicia constitucional. Por eso pensamos que en México lo prioritario es llenar de sentido y significado a la Constitución. En adelante, y basándonos en estas premisas, trataremos de a) señalar, aunque sea a

<sup>1447</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1244, p. 63. El caso que Cossío señala como característico de México es la forma de estudio de los derechos sociales que se han analizado desde un punto de vista interno, es decir, se han estudiado a partir de sus propios elementos y se ha excluido el análisis de la relación que tienen con el carácter de la propia Constitución.

grandes rasgos, por la magnitud que un esfuerzo como este representa y que siempre será limitado, los presupuestos que sostienen nuestra idea sobre la Constitución, para que *b)* justifiquemos una forma concreta de actuar del juez constitucional.

## *2. Para empezar a construir una idea de Constitución*

La labor que sigue es, como se comprenderá, tratar de señalar los contenidos que conforman nuestra noción de Constitución, en el entendido de que los mismos orientan, o deben orientar, la introducción, funcionamiento y operación de los instrumentos que coadyuvan a su respeto y realización. A estas alturas de nuestro trabajo quizá ya se deducen estos supuestos, ya que en los capítulos precedentes, sobre todo en el tercero, hemos dado pauta para iniciar a pensar en ellos. A pesar de que pudiera resultar limitado, pensamos que este intento no carece de justificación, debido a que, como hemos dicho antes, si queremos determinar la función o funciones que está llamado a cumplir el órgano encargado de la defensa de la Constitución y la forma en que las debe ejercer, éstas no pueden fijarse en abstracto.

Una premisa inicial: el núcleo de la concepción de la Constitución reside en la forma de entender y comprender los derechos fundamentales. Ellos forman, como escribe Schneider, “el eje central de la regulación normativa constitucional”<sup>1448</sup> y, por tanto, de nuestra concepción sobre el Estado. El gobierno de la Constitución dentro del Estado se traduce en el gobierno de los derechos. Alexy señala que las principales fórmulas del moderno derecho racional son la incorporación o positivización de los derechos fundamentales y los principios que establecen los fines y la estructura del Estado.<sup>1449</sup> Esto indica que existe una estrecha relación entre la concepción del Estado y la de los derechos fundamentales. La idea de aquel, como escribe Häberle, está determinada por la concepción de éstos, mismos que le proporcionan su base de legitimación, le fijan sus deberes y obligaciones y le definen una orientación y un contenido sustancial que conforma, contra lo que pensaba Forsthoff, una concepción formal del Estado constitucional actual. Los derechos otorgan significado y sentido a los objetivos de la comunidad política y a los principios con-

<sup>1448</sup> Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 38.

<sup>1449</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, p. 173.

formadores de la Constitución.<sup>1450</sup> Esto muestra que existe una “conexión de sentido” entre Constitución y derechos fundamentales.<sup>1451</sup> Por ello se puede decir que en su definición está el núcleo de la actividad que deben desempeñar los tribunales constitucionales que tendrán asignadas sus funciones y desarrollarán su papel en virtud de dicha caracterización.

A. *Constitución y derechos fundamentales. Las vertientes subjetiva y objetiva de las normas de derechos fundamentales*

Las Constituciones actuales tienen dos funciones básicas: “garantizar un orden (dado) limitando el poder político y la de realizar un orden (posible) por medio del ejercicio del poder político”.<sup>1452</sup> En otras palabras, los documentos constitucionales poseen dos vertientes complementarias: una sustantiva y otra procedimental, que indican la conjunción, en la cultura jurídica del presente, de dos comprensiones implicadas en la misma: el constitucionalismo y la democracia. “Si el constitucionalismo es en sí mismo el contrapeso a los excesos de la democracia, la democracia es el contrapeso a los excesos del constitucionalismo”.<sup>1453</sup> Como expresa MacCormick: el constitucionalismo es un presupuesto indispensable para tener una democracia operativa, es un prerrequisito de la democracia.<sup>1454</sup> Así, con términos de Günter, podemos decir que implícita en la función estructural de la Constitución está la idea que “los procedimientos democráticos se erigen a través del derecho y el derecho se conforma en medio de los procedimientos democráticos”, por lo que en la democracia constitucional no pueden separarse creación del orden y contenido de ese orden.<sup>1455</sup>

No puede haber democracia sin derechos ni derechos sin democracia. “Es decir, no puede organizarse un procedimiento de debate y decisión en el que intervengan todos los afectados, si no se asegura su participación o representación a través de la institucionalización de los correspondientes

<sup>1450</sup> Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 136.

<sup>1451</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 41.

<sup>1452</sup> Dogliani, Mario, *op. cit.*, nota 1230, p. 697.

<sup>1453</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 422, p. 185.

<sup>1454</sup> MacCormick, Neil, “Constitucionalismo y democracia”, trad. de M. Carreras, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1988-1989, p. 380.

<sup>1455</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 44.

derechos y libertades. Y no se puede institucionalizar derecho que no sea el resultado final o el requisito previo de tal procedimiento”.<sup>1456</sup> La Constitución estaría fundada en un equilibrio entre su vertiente procedimental y sustantiva, entre el pluralismo político y los valores de libertad e igualdad. Portinaro ha descrito esta relación como una imbricación entre gobernabilidad y tutela de los derechos, entre democracia gobernante y democracia garantista, y otros autores, como una combinación entre soberanía popular y garantía de los derechos, entre principio democrático y tutela de la tiranía de la mayoría.<sup>1457</sup> Reconocer la presencia de ambas vertientes en la Constitución impone que todas las interpretaciones que se hagan de ella las incluyan y los instrumentos que se formen para su garantía se funcionalicen en torno a la realización de ambas.

Todo el edificio dogmático de los derechos fundamentales, su base y fundamento, parte “de una vigorosa concepción de los mismos como derechos subjetivos”, como esferas de vida protegidas frente al Estado constituidas con el fin de permitir el pleno desarrollo de la personalidad individual.<sup>1458</sup> Los derechos fundamentales son “el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del *status* jurídico del individuo”, determinan y aseguran su posición jurídico-política en el seno de la comunidad en que se integra<sup>1459</sup> y lo protegen de la acción del Estado, garantizándole una esfera de autonomía privada y un ámbito de “seguridad personal y de posibilidades de acción”.

Como hemos dicho en páginas precedentes, el sistema de derechos establecido en una Constitución es un sistema de vínculos impuestos a la acción del Estado que, por su propia naturaleza, está excluido de la acción de los poderes constituidos. Los derechos son, primaria y esencialmente, normas de defensa frente a las acciones del Estado, limitaciones para los órganos estatales. La primera consecuencia que impone su consagración constitucional es la de no suprimirlos ni limitarlos, por lo que la actitud ante ellos se articula en un deber negativo o una abstención. Su función es asegurar un espacio dentro del cual los sujetos jurídicos estén

<sup>1456</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 143, p. 103.

<sup>1457</sup> Scoditti, Enrico, *op. cit.*, nota 268, p. 9; Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, p. 429.

<sup>1458</sup> Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, p. 63; López Pina, Antonio, *op. cit.*, nota 843, pp. 22 y 23.

<sup>1459</sup> Lavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 9, p. 36; Solozábal Echavarría, Juan José, *op. cit.*, nota 866, p. 88.

libres de presiones externas y puedan afirmar sus intereses<sup>1460</sup> mediante la posibilidad de exigir la omisión de intervenciones no consentidas.

Así, los derechos son “normas de distribución de competencias entre el individuo (sociedad) y el Estado”, reglas de comportamiento, deberes públicos negativos o normas secundarias negativas cuyo contenido es una prestación negativa por parte de los órganos públicos.<sup>1461</sup> Si concebimos a los derechos de esta forma, estamos estableciendo para el individuo un espacio de libertad, y para el Estado, en orden a su significado objetivo, lo que Hesse denomina preceptos negativos de competencia, o como escribe Alexy, derechos a acciones negativas u omisiones, ya que “excluyen de la competencia estatal el ámbito que protegen y en esa medida vedan su intervención”.<sup>1462</sup> Lo anterior indica que los derechos no están a disposición del poder, de ningún poder, público o privado; no están a disposición ni del Estado ni de los individuos o grupos sociales ni dependen, como escribe Zagrebelsky, de las tendencias políticas contingentes.<sup>1463</sup> Ésta es la parte de “indisponibilidad pasiva” que les corresponde y que deriva de su carácter universal.<sup>1464</sup>

En virtud de lo anterior, Alexy ha señalado que “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”.<sup>1465</sup> Esto no significa, como dice este autor, desdeñar las competencias y funciones del Poder Legislativo, sólo que cuando los derechos están fijados como posiciones iusfundamentales, hacen pasar éstas a un segundo plano por la prioridad que tienen sobre las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo.<sup>1466</sup> De esta forma, los derechos establecen ámbitos en

<sup>1460</sup> Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía”, *cit.*, p. 223.

<sup>1461</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 420, pp. 860-862; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, p. 48.

<sup>1462</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, pp. 91 y 92; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 419.

<sup>1463</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 433.

<sup>1464</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 871, p. 47.

<sup>1465</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 432. Aunque con otra orientación y objetivos, Ferrajoli ha señalado que “la primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 420, p. 859.

<sup>1466</sup> “La competencia de control del tribunal, depende pues, siempre esencialmente de la seguridad con la que pueda fundamentarse la existencia de una posición iusfundamental”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 529.

los que no puede intervenir el legislador, “fijan prohibiciones y mandatos que limitan su libertad y son, además, normas negativas que limitan su competencia”.<sup>1467</sup> Como escribe Garzón, los derechos son un “coto vedado” a las decisiones democráticas que no pueden dejarse a la libre decisión de cualquier instancia transpersonalista; son un catálogo de bienes primarios indisponibles e innegociables por la mayoría, inalcanzables a las decisiones de los representantes y sustraídas al “regateo político y el cálculo de intereses sociales”, como señala Rawls.

Esto también se puede decir con Alexy de otra manera: los derechos fundamentales son no-procedimentales debido a que no todo lo que puede ser resultado de discusión y votación en el Parlamento es iusfundamentalmente posible. Al imponer límites materiales al procedimiento legislativo, son no-procedimentales.<sup>1468</sup> La dignidad humana, la libertad, no pueden someterse a votación ni depender de decisiones heterónomas.<sup>1469</sup> Los derechos se imponen y desplazan a consideraciones de interés general, decisiones políticas tomadas por la mayoría, directrices que pretendan impulsar el bienestar general, “demandas morales colectivas”, o bien “demandas individuales no constitutivas de derechos”.<sup>1470</sup> No valen motivaciones de oportunidad ni de política estatal para limitar los derechos. Dworkin ha dicho, con frase célebre, que son triunfos sobre la mayoría, “contrapoderes”, “contrapesos”, triunfos de la sociedad, si por esto entendemos, no victorias frente a las decisiones democráticas sino, como escribe Nino, frente a los poderes e intereses mayoritarios a quienes les imponen reglas infranqueables para la realización de sus funciones. Algo, sin embargo, hay que dejar en claro: la limitación que imponen los derechos no se refiere de manera directa a la ley o al derecho en general. Como escribe Elías Díaz, los derechos negativos imponen una concepción de la legitimidad y la justicia, la raíz y el núcleo legítimo que conlleva la limitación a la regla democrática de decisión es la libertad y

<sup>1467</sup> *Ibidem*, p. 432.

<sup>1468</sup> *Ibidem*, pp. 472 y 473.

<sup>1469</sup> Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, p. 31.

<sup>1470</sup> Al decir de Laporta, la única forma en que se puede pensar en el desplazamiento justificado de un derecho es cuando entra en conflicto con otro derecho, es decir, los derechos únicamente pueden ser desplazados por otros derechos. Laporta, Francisco, *op. cit.*, nota 872, p. 41. Como escribe Dworkin: “La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho de hacer... el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos”. Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, pp. 285-288 y 298.

la autonomía moral del ser humano. “Se trataría así, en todo caso, de una limitación interna, producida por la propia lógica de la libertad y la democracia, no de una limitación impuesta más o menos dogmáticamente desde el exterior. El derecho de las democracias sería así un derecho que se impulsa y se autolimita desde la libertad”.<sup>1471</sup>

Esta concepción de los derechos como posiciones definitivas otorgadas a los individuos y, por lo mismo, excluidas de las decisiones de cualquier mayoría, tiene una importancia fundamental en la comprensión de todo el sistema de derechos y la democracia constitucional. Ésta restringe el poder de las mayorías para disponer de los derechos que son considerados posiciones de máxima importancia para los individuos, el Estado y la comunidad política, parámetros de legitimidad de las actuaciones estatales y límites a la democracia entendida como el gobierno de la mayoría pura que, desde esta concepción, sería anticonstitucional.<sup>1472</sup> Las decisiones sobre derechos contenidas en la Constitución, al ser expresión del conjunto de principios que conforman el consenso básico del pueblo, resultan exoneradas de la necesidad de una continua fundamentación y excluidas de reiteradas discusiones relacionadas con su validez. Son, como dice Holmes, reglas que no se pueden poner en duda en los conflictos surgidos en los procesos políticos, por el contrario, representan las líneas encauzadoras de su solución.

Los derechos excluyen de la discusión política y jurídica ciertos temas y se convierten en punto de partida de la misma. La Constitución define en términos concretos el ámbito del conflicto y las reglas a través de las cuales éste puede desarrollarse y solucionar, convirtiéndose en gestora de los conflictos sociales.<sup>1473</sup> Por ello no es posible situar a los derechos en permanente e irresoluble conflicto con la democracia. La idea de ésta implica la existencia de ciertos derechos que son parte esencial de la concepción del Estado constitucional formando ambas una “relación unificante”. El consenso logrado a través de los mismos “presupone la aceptación compartida y libre de principios para justificar acciones y actitudes”, basadas en razones.<sup>1474</sup> Para el legislador, esto significa que la mayoría

<sup>1471</sup> Díaz, Elías, *op. cit.*, nota 141, p. 61.

<sup>1472</sup> MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 1454, p. 374.

<sup>1473</sup> Barcellona, P. y Cantaro, A., “El Estado social entre crisis y reestructuración”, en Corcuera Atienza, J. y García Herrera, M. A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 55 y 56; Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 859, p. 87.

<sup>1474</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 150, p. 75.

debe gobernar y decidir respetando los derechos fundamentales que están inmunizados *contra* y sustraídos *a* la “zona pública de obligaciones ilocucionarias recíprocas”, es decir, a lo que Habermas llama libertad comunicativa:

las libertades subjetivas de acción, dice, autorizan a apearse de la acción comunicativa y a negarse a contraer obligaciones ilocucionarias... De ahí que la autonomía privada del sujeto jurídico pueda entenderse esencialmente como la libertad negativa de abandonar la zona pública de obligaciones ilocucionarias recíprocas y retraerse a una posición de observancia mutua y de mutuo ejercicio de influencias empíricas. La autonomía privada llega hasta allí donde el sujeto jurídico tiene que empezar a dar cuenta y razón, hasta allí donde tiene que dar razones públicamente aceptables de sus planes de acción.<sup>1475</sup>

Lo anterior permite afirmar que la democracia constitucional es, como escribe Nino aludiendo a Holmes, una forma de paternalismo legítimo, o como indica MacCormick, una democracia protegida que pretende superar la inferioridad moral de la democracia absoluta e ilimitada. Este objetivo se consigue, precisamente, mediante la restricción del ámbito de aquello que puede ser decidido o realizado por la mayoría.<sup>1476</sup> En el Estado constitucional, en consecuencia, “la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad”.<sup>1477</sup> Éste es, para muchos autores, el principio legitimador de la Constitución. Esto representa una superación del Estado de derecho, o quizá una extensión, como escribe Baldassarre, ya que se garantizan al ciudadano sus derechos no sólo en el momento de la ejecución de la ley por parte de la administración, sino en el momento mismo de su creación.<sup>1478</sup> Cualquier tipo de interferencia es inadmisible y no deja de serlo en razón de la naturaleza democrática del poder

<sup>1475</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 185 y 186.

<sup>1476</sup> Rodríguez Larreta, Juan, *op. cit.*, nota 184, p. 56.

<sup>1477</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 42; Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, p. 73.

<sup>1478</sup> La idea también está señalada en Matteucci, Nicola, “La Costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo”, en Bonazzi, T. (ed.), *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Società editrice il Mulino, 1988, pp. 41 y 47.

del que procede. “En estos casos, no hay medio de distinguir interferencias buenas y malas, admisibles o inadmisibles, según el autor de la interferencia”.<sup>1479</sup> Lo mismo se ha señalado diciendo que los derechos son expresión de un consenso constituyente inalterable en el momento constitucional, por lo que su modificación “requiere del consenso generalizado del pueblo, precisa de una intervención basada en lo que podríamos llamar la democracia constitucional por contraposición a la democracia de la mayoría”.<sup>1480</sup>

No existe un gobierno representativo ilimitado, el legislador no puede tomar ciertas decisiones, por lo que el sistema está concebido con características antimayoritarias, o como afirma Lyons, no está comprometido de forma incondicional con la democracia representativa. Si la Constitución pensara en una democracia pura tendería al suicidio.<sup>1481</sup> La democracia que se pretende realizar es una democracia constitucional basada en los derechos concebidos como límites infranqueables para todos los poderes públicos y privados, única expresión real del poder constituyente del pueblo, reflejo de la autonomía de los ciudadanos y la autorrealización de la comunidad. Se trata no sólo de tomar en serio los contenidos del Estado de derecho, sino también los del Estado democrático; concebir la Constitución como instrumento de preservación de la libertad, pero también como instrumento de realización de la misma. Hay que desarrollar un Estado de derecho fuerte basado en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, un Estado de derecho democrático donde el proceso político sea símbolo de “convivencia en libertad”.

La libertad de los ciudadanos no se reduce a la liberación de la intervención estatal o a la concepción de los derechos fundamentales como meros derechos de defensa.<sup>1482</sup> Junto a su carácter de derechos subjetivos, los derechos son, en “una relación de remisión y complemento recípro-

<sup>1479</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 494, p. 463.

<sup>1480</sup> Balaguer Callejón, Francisco, “Derechos fundamentales y Constitución normativa”, *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, p. 214. La misma idea externa Scoditti: “Como Ulises tenía necesidad de permanecer ligado al palo de la nave para escuchar el canto de las sirenas, así la democracia debe permanecer vinculada a los derechos constitucionales”. Scoditti, Enrico, *op. cit.*, nota 268, p. 71.

<sup>1481</sup> Véase al respecto Garzón Valdés, Ernesto, “La democracia y el mercado: dos instituciones suicidas”, *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 24 y ss.

<sup>1482</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, pp. 94 y 95.

co”, normas objetivas o principios del ordenamiento constitucional y del sistema jurídico en su conjunto. Como escribe Schefold, los derechos, en parte prevalentemente, en parte no obstante su carácter de normas bien definidas, son valores y principios constitucionales.<sup>1483</sup> Al vincular a los poderes públicos, les imponen no sólo deberes de respeto y protección, sino también deberes positivos que implican la obligación de realizarlos en la vida comunitaria, “deber que, por decirlo en términos muy amplios, exigirá, en unos casos, una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y, en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son poderes públicos”.<sup>1484</sup> Así, cada derecho es, al mismo tiempo, una norma de competencia negativa y una norma objetiva de principio que impone deberes de protección y actuación a los poderes públicos.<sup>1485</sup>

Sin embargo, es importante decir que “los derechos fundamentales han de ser en primera línea derechos individuales, su función como principios objetivos solo significa el reforzamiento radical de su fuerza de validez en cuanto derechos subjetivos”.<sup>1486</sup> En la medida en que puedan ser ejercitados a nivel individual o colectivo, el derecho fundamental individual debe ser protegido antes que el colectivo.<sup>1487</sup> Es decir, la función de limitación que éstos realizan es irrenunciable debido a que así se asegura la prevalencia de ciertos contenidos frente al Estado, es más, como escribe Starck, cuando excepcionalmente no sea posible atribuir a un derecho el carácter de derecho subjetivo tiene que darse una motivación concluyente. Lo que trae consigo el aspecto objetivo de los derechos es el reforzamiento de su validez y el incremento de su influencia en todo

<sup>1483</sup> Schefold, Dian, “L’effettività dei diritti fondamentali in Germania”, en Gozzi, G. (cura), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bolonia, Il Mulino, 1997, p. 391.

<sup>1484</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 104, p. 30.

<sup>1485</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, nota 262, p. 109. Como no podemos dejar de considerar los derechos como norma objetivas, verdaderos principios que irradian a todo el ordenamiento, es necesario trabajar en la cuestión de fondo que viene a ser la forma en que se realizan las relaciones entre las instituciones, la comunidad y los ciudadanos, y la manera en que entendamos nuestra forma de gobierno y de Estado. Así, Ruggeri, Antonio, *op. cit.*, nota 884, p. 8.

<sup>1486</sup> Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 833, p. 265.

<sup>1487</sup> Starck, Christian, *op. cit.*, nota 426, p. 2533.

el sistema jurídico, en la comunidad y en la situación de cada individuo, pero sin amenazar su naturaleza de derecho subjetivo.<sup>1488</sup>

En virtud de lo anterior, nos parece que no podemos seguir el camino reclamado por Böckenförde como el único viable para solucionar los problemas planteados por la expansión de los derechos fundamentales, es decir, no podemos dar pasos atrás y considerar a éstos únicamente como derechos subjetivos de libertad accionables contra el Estado y dejar de concebirlos como normas objetivas de principio vinculantes en todos los ámbitos del derecho. Recuérdese que para este autor, quien afirma la función decisiva del Parlamento elegido por el pueblo para crear normas jurídicas, los derechos fundamentales son “sólo” derechos subjetivos de libertad frente al Estado y no normas objetivas de principio.<sup>1489</sup> Pero, como escribe Habermas, aunque el paradigma de los derechos fundamentales ligados al Estado social establecido en la actualidad no convence totalmente, esto no es motivo suficiente para la restauración del paradigma liberal.<sup>1490</sup> sobre todo porque, y así lo entiende Grimm, con la reducción de los derechos a normas de defensa se quedarían sin protección diversas necesidades y exigencias que existen en la actualidad. En esta virtud, el avance en materia de derechos es un “punto de no retorno”.

Pero si bien no podemos regresar a la concepción unilateral de los derechos que los concibe sólo como normas negativas de defensa frente a intervenciones del Estado, cada experiencia nacional debe definir y priorizar la vertiente de los derechos que es posible y necesario desarrollar en vista a sus propias circunstancias políticas, económicas y sociales. El énfasis en un determinado “lado” de los derechos está en función de la realidad de cada país,<sup>1491</sup> ya que es la situación histórica concreta, como tiene que ser por corresponder a derechos constitucionales, la que los reviste de contenido específico, al ser parte de su esencia su carácter abierto, incompleto, sugerente de desarrollo, siempre marcados por el impulso de una historia sin regreso, pero también sin un futuro definido, por lo que así como no es viable el retorno a una concepción únicamente liberal de los

<sup>1488</sup> Gallego Anabitarte, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 1994, p. 54; Häberle, Peter, “La multifuncionalidad de los textos constitucionales a la luz de una comprensión mixta de la Constitución”, *cit.*, p. 12; Starck, Christian, *op. cit.*, nota 426, p. 2536.

<sup>1489</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *op. cit.*, nota 1485, p. 134.

<sup>1490</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 324 y 336.

<sup>1491</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 865, p. 158.

derechos fundamentales,<sup>1492</sup> tampoco es una configuración permanente diseñada para el futuro. Como escribe Häberle, los derechos fundamentales “conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro”.<sup>1493</sup>

Aceptar que los derechos establecen verdaderas obligaciones positivas al Estado significa atribuir deberes a todos los poderes públicos, pero principalmente al legislador. Al exigir concreción para adquirir plena efectividad, ésta sólo se puede conseguir a través de la legislación; es decir, por medio de decisiones políticas.<sup>1494</sup> El derecho surge “como realidad práctica y actual, de la convergencia y conexión entre el enunciado abstracto de la Constitución y la ordenación legal de los procedimientos y condiciones que delimitan el derecho”.<sup>1495</sup> En este sentido, el legislador, que tiene un “horizonte amplísimo de fines legítimos”, es quien debe elegir los medios de realización de los derechos, el momento e instrumentos adecuados para su desarrollo, las modalidades, la forma de configurarlos, los objetivos concretos y su puesta en práctica; elementos que se expresarán, en general, en el dictado de regulaciones complementarias; es decir, en medidas normativas que, por ser tales, resultan obligatorias. Esto indica, además, que los derechos no son autosuficientes ni plenos cuando son enunciados en la norma constitucional, su caracterización como principios subraya su carácter dinámico y programático, su vertiente posibilitadora y su racionalidad formal. Para su actualización, requieren la participación del legislador debido a que todo derecho vive a través y por medio de la legalidad a falta de la cual resultan impracticables.<sup>1496</sup>

Considérese que los derechos tienden a desempeñar múltiples funciones, acordes con los problemas que surgen en un determinado periodo histórico.<sup>1497</sup> Las circunstancias provocan que los derechos tiendan a actualizarse y ampliar sus contenidos, lo que supone un reto para los poderes públicos, especialmente para el legislador.<sup>1498</sup> A éste, el ordenamiento

<sup>1492</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 1187, pp. 48 y 49.

<sup>1493</sup> Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de I. Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998, p. 88.

<sup>1494</sup> Horn, Wolfgang, *op. cit.*, nota 1029, pp. 178 y 179.

<sup>1495</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 104, p. 43.

<sup>1496</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>1497</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 830, pp. 302-304.

<sup>1498</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, “La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales”, en Olivas, Enrique (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 91 y 97.

le otorga la oportunidad de aumentar el catálogo mínimo consignado en la Constitución, definir y extender su contenido, construir nuevos instrumentos de tutela y consagrar los medios de su disfrute, ampliar las formas de titularidad, resolver posibles conflictos entre ellos y utilizar su especial fuerza expansiva, o sea, su “capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico”.<sup>1499</sup> Como dice Pérez Luño, las necesidades históricas unas veces hacen surgir nuevos derechos y otras exigen su redimensión o redefinición “para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados”, y es al legislador a quien se le debe conferir la competencia de transformarlos. Así, los derechos pasan de ser ideas abstractas que se agotan en y para sí mismos, y devienen normas que se realizan con los demás y en un contexto social e histórico determinado.<sup>1500</sup>

“El legislador concreta los derechos fundamentales en la medida que desarrolla y perfila en detalle sus contenidos jurídico-objetivos... La legislación es en este sentido política de los derechos fundamentales... El Legislador ordinario actualiza continuamente los macrocontenidos jurídico-fundamentales de la Constitución”.<sup>1501</sup> La realización de la dimensión objetiva y prestacional de los derechos queda a cargo del legislador. Es éste quien debe hacer exigibles las vertientes y el contenido de los derechos que en la Constitución aparecen sólo potencialmente enunciadas. Así se expresa la voluntad democrática de la propia Constitución que deja a las diversas mayorías la posibilidad de configurar el contenido de los derechos siempre protegiendo los límites que de éstos se deducen. Lo que el legislador debe hacer es “aprovechar suficientemente las posibilidades de la Constitución”, como escribe Kirchoff. Las únicas limitaciones que tiene son la adopción de “medidas que no sean completamente inadecuadas o insuficientes en amparo de los derechos fundamentales”<sup>1502</sup> y la desatención evidente y grosera de los mismos,<sup>1503</sup> pues ni el legislador ni

<sup>1499</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 830, p. 310. Así también lo reconoce con mucha claridad, Rolla, Giancarlo, “Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la justicia constitucional”, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 138 y 139.

<sup>1500</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *op. cit.*, nota 1498, pp. 98 y 104.

<sup>1501</sup> Häberle, P., *op. cit.*, nota 825, p. 333.

<sup>1502</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 105.

<sup>1503</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, *cit.*, p. 81.

nadie puede anular su virtualidad jurídica. Además, si bien el legislador es libre de elegir los medios para la realización de los derechos, en caso de que exista sólo un medio de darle efectividad práctica, debe utilizar precisamente ese medio.<sup>1504</sup> Esto quiere decir que si bien los derechos dependen de su asunción por el legislador y de las circunstancias y posibilidades del momento, ya que su realización puede rebasar la capacidad del Estado por carecer de los medios indispensables, éste no puede ignorarlos.<sup>1505</sup>

En vista de lo anterior, podemos asegurar que no hay una relación indefectible entre la concepción de la Constitución como norma abierta y una que propugne su adueñamiento por parte de los jueces. La idea de la Constitución como norma de principios es un campo abierto para el legislador, no para los jueces. Es más, una de las finalidades de plasmar principios en las Constituciones es reducir los riesgos del subjetivismo en la conformación del ordenamiento, poniendo límites a un excesivo activismo judicial en beneficio de la certeza del derecho.<sup>1506</sup> Los principios y valores del ordenamiento son fundamentalmente límites a la actividad desarrollada por los jueces, y desempeñan la función de ser criterios orientadores de sus decisiones fortaleciendo el papel de la Constitución al plasmar la filosofía jurídica que inspira todo el sistema de convivencia. En otras palabras, la función de los valores y principios constitucionales es condicionar y orientar el proceso interpretativo, ser pautas de interpretación, normas de clausura del ordenamiento, que se proyectan siempre sobre el momento creativo que tiene toda decisión judicial. Son un condicionamiento al proceso interpretativo que de otra manera sería más libre. En suma, como escribe Prieto Sanchís, estas normas desempeñan “una tarea de fortalecimiento de la norma constitucional en el proceso de creación-aplicación del derecho, reduciendo el ámbito de discrecionalidad de todos los poderes públicos y singularmente de los tribunales al determinar el sentido último de las normas que componen el ordenamiento jurídico”.<sup>1507</sup>

<sup>1504</sup> Mencionando las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán así lo sostiene Gómez Canotilho, José J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *cit.*, p. 253.

<sup>1505</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, pp. 98-100 y 105.

<sup>1506</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, pp. 76 y 77.

<sup>1507</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional”, *Revista del Poder Judicial*, Madrid, núm. 11, 1984, pp. 84 y 85.

### B. *La Constitución como orden tolerante*

Es necesario considerar, con Habermas, que en las condiciones del pluralismo actual, la Constitución no puede entenderse

como un orden jurídico global de tipo concreto que imponga *a priori* a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida.

En otra parte de la misma obra, este autor señala:

la primacía que, desde la perspectiva de la técnica jurídica, tiene la Constitución sobre las leyes simples, pertenece a la sistemática de los principios del Estado de derecho; pero esa primacía sólo significa una fijación relativa del contenido de las normas constitucionales... toda Constitución es un proyecto que sólo puede cobrar consistencia en el modo de una interpretación constitucional sostenida, impulsada continuamente hacia adelante en todos los planos de la producción de normas.<sup>1508</sup>

No repetiremos lo que ya dijimos en el capítulo primero de este trabajo sobre la estructura y cualidades de la Constitución. El esquema ahí presentado nos permite asegurar ahora que ésta no tiene una dimensión estática, sino dinámica. Y esto significa, sobre todo para la dogmática mexicana, que hay que desterrar de nuestras ideas aquella que nos sugiere que la Constitución es un orden global que contiene todo el ordenamiento; al contrario, hay que asumir que la norma básica no contiene todas las posibilidades ni las únicas ni las más claras o verdaderas. Tampoco posee cláusulas eternas ni consigna “un bien común acabado o una justicia ideal”, como señala Häberle,<sup>1509</sup> ni prescribe sólo un interés público de obligatorio desarrollo. Que la Constitución sea la cabecera del ordenamiento jurídico impele a entender, es verdad, que todo el sistema jurídico debe ser valorado a partir de aquella, pero esto no obsta para reconocer que no tiene el propósito ni la posibilidad “de erigirse en ordenamiento prescriptivo de alcance total y rígido”.<sup>1510</sup> La Constitución no es una

<sup>1508</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 195 y 336.

<sup>1509</sup> Häberle, P., *op. cit.*, nota 1036, p. 77.

<sup>1510</sup> Lavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 1142, p. 91.

suma de principios que contiene todo el sistema normativo y que sólo requiere de actuación y desarrollo; no es un programa acabado de acción para el poder público; no es, en pocas palabras, un ordenamiento total.

Hace varios años Forsthoff decía que la Constitución no era ni podía ser “el origen del mundo, la célula jurídica germinal de la que todo procede”.<sup>1511</sup> Pierandrei, por su parte, señalaba que si bien la Constitución debía codificar todas las cuestiones relacionadas con el orden estatal “non puo tuttavia regolare codeste questioni minutamente nei loro particolari”.<sup>1512</sup> La Constitución no puede contener todas las regulaciones posibles para la convivencia de la comunidad. Esto no significa, claro está, que no sea nada, pues el carácter abierto de la norma básica no riñe con su naturaleza de ser un vínculo objetivo, un límite insuperable y último.<sup>1513</sup> Así, con Ruggeri podemos decir que hay que “tenersi lontano sia da dottrine svalutative che da dottrine ipervalutative della forza espressiva della scrittura costituzionale. Quest’ultima... non è né tutto né niente”, así como no es un texto *à tout faire* tampoco lo es *à tout dire*, concepción que no se contrapone con la consideración de que la misma impone con sus normas “orientaciones de sentido”.

La razón de asumir esta concepción resulta comprensible si aceptamos, con Pinna, que las actuales condiciones democrático pluralistas no permiten presuponer alguna homogeneidad política sobre la cual apoyar la modelación de la sociedad, pero sí constituir, a través de la Constitución, una estructura de poder legitimada con los valores de libertad, democracia y justicia. La norma fundamental no prevé algún modelo de sociedad, pero tampoco renuncia a la aspiración de construir una sociedad más libre y justa. En ella no hay un modelo de estructuración social, sólo principios comunes a todos que la organización política está llamada a concretizar a través de decisiones democráticas.<sup>1514</sup> Lo anterior tiene varias consecuencias. La primera, aceptar que la Constitución no

<sup>1511</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 311, p. 82.

<sup>1512</sup> Pierandrei, Franco, *op. cit.*, nota 994, p. 319.

<sup>1513</sup> Chessa, Omar, *op. cit.*, nota 422, p. 3930.

<sup>1514</sup> *Ibidem*, p. 3942. El prurito de las Constituciones, dice Canosa, “por ofrecer, prefigurada, una sociedad ideal, a despecho de las contingencias futuras, complica la relación entre legislador y Constitución y, sobre todo, la del primero con el tribunal constitucional”. Canosa Usera, Raúl, “Problemas de la interpretación constitucional en la democracia contemporánea”, en Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R. (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, UNAM, 2001.

es una tabla de valores unitarios en la que se encuentren indicaciones excluyentes para dirigir la sociedad, sino un texto en el que se hallan las garantías de los derechos y sus límites, y las reglas del desarrollo del juego institucional.<sup>1515</sup> Concebir a la Constitución de esta forma, es decir, como un instrumento que no regula toda la vida estatal y social, y que sólo norma los aspectos comunes más fundamentales, nos permite asegurar, con Hesse, que la configuración de los restantes aspectos de la vida comunitaria queda como tarea de los poderes estatales por ella constituidos y, en particular, del legislador democrático.<sup>1516</sup> En otras palabras, esta concepción “tolerante” de la Constitución permite hacer pervivir el principio de legalidad; reconocer que, como señala Jiménez Campo, la enérgica afirmación del principio de constitucionalidad no tiene como consecuencia la abolición de aquel, y, sobre todo, aceptar que la ley no es simple ejecución de la Constitución, sino el producto de una actividad libre que puede escoger entre una serie de fines y objetivos.

Aceptar que la Constitución está imposibilitada para regularlo todo, también impele a rechazar la tesis, como sugiere Spadaro, quien se esfuerza por defender la existencia de un espacio constitucional neutro, que concibe a la producción legislativa como funcional a la Constitución, es decir, conduce a afirmar que la ley no constituye la prolongación o actuación de la Constitución.<sup>1517</sup> Así, la ley no es sólo, como decía Calamandrei, la prosecución y especificación de la voluntad general contenida en las disposiciones constitucionales o una consecuencia lógica de aquellas necesarias premisas.<sup>1518</sup> Esta concepción, escribe Solazábal, de que todo el derecho está contenido en la norma básica, ha llevado a sostener que la ley es ejecución de la Constitución, misma que es inadecuada, por ignorar la concepción de la ley como verdadero acto de creación del derecho y como decisión de la comunidad sobre su modo de vida, y antidemocrática, en la medida en la que afirma el predominio de la generación constituyente sobre todas las demás,<sup>1519</sup> desconociendo que la Constitución tiene un “contenido existencial”, no petrificado, que le permite estar

<sup>1515</sup> Bongiovani, Giorgio, *op. cit.*, nota 954, p. 83.

<sup>1516</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 311, pp. 82 y 83.

<sup>1517</sup> Spadaro, Antonino, “Dalla Costituzione come atto (puntuale nel tempo) alla Costituzione come processo (storico)”, *Quaderni Costituzionali*, Italia, núm. 3, 1988, p. 380.

<sup>1518</sup> Calamandrei, Piero, *op. cit.*, nota 390, p. 27.

<sup>1519</sup> Solazábal Echavarría, Juan José, *op. cit.*, nota 939, p. 211.

sujeta a continua reelaboración y ser receptiva de los constantes cambios históricos.<sup>1520</sup>

Aceptar una noción de Constitución “tolerante”, frente a la de Constitución “total”, permite consolidar y desarrollar el pluralismo político y afirmar, con Angiolini, nuestra confianza en la sociedad y en su capacidad de gestionar por sí misma su existencia y desarrollo. Häberle no se equivoca cuando afirma que el significado de las normas constitucionales es obra de la política, la jurisprudencia, la doctrina y los ciudadanos que mediante sus acciones individuales y como miembros de la comunidad se esfuerzan por configurarlas en cada caso y contexto histórico, actuando como verdaderos legisladores constituyentes. En este sentido, la caracterización de las normas constitucionales como principios abiertos, “no saturados”, “esencialmente controvertidos”, es un reconocimiento al derecho de las generaciones actuales a su “apropiación consciente”, a desarrollar y aplicar sus propias concepciones, a renovarlas continuamente a través de su ejercicio, a participar en el enriquecimiento de sus contenidos, a tornarlas cotidiana y continuamente efectivas hasta hacerlas parte de un “proceso público” inacabado mediante el cual se renueven y configuren, constantemente, nuevos niveles de libertad<sup>1521</sup> conformes con su propio proyecto de vida.

De acuerdo con lo anterior, el primer derecho de los individuos es participar en la determinación del contenido de sus propios derechos como vía para hacer realidad su función de igualdad y socialización.<sup>1522</sup> El ordenamiento democrático “cobra su configuración jurídica en los derechos fundamentales”, dice Hesse, porque éstos sostienen y fundamentan la idea de la libertad como autodeterminación política de los ciudadanos y como colaboración al resultado de la voluntad política que crea el orden imperante en el Estado.<sup>1523</sup> Habermas señala: “en el ejercicio de la autonomía política los ciudadanos no pueden transgredir el sistema de los derechos, que es el que empieza constituyendo esa autonomía”.<sup>1524</sup> De

<sup>1520</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 216; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 935, p. 13.

<sup>1521</sup> Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, pp. 56, 59, 197, 272 y 273; Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 214.

<sup>1522</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, p. 169.

<sup>1523</sup> Esto representa, según Kelsen, seguir el camino del liberalismo a la democracia que pretende reducir al mínimo la discrepancia entre orden estatal y voluntad individual. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 203, pp. 17, 24 y 25; Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 92.

<sup>1524</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 248.

esta forma, aceptamos que los derechos se expresan a través de un costado pasivo y de una vertiente activa que otorga participación al ciudadano en el procedimiento de creación de normas jurídicas<sup>1525</sup> y, al mismo tiempo, fortalece el significado del procedimiento democrático y asegura los presupuestos comunicativos que garantizan un verdadero proceso de reflexión colectiva. Habermas pone el acento en la mutua implicación, en la “conexión circular”, que existe entre autonomía privada y pública. Su opinión al respecto es importante:

los ciudadanos sólo pueden hacer uso apropiado de su autonomía pública si son suficientemente independientes en virtud de una autonomía privada asegurada de manera homogénea; pero que a la vez sólo pueden lograr una regulación susceptible de consenso de su autonomía privada si en cuanto ciudadanos pueden hacer uso apropiado de su autonomía política.<sup>1526</sup>

La noción constitucional de libertad pretende realizar una función doble: por un lado, garantizar los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los intereses de cada quien y, por otro lado, posibilitar (no realizar) una configuración autónoma de la propia existencia “en el sentido *ético* de persecución de un proyecto de vida racionalmente elegido que sea expresión de la autonomía, de la auto-responsabilidad y del libre desarrollo de la personalidad”.<sup>1527</sup> Los derechos institucionalizan el papel del ciudadano y mantienen abiertas las posibilidades de participación en la configuración ilimitada de los mismos, actuando, también, como “garantías organizatorias y procesales que contribuyen a garantizar un proceso de decisión libre y abierto”.<sup>1528</sup> Mientras más amplias sean estas posibilidades de participación mayor, será su fortaleza. De esta forma, todos los derechos fundamentan competencias para participar en la configuración de los mismos en el proceso

<sup>1525</sup> La idea es de Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, p. 173; Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 491.

<sup>1526</sup> Habermas, Jürgen, “El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia”, trad. de J. C. Velasco Arroyo, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 255.

<sup>1527</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 481.

<sup>1528</sup> Schneider, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, *cit.*, pp. 141-143. En sentido parecido aunque en otro contexto Habermas, Jürgen, “Un modelo de compromiso del Estado social”, trad. de M. Jiménez Redondo, *Teorema*, Valencia, núms. 13-14, 1983, p. 14.

político, contribuyendo a realizar “la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente”, pues los ciudadanos sólo pueden alcanzar autonomía entendiéndose y actuando como autores de los derechos a los que quieren someterse.<sup>1529</sup>

Enseña Hesse: “para que la situación jurídica regulada como derecho fundamental se torne real y efectiva en el seno de la Sociedad, se hace necesario por doquier no solamente establecer regulaciones materiales más minuciosas, sino también poner en pie formas de organización y normas de procedimiento”.<sup>1530</sup> La concepción de los derechos como principios exige reforzar la idea de los procedimientos a través de los cuales éstos serán desarrollados. Los derechos no sólo colocan a los sujetos jurídicos libres de presiones externas para conformar sus intereses, además exigen una adecuada organización del procedimiento democrático que asegure, precisamente, la libertad contenida en los mismos. Y es que una vez aceptada la sustancialización de los derechos, el problema deviene en la determinación de sus contenidos, pero para efectuar esto hay que considerar que aquellos exigen la instauración de un procedimiento racional de producción de normas jurídicas que únicamente es legítimo, y su resultado válido, si se organiza como un proceso discursivo articulado jurídicamente que goce del asentimiento de todos los miembros de la comunidad.<sup>1531</sup> Esto hace necesaria “la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política” mediante la cual la autonomía privada, que en un primer momento sólo se afirma en términos abstractos, sea objeto de desarrollo jurídico.<sup>1532</sup> El método democrático es un instrumento para la realización de los valores y principios que fundamentan y configuran la libertad dentro de una comunidad política y está diseñado para decidir sobre el contenido, alcance y jerarquía de los derechos.<sup>1533</sup> Éste es su verdadero valor y mediante su operatividad se pueden medir sus capacidades.

<sup>1529</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 175 y 192.

<sup>1530</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 874, p. 102.

<sup>1531</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 175.

<sup>1532</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>1533</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 150, p. 190; Torre, Massimo la, “Discutiendo de democracia. Representación política y derechos fundamentales”, trad. de J. Ansuátegui Roig, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 3, 1994, p. 232.

Ya hemos señalado antes las características básicas de este procedimiento discursivo de toma de decisiones colectivas que funge como modelo ideal de proceso legislativo. El producto del mismo será la ley democrática que, justamente, por originarse en un procedimiento de este tipo, será el saldo de una “empresa colectiva”, una obra deliberativa o, para decirlo con Manin, resultado “de la deliberación general, y no la expresión de la voluntad general”. Actualmente, ante el peligro de “la muerte de la ley” es necesario, como dice Aragón, “revalorizarla” como derecho de emanación democrática, convertirla en fuente primordial del ordenamiento, en “la norma de derecho que, bajo la Constitución, se ocupa de configurar general e inmediatamente las relaciones jurídicas en el seno de una sociedad”.<sup>1534</sup> Esta revalorización, dice De Cabo, presupone eliminar, de su proceso de elaboración, la prevalencia de los mecanismos de negociación y el autointerés de grupos poderosos. En el lugar de estos nocivos elementos hay que colocar a la deliberación, al poder de la argumentación, para hacer derivar a la ley, como escribe Sunstein, de algo muy diferente al poder político ejercido por grupos particulares o al “simple trato con un grupo de presión”. La acumulación de poder político no debe determinar la legislación, ésta no puede ser producto “exclusivo del poder privado”. Es preciso asegurar que la ley no sea resultado de las relaciones de poder y esté sometida al debate político para mostrar que es posible que los valores, y no sólo el poder, motivan la acción legislativa.<sup>1535</sup> Las condiciones sociales y políticas actuales exigen que la ley democrática sea, como señala Häberle, el producto de la cooperación entre diversos participantes en un proceso donde se expresen los variados intereses. Si debido a diversas causas, que ya hemos reseñado, la ley ha perdido sus características esenciales que la definían como expresión de la voluntad general, esta cualidad hoy debe provenir, como señala Zagrebelsky, no de su origen o de su objeto, sino de un procedimiento en el que participen la totalidad de los sujetos políticos.<sup>1536</sup>

Para realizar un Estado democrático, no sólo se debe defender a la Constitución, sino también a la ley, al principio de legalidad, por lo que debemos proponernos su fortalecimiento como fuente de legitimación

<sup>1534</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, pp. 124 y 125.

<sup>1535</sup> Sunstein, Cass R., *op. cit.*, nota 202, pp. 362 y 363.

<sup>1536</sup> Comentado por Figueruelo Burrieza, Ángela, *op. cit.*, nota 487, pp. 57 y 58.

de nuestro Estado de derecho. Si actualmente en México asistimos a la recuperación del valor normativo de la Constitución, es necesario, al mismo tiempo, recuperar el valor de la ley. A lo mejor, más que recuperarlo, deberíamos construirlo. Este esfuerzo implica, también, revalorizar al órgano legislativo, intentar hacerlo un verdadero protagonista jurídico y político, y otorgar un voto de confianza a las fuerzas políticas como sujetos capaces de crear y perfeccionar sus formas de asociación y construir y regenerar a “ese ente artificial que llamamos Estado”, en el entendido de que únicamente a la sociedad le corresponde decidir las características generales de la comunidad política, y de que, como escribe Elia, la solidez de las instituciones en una democracia depende de la existencia de fuerzas políticas coherentes que sepan en qué dirección moverse, y que tengan, además de lealtad a las instituciones, capacidad autónoma de propuesta y realización.<sup>1537</sup>

La ley debe ser expresión del proceso de integración política del Estado, y el legislador, protector de los intereses de todos los individuos y, por tanto, el órgano que, como señala Denninger, custodia el bien común y expresa el pluralismo político de la sociedad. Este bien común, que por las características de la actual sociedad pluralista se presenta como informe y difuso, necesita, como observa Böckenförde siguiendo a Kaufmann, un proceso que le dé forma. La voluntad popular no existe por sí misma ni se produce por su simple evocación, sino que debe ser actuada y producida. Así, dice el maestro alemán: “la posibilidad implícita en la voluntad popular de asumir una subjetividad concreta es una pura posibilidad que para ser realizada debe ser actuada”.<sup>1538</sup> Esta forma de entender la ley y el impulso que demos al proceso de su revalorización nos permitirá lograr “legitimidad a través de la legalidad”, dotarla de fuerza de innovación y contar con un punto de partida para la adecuada aplicación e interpretación judicial de la misma. Además, como escribe Sunstein, nos permitirá reducir el peso de los grupos de interés, ampliar el espacio de la discusión democrática y recuperar la legitimidad del Parlamento, factor clave de la unidad política estatal. De esta forma, el principio de legalidad se convertirá, como quiere Berlinguer, en una fuerza general, hegemónica, protagonista de la reforma del Estado.

<sup>1537</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 15.

<sup>1538</sup> Aunque estas palabras son pronunciadas en crítica a la democracia directa o de identidad Bockenförde, E., “Democrazia e rappresentanza”, trad. de F. Fiore y P. Pasquino, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1985, p. 235.

Estos planteamientos también implican, como fácilmente puede comprenderse, la convicción de que en el Estado democrático actual sólo la democracia representativa es posible. Ésta, como dice Aragón, “constituye la forma propia de la democracia, sobre todo, a mi juicio, de la democracia como modo de ejercicio del poder “constituido”.<sup>1539</sup> Esto no quiere decir que no existan o puedan existir canales alternativos a través de los cuales los individuos se hagan presentes dentro del Estado, sólo aceptar que la institución representativa encarna la principal fuente de legitimidad del sistema y que está situada, como dice Pasquino, en la cima de los procesos democráticos, ya que la fuente de toda legitimidad dentro del Estado se encuentra en el proceso democrático de producción del derecho, que constituye el núcleo que sostiene todo el entramado político del sistema. Este proceso conforma el más importante espacio en el que los ciudadanos ejercen su autonomía política y el principal camino a través del cual encuentran solución a sus conflictos. En palabras de Böckenförde, es el espacio indispensable a través del cual un grupo de hombres se constituye como asociación y como unidad política de acción, haciendo posible la limitación del poder político y, por tanto, la salvaguardia de los derechos fundamentales.<sup>1540</sup>

La Constitución mediante la positivización de derechos fundamenta el orden jurídico en las ideas de autorrealización y autonomía. Como señala Habermas, aquéllos reflejan tanto los principios éticos y morales de autonomía y justicia como los de autorrealización y vida proyectada conscientemente.<sup>1541</sup> Comprendiendo esto se puede asumir una comprensión del derecho en la cual éste se fundamenta desde sí mismo. A esta noción contribuye el carácter abierto de las normas constitucionales que exigen su constante y continua legitimación y excluyen aceptar la posibilidad de que exista un acto instantáneo que les confiera validez permanente. La Constitución impone una legitimidad democrática continuada y deshecha la idea “salvajemente democrática” de una asamblea constituyente que impone para siempre normas de convivencia a la comunidad y que desaparece de golpe el problema de la legitimación dentro del Estado. Entender de este modo a la norma básica implica una especie de decisionismo totalitario de estirpe schmittiana que concibe a la Constitución

<sup>1539</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 106.

<sup>1540</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *op. cit.*, nota 1067, p. 131.

<sup>1541</sup> Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular”, *cit.*, pp. 220 y 221.

como un conjunto de “normas estáticas, sustraídas al tiempo y resistentes al cambio histórico”.

Al contrario, las normas constitucionales, cuya fijación es “relativa”, deben concebirse como “un proceso constituyente planteado a largo plazo” y siempre impulsadas hacia adelante. Ante los problemas relacionados con el significado de las normas constitucionales, la única lógica que cuenta es la de las generaciones de hoy; éstas, cada vez que hacen uso de su autonomía política y efectúan la interpretación y desarrollo de aquéllas, realizan un verdadero acto constituyente. Sólo esta concepción, ha dicho Häberle, hace posible una Constitución sin derecho natural; o, como afirma Ackermann, permite eliminar de la lógica del Estado, en virtud de la incesante necesidad de legitimación de las normas, la idea del estado de naturaleza y la del contrato social, y sustituirlas por la necesidad de fundamentación de las normas surgida de su propia positivización. Habermas ha expresado esta idea con claridad: los derechos deben ser desarrollados, por lo que no pueden quedar anclados en un ficticio estado de naturaleza. Es necesario dar continuidad al contrato social a través de una “revolución permanente y legal”.<sup>1542</sup> Una Constitución democrática y pluralista representa un punto de coincidencias, un marco de desarrollo para las distintas posibilidades políticas. Ésta es la única concepción aceptable si queremos tener una “Constitución tolerante” y no una “Constitución total”,<sup>1543</sup> que reconozca el pluralismo social y permita que los individuos puedan perseguir, como escribe Habermas, cooperativamente, y con perspectivas de éxito, el proyecto de establecer formas cada vez más justas de vida.<sup>1544</sup> Este entendimiento de la norma básica otorga a los individuos la responsabilidad de buscar en los derechos concepciones cada vez mejores que permitan la realización del bien común; convierte el catálogo de derechos en un modelo constructivo<sup>1545</sup> objeto del desarrollo de los individuos llamados a llenar “de vida los ordenamientos”, y evita su cristalización e inmovilidad. La realización de los derechos es obra de muchos y constituye una vocación, una tarea conferida a todos aquellos que formen parte de la comunidad.<sup>1546</sup>

<sup>1542</sup> Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Facticidad y validez...*, *cit.*, nota 11, p. 602.

<sup>1543</sup> Bongiovani, Giorgio, *op. cit.*, nota 954, p. 82.

<sup>1544</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 336.

<sup>1545</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 249.

<sup>1546</sup> Häberle, Peter, “La libertad fundamental en el Estado constitucional”, *cit.*, p. 189.

### C. La Constitución y los poderes públicos y privados

Actualmente, ante las condiciones sociales y políticas imperantes y frente a las presiones de los grupos de interés, la Constitución no puede significar, como señala Habermas, un orden marco que sólo regule la relación entre el Estado y los ciudadanos. “En sociedades complejas con subsistemas horizontalmente diferenciados y concatenados el efecto protector que los derechos fundamentales tienen, ya no debe quedar referido solamente al poder administrativo, sino en general al poder social de organizaciones fuertes”. Esto significa que “el poder económico y el poder social han menester de la disciplina del Estado de derecho no menos que el poder administrativo”.<sup>1547</sup> La mutua influencia que existe entre Estado y sociedad impele a dejar de entender la Constitución como norma confinada a la institucionalización del poder político o como estatuto exclusivo del Estado ante el que se construye y defiende el estatuto propio de la sociedad civil. La Constitución debe ser concebida como “el estatuto jurídico-político fundamental tanto del Estado como de la Sociedad”,<sup>1548</sup> ya que, como observa Hesse, en cuanto orden jurídico fundamental de la comunidad, no se limita a la ordenación de la vida estatal, sus normas abarcan también las bases de ordenación de la vida no estatal representando el “elemento de unidad de la Comunidad en su conjunto”.<sup>1549</sup> Al ser la Constitución el estatuto fundamental del ordenamiento jurídico es también el estatuto básico de todas las relaciones sociales, incluidas aquellas que se producen en torno de los propios ciudadanos. Es una norma para el Estado, pero también para la sociedad correspondiéndole a ambos el cumplimiento de sus finalidades y objetivos. Como escribe Habermas: “la facultad —propia del derecho privado— de perseguir fines privados, determinados libremente, obliga a su vez a observar los límites de la acción estratégica que hayan sido acordados en igual interés de todos”.<sup>1550</sup> La Constitución, decía Abendroth, no sólo es Constitución política, también es Constitución de la sociedad.

Partiendo de esta noción, los derechos no sólo son límites frente a los poderes públicos, en su carácter de “derechos de la sociedad”, son tam-

<sup>1547</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 320 y 336.

<sup>1548</sup> Lavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 9, pp. 33 y 4.

<sup>1549</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 16.

<sup>1550</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 218, p. 236.

bién expresión de la “Constitución de la sociedad”.<sup>1551</sup> La norma básica, fuente de los derechos en el ámbito público es, al mismo tiempo, “fuente primigenia de las libertades en el ámbito privado”<sup>1552</sup> y, por ello, sus normas son vínculos que se establecen y realizan en la sociedad y en las relaciones entre sus componentes, pasando toda su problemática a ser parte de la órbita de la propia comunidad, es decir, del espacio “donde el hombre desarrolla su verdadera existencia”, ya que es ahí donde tiene que ser libre. De esta forma, el reconocimiento y garantía de los derechos “no es sólo eficiente ante desmanes, ofensas o excesos del poder político; hoy no puede ya cuestionarse que preserva una esfera susceptible de especial protección también frente a abusivas e indebidas interferencias de los demás ciudadanos y de los grupos y organizaciones en que se manifiesta la llamada sociedad civil”.<sup>1553</sup>

El efecto de protección que tienen los derechos no se refiere únicamente al Estado, sino también a las organizaciones privadas, por su capacidad de afectar o conculcar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo primero que se pretende con la afirmación de los derechos fundamentales frente a terceros, es asegurar que los que tienen poder dentro de la sociedad no impidan a otros ciudadanos, en especial a los socialmente débiles, la realización de su libertad.<sup>1554</sup> El Estado debe delimitar y canalizar, más allá de la garantía jurídico formal de la libertad, el poder social existente o en formación, “e impedir que ponga en juego por entero su superioridad frente a los no-poderosos, y ahogue la libertad jurídica de éstos”.<sup>1555</sup> En el Estado de derecho, todos los poderes deben estar sujetos a las leyes, no deben existir poderes absolutos.<sup>1556</sup>

Para nosotros, la proyección de los derechos en el ámbito privado es facultad y deber del legislador. Es a éste a quien corresponde asegurar la vigencia de los derechos en las relaciones jurídico-privadas. Como dice Hesse, es el legislador el poder que debe realizar la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y el responsable de desarrollar la legislación que sirva de medio para el despliegue de su contenido jurí-

<sup>1551</sup> Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, nota 844, p. 168.

<sup>1552</sup> Embid Irujo, Antonio, *op. cit.*, nota 960, pp. 200 y 201.

<sup>1553</sup> Lavilla Alsina, Landelino, *op. cit.*, nota 9, pp. 33 y 34.

<sup>1554</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 1485, p. 91.

<sup>1555</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>1556</sup> Ferrajoli, Luigi, “Garantismo e potere selvaggi”, *Teoria Política*, núm. 3, 1998, pp. 13-15.

dico.<sup>1557</sup> Es decir, para que los derechos fundamentales puedan regir en el ámbito privado, es necesaria la mediación legal. La ley, en consecuencia, es el instrumento a través del cual se puede desplegar dicha eficacia, y el legislador el sujeto que debe concretar las condiciones en las que se ejercerán los derechos en las relaciones entre particulares y decidirá, incluso ante la ausencia de una aceptación positiva o negativa a nivel constitucional de esta eficacia, si ésta existe, en que términos y con relación a qué derechos. Como escribe Böckenförde, es al legislador a quien le corresponde traducir y concretizar los principios de libertad expresados en los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.<sup>1558</sup>

La regulación del poder social con objeto de impedir su superioridad frente a los no poderosos la debe realizar el legislador. Efectivamente, la vinculación directa de los derechos vale sólo para las relaciones jurídico públicas de sujeción general. “En estas relaciones, no en otras, se inserta de modo directo el derecho fundamental, del que nace así una vinculación, igualmente directa, entre el individuo y el Estado”.<sup>1559</sup> Sin embargo, como escribe Jiménez Campo, esta delimitación del ámbito en que los derechos vinculan de modo directo, “es del todo compatible con la irradiación de tales derechos más allá de ese ámbito o relación, proyección del derecho en otros ámbitos que supone, rigurosamente, un deber constitucional para el legislador”. En otras palabras, la proyección de los derechos en el seno de las relaciones entre particulares no es directa, tiene que ser producto de la mediación legal, debido a que los derechos fundamentales, en principio, sólo se dirigen contra los poderes públicos, “afirmación cuyo fundamento no está, o no está sólo, en la historia, sino, en lo que aquí más importa, en el sentido mismo de lo que es, y para lo que sirve, una Constitución”.<sup>1560</sup>

Pero junto con esta justificación, basada en la naturaleza de los derechos, la atribución al legislador de la competencia de transformar el contenido de los derechos fundamentales en derecho vinculante para las relaciones privadas se debe, como dice Gutiérrez, a que éste es el único órgano que está en condiciones de fomentar la realización material de

<sup>1557</sup> Hesse, K., *op. cit.*, nota 311, p. 63. Una posición diferente se asume cuando se dice que “la técnica jurídica pública no cuenta con instrumentos definitivos para atender a dicho reto”. Aguiar, Luis, *op. cit.*, nota 837, p. 26.

<sup>1558</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *op. cit.*, nota 1485, p. 91.

<sup>1559</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 104, p. 34.

<sup>1560</sup> *Ibidem*, pp. 34 y 35.

los derechos para todos, imponer su vigencia frente a las diversas formas de poder social organizado y considerar los múltiples factores que se presentan al efectuar la regulación. Tómese en cuenta que al realizar esta conversión, el legislador debe analizar varios aspectos, entre los que se encuentran: cuidar las modificaciones que produce la influencia de los mismos sobre el derecho privado; velar que dicha influencia no elimine la autodeterminación y responsabilidad individuales ni la autonomía privada; ordenar, de forma recíproca y proporcionada, las diversas posiciones jurídicas fundamentales que estén en colisión; crear los medios de tutela según el ámbito material en cuestión; realizar la regulación legal materialmente diferenciadora que concrete los presupuestos y efectos de la influencia de los derechos fundamentales, entre otros.

la protección de los derechos se debe realizar también a través de normas organizativas adecuadas, de la correcta —a estos efectos— disposición de las instituciones y de los procesos públicos y privados. Sólo la política de derechos fundamentales que está exclusivamente en manos del legislador puede enfrentar eficazmente ciertas amenazas a la libertad o articular medidas antidiscriminatorias efectivas.<sup>1561</sup>

Todo lo anterior implica, y quizá está de sobra decirlo, pensar en la Constitución desde una perspectiva distinta de la que nos legó el liberalismo predemocrático, ya que con la aceptación de la eficacia horizontal de los derechos se abandona la concepción unilateral que los define como límites únicamente dirigidos al Estado. Las libertades ya no tienen como punto de referencia un “escenario estatocéntrico” ni se fundamentan en la “antihistórica” teoría de la autolimitación estatal. Los derechos han pasado a ser facultades que el individuo debe ejercitar en la vida social para realizar su propia personalidad y afirmar su autonomía.<sup>1562</sup> La libertad debe tutelarse de manera global y como ella puede ser perturbada desde el ámbito público o privado, el origen de la interferencia no es más el parámetro exclusivo a la hora de protegerla. Ésta debe protegerse independientemente del sujeto que atenta contra ella. Así, los derechos rebasan la separación entre lo público y lo privado, son criterios básicos que se imponen en todo el ordenamiento y protegen

<sup>1561</sup> Gutiérrez, Ignacio, *op. cit.*, nota 960, pp. 12 y 19.

<sup>1562</sup> Pace, Alessandro, “Derechos de libertad y derechos sociales en el pensamiento de Piero Calamandrei”, trad. de E. Calderón Martín y P. Lucas Murillo de la Cueva, *REP*, Madrid, núm. 63, 1989, p. 48.

todas las situaciones jurídicas en las que las personas se hallan inmersas. Esto provoca otra consecuencia de efectos más generales. Sostener que no es posible concebir a la Constitución como norma reguladora únicamente de las relaciones entre individuo y el Estado, supone la conversión del derecho constitucional en el derecho no sólo de la organización de los poderes públicos, sino en el derecho de los ciudadanos, en la medida en que es aplicable no solamente en las relaciones con los poderes públicos sino también en las relaciones intersubjetivas privadas.<sup>1563</sup> La Constitución pasa a ser la luz de la interpretación de los derechos frente a los poderes privados. El objetivo será hacer realidad, como quiere De Vega, junto a un derecho constitucional de la libertad, un derecho constitucional de la igualdad.<sup>1564</sup>

#### IV. UNA CORTE DE JUSTICIA PARA LA CONSTITUCIÓN

##### 1. *Una auténtica jurisdicción constitucional*

Hemos sostenido que la función que los tribunales deben realizar dentro del Estado está en relación no sólo con los términos de la Constitución,<sup>1565</sup> sino con la idea que sobre la misma y sus preceptos tenga una sociedad determinada. Ahora trataremos de señalar, precisamente, cuál es esa función general que pensamos debe desempeñar la Suprema Corte de Justicia. Esto resulta ser de suma importancia debido a que, como ya señalaba R. Reyes: “es imposible tratar de un órgano” y saber el lugar que ocupa dentro del orden constitucional, “sin tener antes una idea de su función”. Incluso hay autores, como Elia, que fundan la legitimidad de los tribunales en las funciones que realizan y les atribuyen una legitimación funcional, “de ejercicio no de origen”.<sup>1566</sup> En lo sucesivo se trata,

<sup>1563</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 51, p. 820.

<sup>1564</sup> “El reconocimiento de la Drittwirkung presupone... una opción política, según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad, se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad”. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 960, p. 425.

<sup>1565</sup> Wheare, K. C., *op. cit.*, nota 369, pp. 106 y 125.

<sup>1566</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 9; López Guerra, Luis, *op. cit.*, nota 1002, p. 247. Bachof iba todavía más allá cuando señalaba que para un órgano constitucional es más importante la función que desempeña que la clase de mandato que recibe. Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, p. 59. Para Zaffaroni, la legitimidad democrática de un órgano

por consiguiente, y como escribe La Pergola, de dilucidar y precisar en qué debe consistir su labor en una sociedad democrática y abierta. Como insiste Zagrebelsky, en una Constitución democrática todo órgano debe justificar su papel dentro del sistema y, para esto, su presencia dentro de la Constitución no es suficiente, es necesario encontrar y definir las funciones que realiza dentro del Estado. La propia Constitución impone que la función del órgano de control no sólo sea poner límites jurídicos al ejercicio del poder, también tiene que verificar que los órganos que conforman el Estado satisfagan las exigencias contenidas en la misma. Resumidamente podemos decir, y como puede deducirse de todo lo dicho en el párrafo precedente, que la función general del órgano de justicia constitucional debe ser vigilar de forma estricta el núcleo esencial de la Constitución, es decir, cuidar la vigencia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los presupuestos que garantizan que los resultados del procedimiento de formación democrática de la voluntad sean legítimos.

Aceptamos que la razón de ser de estos órganos es la protección de los derechos fundamentales, y que esta finalidad constituye el paradigma para la construcción de un modelo apropiado de justicia constitucional. Es más, tomamos como válida la idea de que una jurisdicción se convierte en constitucional cuando se avoca a la defensa de los derechos fundamentales. Como escribe Baldassarre: “el sentido profundo de la justicia constitucional se encuentra en ser una jurisdicción constitucional que se ocupe de la tutela de los derechos fundamentales”. Esta tutela, considerada inherente a la idea misma de la jurisdicción constitucional es, en la actualidad, el punto de convergencia de los modelos existentes en la materia, verificable en la práctica, y su importancia se antepone, incluso, a las cuestiones orgánicas y procedimentales.<sup>1567</sup> Lo anterior es de extrema

no se juzga por su origen, sino fundamentalmente por su función. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructuras judiciales*, Argentina, Ediar, 1994, p. 43. Para Cossío, la dilucidación y explicación de las funciones del máximo tribunal de justicia son de gran importancia para determinar y formular la teoría constitucional que sirve de soporte a la misma Constitución. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1239, p. 77. Recientemente también Ana L. Magaloni ha hecho referencia al papel que debe desempeñar la justicia constitucional en una democracia. Magaloni, Ana Laura, *op. cit.*, nota p. 263.

<sup>1567</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 8; Baldassarre, Antonio, *op. cit.*, nota 263, p. 190. Claro está que, como hemos dicho antes, todo depende del entendimiento sobre la naturaleza y funciones de los derechos fundamentales. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 517, pp. 160 y 172; Rodríguez Bereijo, Álvaro, *op. cit.*, nota 922, p. 384. Es

importancia sobre todo si pensamos que cuando se introdujo esta institución, en Europa y Estados Unidos, no contaba entre sus prioridades la protección de las libertades públicas; al contrario, su actuación en esta materia se consideraba subsidiaria y ajena a su labor fundamental.

Recuérdese al respecto que Kelsen plantea el problema de la justicia constitucional, inicialmente, en su escrito más antiguo sobre la materia que data de 1923, como un instituto garantizador del sistema federal,<sup>1568</sup> para él, la justicia constitucional era “la perfezione tecnico-giuridica dell’idea dello stato federale”, por lo que tenía que ser, casi exclusivamente, el árbitro de la repartición de las competencias entre la Federación y los Estados federados. En 1928, el escritor vienés apunta esta finalidad con toda claridad: “es en el Estado federal donde la justicia constitucional adquiere una importancia mayor. No es exagerado afirmar que la idea política del Estado federal sólo encuentra su plena realización con la instauración de un tribunal constitucional”.<sup>1569</sup> Basándose en estas ideas, la Constitución austriaca de 1920 estableció, por vez primera en Europa, el control de constitucionalidad de las leyes, tanto de la Federación como de los Länder, si unas y otras resultaban contrarias a la distribución de competencias consignadas en la propia Constitución. Esto resulta muy significativo si consideramos que, como bien observa Aja, en este ordenamiento no existía el recurso directo de inconstitucionalidad ni la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>1570</sup> En otros muchos aspectos de la

muy interesante que, por ejemplo, con base en su función de protección de los derechos fundamentales, se ha propuesto abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados de control de constitucionalidad. Rolla propone una clasificación que engloba cuatro modelos de justicia constitucional que van desde los sistemas que cuentan con una jurisdicción constitucional de las libertades muy amplia hasta aquellos sistemas, como el francés, en que la garantía de los derechos se realiza de forma indirecta. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 1499, pp. 146-150. También, “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”, en Vega, Juan y Corzo, Édgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional*, *cit.*, nota 1390, pp. 366 y ss.

<sup>1568</sup> Barberis, Mauro, “Kelsen e la giustizia costituzionale”, *Materiali per una storia de la cultura giuridica*, núm. 1, 1982, p. 210.

<sup>1569</sup> Lüther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 20; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 152.

<sup>1570</sup> Aja, Eliseo, *op. cit.*, nota 299, p. XVIII. Ya antes de Austria, como señala Simon, y como hemos comentado en páginas precedentes, en la Constitución de Weimar, las competencias de la jurisdicción constitucional se habían orientado a la edificación del Estado federal relegando las exigencias de la nueva democracia pluralista con división de poderes. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 826.

configuración de la jurisdicción constitucional austriaca puede comprobarse esta orientación federalista. Así, por ejemplo, en la *composición del Tribunal*, en cuya integración participaban los dos órganos legislativos, de tal manera que la mitad de los miembros eran electos por el Consejo Nacional y la otra mitad por el Consejo Federal, que representaba a los Länder,<sup>1571</sup> y en la regulación de la *legitimación para impugnar* la constitucionalidad de las leyes, en la que se demuestra, siguiendo el juicio de Cruz Villalón, el “protagonismo asumido por las normas relativas al sistema de distribución de competencias entre la Federación y los Länder en los orígenes de la organización de un control de constitucionalidad de las leyes”; asimismo, debemos recordar que en la práctica la mayoría de las sentencias del Tribunal tuvieron como objeto problemas de constitucionalidad competencial.<sup>1572</sup>

Es necesario decir, para entender lo anterior, que esta configuración del derecho de control de constitucionalidad era acorde con el proceso de unificación que la propia Constitución promovía en el Estado germano. Por ello, Barberis señala, cuando se refiere a la configuración del control en Austria, que esta representación reductiva de la institución estaba condicionada a su particular situación después de la Primera Guerra Mundial. En la Austria posbélica, la exigencia primaria era salvaguardar la unidad estatal absorbiendo las fuerzas centrífugas; situación que, aunada a la tradición constitucional proveniente del siglo XIX, provocó que la Corte Constitucional fuera concebida, sobre todo, como un instrumento de regulación de los conflictos entre el Estado federal y los Estados miembros.<sup>1573</sup> Öehlinger enseña que cuando en la Ley Constitucional del 1o. de octubre de 1920 se establece definitivamente la estructura del Estado como un Estado federal, también la jurisdicción constitucional asume su configuración definitiva siendo modelada esencialmente en virtud de dicha estructura federal. En la práctica, como agudamente observó Cappelletti, esto significaba que dicho control tenía una función limitada, restringida a establecer barreras contra las posibles extralimitaciones inconstitucionales de los poderes legislativos de las provincias o de la Federación, garantizando la recíproca repartición de competencias entre

<sup>1571</sup> Öehlinger, Theo, *op. cit.*, nota 439, p. 554. Para este autor, el examen ejercitado sobre las leyes para establecer su legitimidad constitucional tiene sus raíces en el pensamiento federal. *Op. cit.*, nota 293, p. 40.

<sup>1572</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, pp. 366 y 382.

<sup>1573</sup> Barberis, Mauro, *op. cit.*, nota 1568, p. 230.

la Federación y los Länder.<sup>1574</sup> Pero en esa época, ejercer el control de constitucionalidad desde otro punto de vista hubiera sido incompatible con la idea de la soberanía de la representación popular.<sup>1575</sup> Lo que ahora a nosotros nos interesa señalar es que el “conflicto federativo marca históricamente la primera atribución de una jurisdicción constitucional” y que, es más, los tribunales constitucionales nacieron con objeto de garantizar el reparto de competencias entre el gobierno central y las provincias que hay en todo Estado Federal, por lo que entre ambos existe una estrecha correspondencia.<sup>1576</sup> No es por azar, como ha señalado Rivero, “que los países que primero han puesto en marcha un control de constitucionalidad han sido países federales”, como Austria, Checoslovaquia y España, y que este tipo de conflictos fueron decisivos para el desarrollo de la institución.<sup>1577</sup> Así se explica, además, como escribe Brewer-Carías, por qué el problema de la legitimidad del control de la constitucionalidad de las leyes nunca se ha planteado en el caso de la distribución vertical del poder del Estado.

<sup>1574</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 57.

<sup>1575</sup> Oehlinger, Theo, *op. cit.*, nota 439, p. 539. De la misma forma Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 75, p. 559.

<sup>1576</sup> Oehlinger, Theo, *op. cit.*, nota 439, pp. 536 y 537; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 155. Para Loewenstein, una estructura federal es el dominio legítimo del control judicial. Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 1231, pp. 310 y 311. Como dice Hesse, para Alemania, el nacimiento de la jurisdicción constitucional “tiene menos necesariamente que ver con la democracia, que con raíces en vínculos o relaciones federales”. Hesse, Konrad, “Evolución histórica y configuración de la justicia constitucional en Alemania”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 50. “La institución del control de constitucionalidad es una pieza indispensable y necesaria en el engranaje normativo de un Estado federal”. Como escribe Shapiro, en un principio las naciones en que el control de constitucionalidad se practicaba en forma más activa eran Estados federales. Esto demuestra que donde “quiera que exista el federalismo, debe haber alguna forma de decidir las disputas que se plantean entre el gobierno central y los estados miembros sobre los límites constituciones entre sus respectivos poderes”. Otorgar a la Corte estos poderes de solución de controversias entre la autoridad central y los estados miembros es “una solución natural”. Shapiro, Martín, *op. cit.*, nota p. 475; Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos del control de constitucionalidad en México”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alaguara, 1998, p. 290.

<sup>1577</sup> Rivero, Jean, *op. cit.*, nota 291, p. 665; Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 75, p. 559; Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, nota 262, pp. 169 y 170; Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 521, p. 69.

Lo mismo sucedió con el control de constitucionalidad en Estados Unidos; aunque normalmente se piensa que el modelo difuso se dirigió, desde sus orígenes, a la protección de los derechos fundamentales. La verdad es que esta jurisdicción no está pensada en sus inicios ni para proteger a la sociedad ni para tutelar al individuo.<sup>1578</sup> Como señala De Vega: la preocupación principal al establecer la competencia de control constitucional fue “exclusivamente técnica”, su instauración era considerada consecuencia de la jerarquía formal entre las diversas normas del sistema jurídico y por ello se orientó a mantener la congruencia lógica del ordenamiento y la unidad de la organización federal estableciendo como su objetivo principal la resolución de los conflictos surgidos entre los poderes federales y estatales para dar coherencia y unidad al ordenamiento de estructura política federal.<sup>1579</sup> Precisamente porque ésta era su finalidad, Hughes pudo afirmar que la Suprema Corte de los Estados Unidos fue resultado de la creación del derecho federal.<sup>1580</sup>

Esta orientación impuesta por la Constitución de 1787 no resulta extraña si se reflexiona que la atribución y ejercicio de esta competencia por parte de los jueces era considerada “natural” desde el inicio de la organización del Estado federal norteamericano, lo que puede constatarse en algunos documentos dictados antes de la propia Constitución, como el Plan de Nueva Jersey, en el que se confiere a los jueces la obligación de acatar en la interpretación que realizaran de la norma fundamental el principio de prevalencia del derecho federal sobre el estatal. La poca atención en esta época a la defensa de los valores políticos fundamentales se puede apreciar en la propia práctica del control, ya que durante todo el siglo XIX no hubo gran actividad en la materia. En su primera década de existencia, la Corte Suprema atendió sólo casos de menor importancia, por lo que se puede asegurar que, efectivamente, la *judicial review* se consolidó “inicialmente como técnica constitucional a partir de su no ejercicio práctico”.<sup>1581</sup> Después de *Marbury vs. Madison* pasó más de medio siglo

<sup>1578</sup> Para lograr estos objetivos, dentro de la Constitución Federal se idearon mecanismos tales como la división de poderes y la articulación territorial de mayorías extensas y compuestas constituidas a nivel nacional con el objeto de evitar la formación de mayorías sistemáticas. Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, *cit.*, pp. 78-80.

<sup>1579</sup> Balaguer Callejón, Francisco, “Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Constituyente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 3-4, 1988; p. 325; Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, p. 100.

<sup>1580</sup> Hughes, Charles E., *op. cit.*, nota 476, p. 30.

<sup>1581</sup> Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, nota 283, p. 117.

para que la Corte juzgara a otra ley del Congreso como inconstitucional. Y, como observa Shapiro, después de este “largo silencio”, y hasta 1890, no se pronunció prácticamente en ningún caso sobre derechos individuales. Es más, a partir de esta fecha, cuando la Corte empieza a conocer sobre asuntos de derechos, éstos estaban relacionados casi exclusivamente con el derecho de propiedad; por ello este autor señala que “la Corte ganó apoyo efectivo en la forma que es habitualmente la más fácil para las entidades gubernamentales: defendiendo los intereses de los poderosos, no de los indefensos”. Así, como dice Schwartz, durante la primera parte de la historia americana “los derechos de propiedad, más que los derechos de la persona, fueron la principal preocupación de las cortes”.<sup>1582</sup> Que los derechos no eran el objeto básico de la jurisdicción norteamericana, lo demuestran casos como el *Dred Scott*, donde la Corte no quiso afirmar la igualdad de razas, o el *Plessy vs. Ferguson*, y posteriormente el conflicto surgido en 1937 con el presidente Roosevelt. Estas circunstancias dan elementos para asegurar que el sistema estadounidense no integraba en sus inicios una verdadera justicia constitucional. “La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es de una continua defensa de los derechos constitucionales de las minorías y de los desvalidos”.<sup>1583</sup> Como escribe Lyons: “Nos gustaría pensar que el sistema constitucional norteamericano está obligado a respetar los derechos de todos los seres humanos, pero en realidad esa visión del sistema sólo ha sido admitida recientemente”.<sup>1584</sup> Después de la Segunda Guerra se produjo la expansión de la jurisdicción constitucional como tutela jurisdiccional de las libertades y una intensificación de la *judicial review*.<sup>1585</sup> Fue con la Corte Warren (1955-1969) que la justicia constitucional en Estados Unidos se

<sup>1582</sup> Schwartz, Bernard, “La Corte Suprema de los Estados Unidos: cambios recientes y tendencias futuras”, *El derecho y los problemas contemporáneos*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991, p. 38. Schmitt no se equivocaba cuando escribía que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos “aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y económica indiscutible por naturaleza”. Su jurisprudencia representaba decía, la defensa y protección contra el legislador de los principios de la ordenación social y económica del pueblo norteamericano, que el mismo Tribunal considera como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 397, pp. 46 y 47.

<sup>1583</sup> Shapiro, Martín, *op. cit.*, nota 537, p. 477.

<sup>1584</sup> Lyons, David, *op. cit.*, nota 400, p. 246.

<sup>1585</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 645, p. 52; Aragón Reyes, Manuel, “La justicia constitucional...”, *cit.*, nota 262, pp. 168 y 169.

convirtió en un instrumento efectivo contra la violación de los derechos fundamentales y pasó de ser defensora de los derechos de propiedad a salvaguarda de la libertad y los derechos civiles. En suma, y simplificando la historia constitucional hasta sus extremos, podemos decir que la Corte Suprema de los Estados Unidos comenzó siendo necesaria para hacer efectivo el sistema de gobierno federal; después fue necesaria para proteger los intereses de los propietarios y, posteriormente, vino en ayuda de los que no tenían el poder.<sup>1586</sup>

En virtud de todo lo anterior, afirmar que la jurisdicción constitucional está dirigida a la protección de los derechos, o bien decir, con Luciani, que centralidad de los derechos es centralidad de la justicia constitucional, significa aceptar que se ha producido un “cambio cualitativo” en la misma que ha implicado el paso, como afirma P. Bon para Francia, de un control de constitucionalidad ejercido sólo en interés de los poderes públicos a un control de constitucionalidad ejercido en interés de los ciudadanos.<sup>1587</sup> En otras palabras, se ha pasado de la vigilancia del Parlamento y la distribución de competencias estatales a la defensa de los derechos fundamentales.<sup>1588</sup> Por ello se asegura que los jueces constitucionales son “guardianes de los derechos fundamentales”,<sup>1589</sup> y que el esfuerzo por consolidar una jurisdicción especializada pasa por construir una “jurisdicción de los derechos”, incluso, y llevando al extremo el argumento, como lo han hecho algunos autores, se ha dicho que la competencia natural del juez constitucional es la protección de los derechos y que, como todo el documento constitucional encuentra en ellos su inspiración, el Tribunal, al protegerlos, protege al Estado mismo. Así, la primera justificación de la participación de los jueces en el control de la actividad legislativa reside, precisamente, en ser garantes de la Constitución y, específicamente, de los derechos fundamentales.<sup>1590</sup> En términos generales, esto implica que

<sup>1586</sup> Shapiro, Martín, *op. cit.*, nota 537, p. 478. En la doctrina mexicana esta visión es explicada y fundamentada mediante la alusión a diversos casos concretos, por Carrillo Flores, Antonio, *op. cit.*, nota 539, pp. 85 y ss.

<sup>1587</sup> Bon, Pierre, *op. cit.*, nota 715, p. 139; *id.*, *op. cit.*, nota 560, p. 49; Luciani, Massimo, *op. cit.*, nota 1434, p. 174.

<sup>1588</sup> Moderne, Franck, “El Consejo Constitucional francés”, *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, pp. 130 y 131.

<sup>1589</sup> Renoux, Thierry S., *op. cit.*, nota 824, p. 446.

<sup>1590</sup> Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núms. 16-17, 1992, p. 66; *id.*, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 29, p. 6; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 348, p. 46. En

junto o por encima de la justificación puramente orgánica de la justicia constitucional, referida a la necesidad de mantener el equilibrio entre las distintas fuerzas políticas o los diferentes componentes territoriales del Estado, que está en la base de la concepción kelseniana<sup>1591</sup> y estadounidense, se sobreponga otra más importante, de orden funcional, dirigida a la protección de los derechos fundamentales, misma que, hay que decirlo, siempre ha estado presente, por lo menos en la teoría, en el ámbito latinoamericano.

Es necesario insistir, como complemento indispensable de lo anterior, en que la democracia constitucional, si bien no es una “democracia pura”, no concibe la eliminación del poder decisorio o autoridad de las determinaciones de origen mayoritario.<sup>1592</sup> Sólo considerando este principio se puede afirmar que la democracia constitucional actual es acorde con la existencia de un órgano que controle con cierta intensidad la actividad de la representación popular, que éste es elemento o “valor” indispensable de aquélla y uno de sus productos más modernos y actualizados. Así, de forma paralela a la afirmación de la finalidad del órgano de control y de la importancia de su presencia para la democracia actual, hay que sostener que el desarrollo de sus funciones no puede llevarse a cabo mediante la sustitución del legislador. Como escribe Rubio, no se puede sustituir al legislador por el poder ilimitado de un juez que crea derecho libremente con el pretexto de la Constitución, o colocar en el lugar de la ley una decisión derivada de un caso concreto, expresión de un criterio sobre cuya fijeza y generalización no tiene el ciudadano garantía alguna.<sup>1593</sup> Sin pretender adoptar la postura originalista y, quizá, sacándola de contexto, creo que Bork no se equivoca cuando sostiene que “los tribunales deben ser vigorosos en la defensa de los derechos

México véase Magaloni, Ana Laura, *op. cit.*, p. 266, donde señala que la tarea central de la Corte debe ser “garantizar al ciudadano que su esfera de acción individual está protegida frente a la acción estatal arbitraria o injustificada”. Héctor Fix-Zamudio, en un trabajo reciente señala que los tribunales constitucionales actuales son “tribunales constitucionales de derechos humanos”, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en *Tribunales y justicia constitucional*, *cit.*, p. 228.

<sup>1591</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *cit.*, p. 469.

<sup>1592</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 408, p. 28.

<sup>1593</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Prólogo”, en Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. XXIV.

de los individuos pero también deben tener buen cuidado de no invadir ni disminuir el legítimo derecho de la mayoría a gobernar”.<sup>1594</sup> Ésta es la democracia constitucional que debe ser protegida por la jurisdicción constitucional;<sup>1595</sup> lo que significa un punto de orientación definitivo: el reconocimiento simultáneo de la exigencia de proteger los derechos de los ciudadanos y la superioridad de la creación legislativa del derecho.

## *2. La protección de los derechos y la vigilancia del procedimiento democrático de creación de normas*

Como hemos dicho antes y en virtud de que la jurisdicción es un instrumento de garantía, la primera y básica función del órgano de justicia constitucional es la protección o tutela de cada uno de los derechos fundamentales y, en general, del sistema de derechos constitucionales. La finalidad no puede confundirse y es inequívoca: posibilitando la autonomía privada de los ciudadanos se hace realidad su autonomía pública. En este sentido es como se puede decir que su función debe ser garantista. No se trata, por consiguiente, de que el juez limite las decisiones tomadas por otros órganos, sino que las controle. Es decir, el juez debe verificar que la actividad legislativa se ciña a los límites constitucionales, defender la sustancia de los derechos, delimitar sus contornos y trazar el punto de equilibrio entre éstos; pero estas funciones debe realizarlas considerando que no es el encargado de crear sino de defender la normatividad, fuerza y carácter de los derechos.<sup>1596</sup> En este sentido, su función general será vigilar que no se sobrepase el contenido esencial de los derechos, límite infranqueable para cualquier sujeto constitucional, y, en general, defender el núcleo de certeza de las normas constitucionales, pero el “área de certeza negativa” no le corresponde a él, sino al legislador.<sup>1597</sup> Así, con la diferenciación de las funciones del juez constitucional y del legislador

<sup>1594</sup> Bork, Robert H., “La propuesta de los padres de la patria”, *Facetas*, Washington, núm. 75, 1987, p. 32.

<sup>1595</sup> Scoditti, Enrico, “Riforma costituzionale e giurisdizione”, *cit.*, p. 9.

<sup>1596</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, p. 168.

<sup>1597</sup> Rodríguez Zapata, Jorge, “Métodos y criterios de la interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación*, *cit.*, nota 39, p. 157; Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 124, pp. 119, 120 y 122; Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 435, p. 137. Así también lo explica Bayón cuando analiza la posición de aquellos que sostienen el no interpretativismo en los Estados Unidos. Bayón, Juan Carlos, “El debate sobre la

se propicia que los órganos estatales no aparezcan sometidos a los tribunales, sino a la Constitución. Esto no obsta para afirmar que los jueces tienen que ejercer sus funciones de forma muy rigurosa cuando se trata de un acto que interfiera en los derechos fundamentales. Ello en virtud de que las complejas sociedades actuales exigen una actitud decidida en torno a dicha función garantizadora.

En un Estado en el que la complejidad es cada vez mayor, en el que los aparatos burocráticos adquieren constantemente más importancia, en el que el individuo se encuentra cada vez más a merced tanto de las estructuras jurídico-públicas como de las socioeconómicas es necesaria una tutela más penetrante de sus derechos y libertades fundamentales.<sup>1598</sup>

De esta forma, en virtud de sus propias funciones, la justicia constitucional se convierte en un instrumento indispensable que al proteger los derechos fundamentales protege también la democracia. Si, como dice Habermas, los derechos “institucionalizan las condiciones comunicativas para la formación de una voluntad política racional”, es decir, las condiciones que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular, es necesario proteger estas condiciones comunicativas. Y el Tribunal aparece, precisamente, como el órgano encargado de vigilar el respeto a los derechos, porque sin ellos, “en particular sin el derecho fundamental a una igual libertad de acción, no existiría tampoco ningún medio para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los ciudadanos pueden participar en la *praxis* de su autodeterminación”.<sup>1599</sup> Su función será asegurar la autonomía privada de los ciudadanos, porque sólo realizándola, éstos pueden hacer uso de su autonomía pública. “Sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco medio alguno para la institucionalización jurídica de aquellas condiciones bajo las cuales los individuos en su papel de ciudadanos podrían hacer uso de su autonomía pública”.<sup>1600</sup> Los derechos deben ser garantizados en virtud de su importancia estructural

interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 4, 1985, p. 141.

<sup>1598</sup> Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, *REP*, Madrid, núm. 7, 1979, p. 200.

<sup>1599</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 233, p. 152.

<sup>1600</sup> Habermas, Jürgen, “El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia”, *La inclusión del otro... cit.*, nota 151, p. 255.

y funcional para la democracia,<sup>1601</sup> pues éstos conjugan las condiciones que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular, conforman los canales insustituibles del cambio político, impiden la parálisis de la sociedad, otorgan al principio individualista su preeminencia en el sistema y hacen de la sociedad una comunidad abierta. La justicia constitucional, a través de la protección de los derechos fundamentales, coadyuva al mantenimiento efectivo del pluralismo político.<sup>1602</sup>

Si, como hemos insistido en todo este trabajo, es necesario hacer efectiva la idea del autogobierno del pueblo, es decir, promover que sean los ciudadanos quienes definan las dimensiones de las normas constitucionales, específicamente, de los derechos fundamentales y los principios básicos del orden jurídico, social y político, debemos construir espacios adecuados para que aquellos puedan participar, efectivamente, con libertad, sin exclusiones y con igualdad, en la adopción de las decisiones más importantes de la comunidad política. Sin estos espacios no habrá autogobierno popular, no podrá encauzarse a las instituciones estatales en el ejercicio de sus funciones, no se depurará el ejercicio de la función legislativa ni se revalorará la importancia de la ley dentro del Estado. Ya hemos dicho que la forma en que la Constitución consigna en su texto la idea de autoorganización de la comunidad es mediante el establecimiento de procedimientos políticos y que el de mayor valor epistémico es el procedimiento legislativo, lo que significa que el espacio adecuado para realizar aquel propósito es el Parlamento y que nuestros esfuerzos deben estar dirigidos a asegurar la construcción de un proceso legislativo democrático que permita la participación de todos los sectores de la sociedad, asegure una amplia discusión de los asuntos a tratar, encauce la resolución de los conflictos más apremiantes de la comunidad y garantice que se tomen las decisiones más adecuadas. Necesitamos configurar un procedimiento que haga posible el pluralismo, garantice los derechos de las minorías, convierta al Poder Legislativo en un espacio de discusión y de negociación y cuente con “la presencia constante de la opinión pública”,<sup>1603</sup> pues, como hemos dicho reiteradamente, son las condiciones de este procedimiento las que ase-

<sup>1601</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 143, p. 100.

<sup>1602</sup> García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *REDA*, Madrid, núm. 92, 1996, p. 622.

<sup>1603</sup> Éstas son las características del procedimiento legislativo a juicio de Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 475, p. 22.

guran la legitimidad del derecho producido. No puede olvidarse que el crecimiento de las tareas del Estado ha conducido a concebir al derecho como medio de regulación y configuración social, lo que hace que sea mayor la necesidad de legitimación del derecho a través de su génesis democrática.<sup>1604</sup>

El modelo que presentamos en el capítulo primero es el que aceptamos como ideal de un procedimiento democrático de creación de normas. Es un criterio que indica una dirección a seguir, un tipo ideal de democracia, un “estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional”.<sup>1605</sup> Para nuestra democracia en transformación, podría significar una guía “a fin de incrementar su capacidad para alcanzar el conocimiento de las soluciones moralmente correctas” y “una aspiración que define los límites extremos de la dimensión deliberativa del proceso político”.<sup>1606</sup> Esto significa que, como escribe Nino:

El valor epistémico de la democracia se amplía o reduce en la medida en que el procedimiento de discusión y decisión se aproxime más o se aleje de las exigencias de una discusión amplia y abierta, con la participación de todos los afectados, en las mejores condiciones de libertad e igualdad posibles, con la más cuidadosa atención de pautas de racionalidad y de la información fáctica relevante, y con la más estricta observancia de la necesidad de justificar las propuestas sobre la base de principios universales, generales, públicos, etcétera, y no sobre la base del mero autointerés.

De esto infiere “que hay que maximizar las oportunidades del debate libre, reflexivo e informado y de participación de todos, para que las decisiones que se obtienen a través del procedimiento democrático alcancen el mayor grado de validez moral”.<sup>1607</sup>

Y si aquél es nuestro objetivo y éste nuestro modelo, y en la actualidad el mismo resulta problemático, el sistema político en su conjunto

<sup>1604</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 513.

<sup>1605</sup> Habermas, Jürgen, “Derecho y moral”, *ibidem*, p. 586; Aarnio, Aulis, “Democracia y discurso racional. Una perspectiva iusfilosófica”, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 75; Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1979, p. 337.

<sup>1606</sup> Fishkin, James, *op. cit.*, nota 183, pp. 68 y 69; Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 180, p. 180.

<sup>1607</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 210; *id.*, *op. cit.*, nota 177, p. 127.

debe dirigirse a hacerlos efectivos, orientarse, como señala Gargarella, cada vez más, hacia la promoción de la discusión pública, por lo que, en el caso concreto del juez constitucional, una de sus más importantes funciones debe ser proteger la naturaleza democrática de los procesos políticos. Si aceptamos que la garantía del sistema democrático significa la protección de las reglas que consienten el desarrollo, en condiciones de paridad, de la persona humana y de la competencia política,<sup>1608</sup> o que, como dice Spadaro, “custodire la Costituzione significa *anche* garantire la natura democrática dell’ordinamento, che e uno —certo fra i piu rilevanti— dei valori costituzionali”,<sup>1609</sup> es necesario y acorde con la naturaleza racionalizadora de nuestro sistema, con el carácter artificial o de instrumento de ingeniería constitucional del órgano de control,<sup>1610</sup> y para no dejar que nuestra democracia se someta al juego de “la naturaleza de las cosas”, reforzar el control del procedimiento de formación de la ley para cumplir con el objetivo de fortalecer nuestro sistema democrático representativo y, específicamente, al Parlamento como “un lugar donde los individuos conforman su voluntad mediante la discusión y el intercambio de argumentos”, como hace algunos años sugirió Ely.<sup>1611</sup> A pesar de las difíciles y distorsionadas condiciones políticas actuales, y en virtud de la lógica que impone la decisión de registrarse por una democracia representativa, no se puede plantear, como parece hacerse constante e inconscientemente, despojar de poder al órgano más representativo de-

<sup>1608</sup> Gallo, Ettore, “Il controllo di legittimità costituzionale como garanzia del sistema democratico”, *cit.*, p. 19.

<sup>1609</sup> Spadaro, Antonino, “La giustizia costituzionale italiana: da originario limite a moderno strumento della democrazia (pluralista). Cinque proposte”, *cit.*, nota 232, p. 312.

<sup>1610</sup> No se puede desconocer, como dice La Pergola, que la rigidez de la Constitución y el control de constitucionalidad son expresiones de una racionalización, es decir, instrumentos creados por el hombre para hacer realidad ciertos objetivos. El constituyente pretende con esa operación reducir a la lógica ordenación del derecho toda una fluida y resbaladiza materia, la cual permanecería de otro modo abandonada al curso imprevisible de las relaciones de fuerza. Pergola, Antonio la, *op. cit.*, nota 272, p. 33. Como decía Biscaretti, siguiendo a Mirkine-Guetzévitch, los órganos de justicia constitucional surgen con el objeto de alcanzar la actuación plena y racionalizada de los principios democráticos. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 518, p. 127.

<sup>1611</sup> Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de M. Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes, 1997, pp. 97 y ss. Es muy interesante constatar que ya se ha señalado, quizá con otra intención, que el tema de la justicia constitucional no es “ajeno al problema de la estabilidad del orden democrático”. Cascajo Castro, José Luis, “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *REP*, Madrid, núm. 1, 1978, pp. 244 y 253.

sistema, más bien hay que buscar la forma para que éste cumpla su papel de verdadero portavoz de toda la comunidad. No podemos compartir la opinión de quienes ante la dificultad de hacer efectivo un modelo por las contradicciones prácticas que derivan de él quieran enterrarlo, lo consideren superado y pretendan sustituirlo por uno contrario. El juez no puede remplazar al legislador en el ejercicio de sus funciones más bien su actividad debe orientarse a reforzar o mejorar dichas funciones,<sup>1612</sup> más aún, si aceptamos que existe una crisis de legitimidad de los órganos políticos.<sup>1613</sup>

Nos parece certero señalar que el juez debe defender las competencias del legislador, incluso, como dice Bon para Francia, “contra sí mismo”, y convertirse en “defensor de los poderes del legislador”. Por ello con Zagrebelsky podemos decir que no es correcto, como sucede mediante el uso de algunas de las denominadas sentencias creativas, perpetuar el incumplimiento del legislador y consolidar una situación anómala más bien hay que crear y aplicar instrumentos que propicien que enfrente su responsabilidad política y constitucional, a través de una mejor organización de sus labores o una más sensible respuesta a las exigencias sociales de normación. La solución no es, dice el italiano, la defensa de la integridad de una abstracta esfera del legislador contra intromisiones ajenas sino el perfeccionamiento de un proceso que lleve a recomponer el sistema de producción normativa en torno a los órganos parlamentarios.<sup>1614</sup> Ésta es, al parecer, también la finalidad de la propuesta de Schlaich, quien señala que sería sensato “che la Corte costituzionale ricorra piu spesso alla formula della nullita di una legge, rimettendo cosi nuovamente il problema in mano al legislatore, e non usando invece formule ambigue (“meramente” incostituzionali, “ancora” conformi a costituzione, discipline transitorie, etc.), che correggono il legislatore e che fissano gia in parte il contenuto”.<sup>1615</sup> Gargarella, siguiendo esta dirección, sugiere la introducción y práctica del reenvío legislativo en caso de que la Corte se encuentre ante decisiones que, a su juicio, se refieran a cuestiones constitucionales o a la forma en que aquellas fueron tomadas, ya que ello, dice, permitiría lograr “la promoción del diálogo institucional, la protección

<sup>1612</sup> Esta idea está presente en Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 377, p. 26.

<sup>1613</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 252, p. 224.

<sup>1614</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 94, p. 121.

<sup>1615</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 276, p. 592.

ante una falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema institucional”<sup>1616</sup>.

Lo anterior también se justifica si consideramos que el trasfondo sociopolítico de la jurisdicción constitucional se encuentra en la intención de resolver los problemas que la sociedad y el sistema político enfrentan en un momento histórico determinado. Como con gran acierto escribió Schmitt hace algunas décadas, la demanda de defensa de la Constitución es indicio de situaciones críticas para la Constitución, y para constatar la existencia de éstas, es necesario examinar la actuación de los órganos estatales no “en las épocas de prosperidad económica y tranquilidad política... sino en los momentos críticos e inquietos”.<sup>1617</sup> De Vega, haciendo eco de estas ideas, señala que la jurisdicción constitucional emerge históricamente como “respuesta a una crisis generalizada del concepto de Constitución” agregando que es precisamente este origen la que la obliga a responder a necesidades políticas e históricas concretas.<sup>1618</sup> Son, en consecuencia, las amenazas, ataques y riesgos que sufre la Constitución en un momento histórico específico, los factores que deben determinar el funcionamiento del órgano de control constitucional. Además, es importante tener presente que, como escribe Pérez Royo, los tribunales constitucionales no son órganos surgidos de forma natural o espontánea, sino entes artificiales utilizados por algunas sociedades con finalidades diversas. Si en la época actual, como lo hemos señalado en el capítulo anterior, una de las más graves crisis del sistema político está representada por las disfunciones del Parlamento y del proceso de decadencia de la ley, los órganos jurisdiccionales deben tener algún papel en la búsqueda de soluciones de esta crisis del constitucionalismo.<sup>1619</sup> Desde esta perspectiva, al custodio de la Constitución le corresponderá coadyuvar a recomponer las disfunciones causadas con el objetivo de vigorizar las

<sup>1616</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 538, p. 177.

<sup>1617</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 397, pp. 27 y 45; Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, p. 98.

<sup>1618</sup> *Ibidem*, pp. 95 y 108; *id.*, “Problemi e prospettive attuali della giustizia costituzionale in Spagna”, en Lombardi, G. (cura), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Italia, Maggioli Editore, 1985, pp. 129 y 131; Cheli, Enzo, *op. cit.*, nota 1225, p. 17.

<sup>1619</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 16. Este argumento puede verse en Aguiar de Luque, Luis, *op. cit.*, nota 1603, p. 18. Lo sigue muy de cerca Figueruelo Burrieza, Ángela, *op. cit.*, nota 487, p. 56.

normas y estabilizar los equilibrios y relaciones establecidas en la propia Constitución.<sup>1620</sup> Si el órgano jurisdiccional no actúa tomando en consideración esta situación y esta ineludible finalidad, la crisis deslegitimará por completo la función de regulación de la Constitución, el funcionamiento de las instituciones, y desalentará el sentimiento constitucional. En suma, se producirá la desvalorización o socavamiento del significado de la norma básica.<sup>1621</sup>

La eficacia legitimadora del proceso democrático depende de las normas constitucionales de procedimiento y organización. Por ello, la mayoría no puede decidir la restricción de las condiciones y presupuestos que lo caracterizan haciéndose necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y condiciones se satisfacen en cada momento.<sup>1622</sup> Como se ha constatado que las formas de control interno que existen en el Parlamento son bastante ineficaces, sobre todo cuando existe una amplia mayoría parlamentaria que detenta el Poder Legislativo, se requiere un órgano que opere como “garante del equilibrio institucional” vigilando la actuación del legislador y realizando la función de control externo en suplencia de la inoperancia de los órganos internos de control. Esta función la debe hacer el juez constitucional vigilando que ninguna decisión, por muy mayoritaria o unánime que sea, vulnere las condiciones estructurales de los procedimientos democráticos

<sup>1620</sup> Es la interpretación de Portinaro, Pier P., *op. cit.*, nota 254, pp. 411 y 412.

<sup>1621</sup> El mismo Kelsen consideró la creación de un órgano de jurisdicción constitucional como una garantía para el funcionamiento del sistema democrático y, por tanto, para la protección de las minorías. La justicia constitucional desde su perspectiva era un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, pp. 151 y 152. Un parlamento ineficaz es el mejor terreno para una función activista de la Corte. Si el parlamento asume la centralidad que le corresponde en el sistema político, la Corte tenderá a reducir su influencia en el mismo. Como se ha dicho, la función de suplencia de la Corte implica la temporalidad de dicha función, cuyo titular puede recuperar el lugar que le corresponde. Rodota, Stefano, *op. cit.*, nota 816, p. 178; Barile, Paolo, “Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana: sintesi”, en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, p. 540. Para Mezzanotte, una inversión de ésta tendencia sólo puede ocurrir si cada uno de los componentes del sistema encuentra su propia identidad y define su propio rol. Hay que potenciar aquellas partes de la Constitución respecto a las cuales menos arduo y aleatorio aparecen la posibilidad de derivar derecho unitario sin la efectiva mediación del momento político. Mezzanotte, Carlo, *op. cit.*, nota 526, pp. 172 y 173.

<sup>1622</sup> Nino, Carlos Santiago, “La filosofía del control de constitucionalidad”, *RCEC*, Madrid, núm. 4, 1989, p. 87.

de decisión mismos que, como escribe Saavedra, incluyen aquellos factores que hacen que todos los afectados por una decisión puedan participar con igual autonomía en su justificación.<sup>1623</sup> De esta forma, el control judicial se orientará por el carácter procesal de su objeto y su finalidad será fungir como soporte de la democracia representativa para que exista más democracia mediante la orientación de la participación política. El juez salvaguardará, además de la supremacía normativa, la supremacía ideológica de la Constitución,<sup>1624</sup> y el control de constitucionalidad de las leyes estará diseñado y funcionará de tal manera que no turbe el juego democrático, sino que “lo complete y refuerce” de modo que, como señala Spadaro, “da originarie forme di *limitazione* democratica (contro gli arbitri popolari-parlamentari), tendono a trasformarsi in *strumenti* di democrazia (a favore dei diritti delle minoranze)”.<sup>1625</sup>

Es claro que lo anterior, en vez de concretar el objeto del control de constitucionalidad al producto de la legislación, a la ley, lo refiere al proceso de creación de la misma.<sup>1626</sup> Así, el juez constitucional ya no sería sólo juez de la ley, sino del procedimiento legislativo, ya que se trataría, en virtud del concepto de ley que aceptamos, de un control sobre aquel en la medida en que incide sobre el mismo acto legislativo, para emplear las palabras que Crisafulli ocupaba hace más de dos décadas. El control de la ley incluiría el control del procedimiento a través del cual se ha llegado a aquélla, pues controlando éste, se controlaría a la ley misma.<sup>1627</sup> Pensamos que estas ideas son acordes con una noción de ley que incluya elementos materiales (recuérdese en ese sentido que Rubio ha señalado que el concepto de ley debe construirse con elementos formales y materiales), en virtud de que compartimos la idea de que el proceso de rematerialización del derecho constitucional, comporta de manera inexcusable “un realzamiento de los elementos formales del proceso legislativo, que no pueden ser marginados del control de constitucionalidad”.<sup>1628</sup>

<sup>1623</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 143, p. 102.

<sup>1624</sup> Sagués, Nestor P., *op. cit.*, nota 869, p. 36; Bergalli, R., *op. cit.*, nota 648, p. 443.

<sup>1625</sup> Spadaro, Antonino, *op. cit.*, nota 262, p. 319.

<sup>1626</sup> La diferencia entre estos dos términos puede hallarse en Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1166, p. 49.

<sup>1627</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, pp. 143 y 144; Garrorena, A., “La sentencia constitucional”, *RDP*, Madrid, núm. 11, 1981, p. 14.

<sup>1628</sup> Aguiar de Luque, L., *op. cit.*, nota 1603, p. 17.

Resulta muy importante insistir en que el control de las condiciones del proceso legislativo es una exigencia derivada de la misma Constitución que lo regula teniendo todas esas normas “formales” un sustrato material ya que, como hemos dicho antes, están ideadas para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos. En esta virtud, el control sobre el proceso de creación de leyes podría considerarse un control material, ya que su finalidad es velar por los derechos que todos los ciudadanos tienen para acceder y participar en la toma de decisiones dentro del Estado. Ya Ely observó que los valores adjetivos son en sí mismos sustantivos, y Tribe, que las normas adjetivas tienen raíces sustantivas, ya que es la libertad lo que pretende asegurarse con las protecciones procedimentales consignadas en la Constitución. Como afirma Gargarella al describir la postura del Ely, los procedimientos y la estructura de gobierno establecidos en la Constitución están enfocados a asegurar que los valores sustantivos constitucionales puedan ser sujetos de la decisión colectiva, que todos puedan participar en la toma de decisiones y no se discrimine a nadie en la aplicación de los valores colectivos definidos.<sup>1629</sup>

De todo lo dicho podemos deducir que una de las funciones más importantes del Poder Judicial debe ser contribuir al logro de una democracia donde imperen la igualdad, los derechos fundamentales y la deliberación.<sup>1630</sup> Como señala Habermas, el juez constitucional debe ejercer la función de proteger el proceso democrático de modo que “se efectúe en condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad”.<sup>1631</sup> Si los órganos jurisdiccionales han de vigilar la observancia de la Constitución y, es más, si su función principal es su defensa, tienen que garantizar su naturaleza democrática y prestar atención a las normas de procedimiento y organización “de las que depende la eficacia legitimatoria del proceso democrático”,<sup>1632</sup> y el funcionamiento adecuado del sistema representativo. Esto exige que el juez intervenga para asegurar el buen o adecuado funcionamiento del proceso o procedimientos democráticos, es decir, para verificar el cumplimiento de las condiciones, positivas y negativas, que fundamentan su valor y superioridad epistémica, vigilando que se “cumplan las reglas y condiciones procedimentales de

<sup>1629</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 538, p. 151.

<sup>1630</sup> Fishkin, James, *op. cit.*, nota 183, p. 74.

<sup>1631</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 348 y 359.

<sup>1632</sup> *Ibidem*, p. 337; Spadaro, Antonino, “La giustizia costituzionale italiana: da originario limite a moderno strumento della democrazia (pluralista)...”, *cit.*, nota 262, p. 312.

los mecanismos de decisión y discusión democráticas”.<sup>1633</sup> Como escribe Sunstein, el Tribunal debe contribuir a imbuir la política nacional ordinaria de rasgos auténticamente deliberativos, asegurar que los representantes, durante el proceso legislativo, actúen deliberativamente y, así, evitar cualquier actuación mecánica o interesada, máxime cuando se trata de decisiones que afectan a toda la comunidad. Si en el espacio parlamentario no se cumplen estos requisitos, el órgano de control puede pronunciar la invalidez de las normas que se hubieren dictado en franca violación de los procedimientos establecidos en la misma Constitución.<sup>1634</sup>

#### V. LÍMITES Y VÍNCULOS EN LA ACTUACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

En las páginas anteriores hemos sostenido una concepción de la Constitución y señalado algunas funciones que, en atención a la misma, debe realizar el órgano de control constitucional. Ahora nos referiremos, sin considerar haber agotado el tema, al modo de actuación o forma en que el juez debe realizar dichas funciones para hacerlas acordes, precisamente, con la idea de Constitución antes expuesta. Esto es sumamente importante porque el carácter abierto, amplio y controvertido de los derechos y otras normas contenidas en la Constitución exige la atribución y actualización de su significado lo que hace necesaria la labor interpretativa de todos los operadores del sistema quienes deben actuar considerando el principio de división de poderes. En una democracia, las funciones de concreción y desarrollo de la norma básica y, en general, las decisiones fundamentales y sustantivas para la comunidad, deben ser tomadas por personas electas y responsables, por lo que el problema de la legitimidad del control de estas también se relaciona con la organización del órgano controlador y con la forma en que realiza sus funciones. Esta relación es imprescindible resaltarla porque, como se sabe, actualmente se objeta, no la existencia del órgano de control constitucional, sino la forma en que desarrolla la labor de determinar el sentido y contenido de las normas

<sup>1633</sup> Nino, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991, p. 126; *id.*, *op. cit.*, nota 161, p. 693, y nota 150, p. 272; Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 58.

<sup>1634</sup> Gargarella, Roberto, *op. cit.*, nota 538, p. 195; Sunstein, Cass R., *op. cit.*, nota 202, pp. 349 y 350.

constitucionales, es decir, el modo de realizar sus funciones, y, como sostiene Canosa, “la interpretación constitucional sólo puede entenderse en contexto de la relación entre el tribunal constitucional y el legislador democrático”, en otras palabras, “interpretación y desarrollo legislativo de la Constitución guardan una estrechísima relación”.<sup>1635</sup>

### *1. Límites impuestos a la jurisdicción constitucional en virtud de su integración y naturaleza jurídica*

En el transcurso de este trabajo hemos señalado algunas limitaciones de tipo estructural que impone la Constitución a la actividad realizada por el juez constitucional. Dichos límites no son los únicos, ya que, como veremos más adelante, existen otros sumamente importantes que determinan directamente su labor interpretativa. Ahora vamos a mencionar algunas barreras que le son impuestas con objeto de que no pueda intervenir francamente en la configuración política de la comunidad, función que, repetimos, corresponde fundamentalmente al legislador. Las sintetizaremos en dos aspectos: la forma de elección de sus miembros y la definición de su naturaleza jurídica. Con ello también pretendemos mostrar la diversidad de funciones que tiene en relación con las ejercidas por el órgano legislativo y los límites a los que está irremediablemente sujeto por influencia del principio democrático. El carácter jurisdiccional es doble: del órgano y del modo de ejercer la función, y en los dos encontramos el ascendente del principio democrático que es, como hemos dicho antes, componente imprescindible del sistema constitucional, de la configuración y forma de actuación de los elementos que lo integran.

#### *A. La forma de elección de los jueces constitucionales*

A nadie es desconocido que los jueces no forman un cuerpo representativo electo directamente por el pueblo, por lo que si bien cuentan indudablemente con legitimidad constitucional no gozan de inmediata legitimidad democrática para el ejercicio de sus funciones. Por esta razón, y para evitar la consolidación de una élite o “aristocracia de la toga” que “no se representa más que a sí misma”, como decía Tocqueville, se hace necesario propiciar su más intensa legitimación democrática de origen a

<sup>1635</sup> Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 1514, pp. 5 y 8.

través de un sistema de elección de carácter fundamentalmente legislativo.<sup>1636</sup> Como escribe Rubio, para lograr la atenuación, no abolición, de la tensión, que implica la existencia de un órgano de control con el principio democrático, los jueces que pertenecen a este cuerpo son designados con la participación de los poderes específicamente políticos del Estado.<sup>1637</sup> La legitimidad de la actividad de los jueces proviene, desde esta perspectiva, de su designación por autoridades políticas democráticamente investidas y según modalidades que garantizan el pluralismo en el seno del Tribunal, por lo que la intervención de órganos políticos en dicha designación, lejos de ser un inconveniente, es una cualidad que refuerza su legitimidad democrática.<sup>1638</sup> Recuérdese al respecto que ya el mismo Kelsen recomendaba, en virtud de que los jueces constitucionales ejercían una función de legislador negativo, que fueran elegidos, al menos en parte, por el Parlamento, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los diferentes partidos.<sup>1639</sup> La elección basada en criterios políticos e ideológicos, que forma parte de los elementos técnicos de los órganos de control de constitucionalidad, pone de manifiesto sus importantes funciones y tareas dentro del sistema estatal.<sup>1640</sup> Pretende asegurar, en virtud de que el nombramiento se efectúa normalmente por una mayoría reforzada que se identifica con la exigida para la reforma de la Constitución, un amplio consenso entre las fuerzas políticas que integran los órganos

<sup>1636</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 413.

<sup>1637</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 37, p. 660.

<sup>1638</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 294, p. 108; *id.*, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 30. También, Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 31; Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 844. Para G. Müller, es precisamente la circunstancia de que la elección se efectúe con intervención de los gremios políticos lo que confiere al Tribunal Constitucional la calidad de institución democrática. Müller, Gebhard, *op. cit.*, nota 379, p. 218.

<sup>1639</sup> Para Kelsen, las consideraciones políticas que dominan el problema de la formación del órgano legislativo no entran en juego cuando se trata del órgano encargado de la anulación de leyes en el que “para su constitución entran pues, en juego, los mismos principios que para la organización de los tribunales o de los órganos ejecutivos” y ello es así, desde su óptica, porque la función del Tribunal no es la elaboración sino la anulación de las leyes que se produce, como es propio de todos los Tribunales, en función de la aplicación de las normas de la Constitución”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 131. Recuérdese, además, que para este autor la intervención de los partidos en la composición de la Corte tiene mucha importancia por las importantes competencias políticas que esta tiene asignada. Es más, en virtud precisamente de que los miembros del Tribunal son nominados por los partidos políticos este asume un carácter arbitral. Esta opinión en “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa”, *cit.*, nota 766, p. 17.

<sup>1640</sup> Sandulli, Aldo M., *op. cit.*, nota 273, p. 395; Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 145.

representativos y que las designaciones sean “un acuerdo consensuado entre la mayoría y la minoría”<sup>1641</sup> y no una “prolongación de la mayoría”, de forma que también en el órgano de control se exprese el pluralismo político que exista en la sociedad.

En esta virtud, la inevitable injerencia de los partidos políticos en la designación de los jueces tiende a representar un factor de homogeneización o alineación entre el controlador y la parte controlada, produciéndose así, en primer lugar, que las fuerzas políticas tengan la sensación de estar representadas en el seno del Tribunal y que, en consecuencia, confíen en quien va a controlarlos,<sup>1642</sup> en segundo término, que los jueces no sean ajenos a las ideas dominantes en la mayoría gobernante y que haya una actitud de colaboración entre ambos, es decir, se alienta que el origen de los tribunales sea también expresión de la voluntad general y, por tanto, no se oponga a esta. En palabras de Dahl, se garantiza que los jueces sean “parte de la alianza nacional dominante” en un momento histórico determinado.<sup>1643</sup> Esta forma de elección, como señala Zagrebelsky, permite establecer un nexo de homogeneidad entre las orientaciones políticas de fondo expresadas a nivel político y aquellas presentes en los cuerpos jurisdiccionales, evitándose desviaciones amplias y dramáticas que pudieran surgir entre las diversas orientaciones del juez constitucional y el legislador lográndose que la filosofía del cuerpo judicial no se aparte de la que sostienen los demás organismos del Estado.<sup>1644</sup> La estructuración de los órganos jurisdiccionales responde a la exigencia de que sus integrantes comprendan las valoraciones y finalidades de la actividad legislativa. Esta pretensión técnica de adherencia de los órganos de control al ambiente político provoca que pasen a formar parte del orden estatal, por lo que no puede pensarse en eliminar la influencia política en el proceso de nominación pues dicho ambiente político influye considerablemente para dotar de legitimidad a quien ocupa el cargo.<sup>1645</sup> Por estas razones

<sup>1641</sup> Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, pp. 87 y 88.

<sup>1642</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 294, p. 108.

<sup>1643</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, p. 624.

<sup>1644</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 764. También, Hitters, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 650, p. 427; Pibernet, Domenech X., *op. cit.*, nota 462, p. 77. Para una mención sobre la importancia de que los jueces compartan cierta ideología, véase Farrell, Martín Diego, “Control judicial de constitucionalidad de las leyes: una defensa liberal”, *cit.*, pp. 128-130.

<sup>1645</sup> Ermacor, Félix, “El Tribunal Constitucional austríaco”, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de L. Aguiar de Luque y M. G. Rubio de

predomina actualmente en la composición de estos órganos los sistemas de designación política y una nominación de otro tipo, como la realizada por los propios órganos judiciales, se considera injustificada.<sup>1646</sup> A estas razones también responde el hecho de que los jueces constitucionales estén limitados en sus mandatos por un tiempo definido y no puedan ser reelectos, ya que la elección, ya no vitalicia sino por un periodo muy largo de tiempo, hace imposible un mínimo de correspondencia entre sus orientaciones y aquellas que provienen del órgano legislativo y de la propia sociedad.

La diferencia de legitimación democrática entre el juez y el legislador, mostrada a través de la distancia que existe entre los procesos de elección de los representantes populares y el proceso de selección de jueces,<sup>1647</sup> no es un elemento distorsionador del sistema, sino un elemento inherente al mismo. Ambas formas de legitimación son distintas, pero no contrastantes. Sería un error tratar de aplicar los mismos criterios de legitimidad para el legislador y para el juez. Pues, como escribe Zagrebelsky, en una Constitución pluralista que acoge diversos principios inspiradores, el órgano investido del poder de control no participa de un fundamento análogo al órgano políticamente activo que expresa el principio de mayoría<sup>1648</sup> para evitar, además de un choque entre dos poderes que emanen su fuerza de la misma legitimidad democrática, la expansión ilimitada del poder político del órgano jurisdiccional y, con esto, la exorbitación de sus funciones. En consecuencia, la falta de legitimidad democrática directa del juez constitucional es necesaria e inevitable si se pretende asegurar la efectiva separación entre el órgano controlante y el órgano controlado, y obtener la máxima neutralidad política de aquél.<sup>1649</sup> Es más, el órgano que ejerce el control constitucional debe estar compuesto de manera diversa al órgano creador de leyes, porque si estuviera conformado con el mismo criterio, el control no podría ejercerse, sería de raíz un no control.<sup>1650</sup>

Casas, Madrid, CEC, 1984, p. 273; Herdegen, Matthias, *op. cit.*, nota 344, p. 43. También Cascajo de Castro, José Luis, “Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional”, en *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986 p. 12.

<sup>1646</sup> Cheli, Enzo y Caretti, Paolo, *op. cit.*, nota 259, p. 23; Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 378, p. 26.

<sup>1647</sup> Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, p. 43.

<sup>1648</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1614, pp. 111 y 154.

<sup>1649</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 435, p. 133.

<sup>1650</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 274, p. 9.

Lo anterior no significa que sostengamos que el juez constitucional deba depender del partido victorioso en las urnas<sup>1651</sup> o sea un representante del legislador, ya que ello conduciría a la “parlamentarización del Tribunal”, produciría una continuidad inaceptable entre los dos poderes que debilitaría el control hasta hacerlo autocontrol, y conduciría a la domesticación de la justicia constitucional.<sup>1652</sup> La elección de los jueces por órganos políticos no riñe con su imparcialidad ni conlleva la sumisión a las fuerzas políticas ni la pérdida de autoridad. Ésta se logra no con su forma de nominación, sino con la configuración de su estatus, como desde hace décadas lo sostuvo Eisenmann. En otras palabras, la designación de los jueces constitucionales por órganos políticos no está en contradicción con la neutralidad que se espera de ellos, ya que las garantías de su independencia no dependen de las condiciones de su nombramiento, sino de la conformación de su estatuto. Éste hace que el funcionamiento del Tribunal se produzca al margen de la representatividad política y ascendencia partidista.<sup>1653</sup> Para Favoreau, son tres las mejores garantías para asegurar la independencia de quienes integran los tribunales: *a)* el carácter no renovable del mandato, *b)* la inamovilidad y *c)* algunas incompatibilidades con funciones políticas. Pero junto con estas garantías, es de enorme importancia que los miembros de los tribunales posean cualidades personales y conocimientos científicos y profesionales, ya que de éstos depende el adecuado ejercicio técnico de su función, única circunstancia capaz de reforzar el carácter jurisdiccional del órgano. La duración en el cargo, y la renovación de sus miembros, es también trascendente,

<sup>1651</sup> Sagüés, Néstor P., *op. cit.*, nota 869, p. 38.

<sup>1652</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 543, p. 74. Por estas consideraciones y para evitar que la Corte se convierta en un órgano político, Crisafulli consideraba idóneo un sistema mixto. Al respecto se puede ver del mismo autor, *op. cit.*, nota 435, p. 133. Como se recordará, también Kelsen recomendó como conveniente un sistema donde se combinaran la elección de jueces por el poder legislativo y por el jefe de Estado. Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, trad. de D. García Belaunde, *Dereito*, núm. 1, 1995, p. 220. Para Zagrebelsky la composición mixta del tribunal demuestra la creencia de su implicación no imparcial en los asuntos constitucionales y la conciencia de orientarlo a través de la presencia de componentes que representen sensibilidades distintas, lo que a su vez significa distintas actitudes respecto al grado de compromiso o implicación. Zagrebelsky, Gustavo, “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución”, en López Pina, A. (coord.), *División de poderes e interpretación*, *cit.*, nota 39, p. 167.

<sup>1653</sup> Igartua Salaverria, Juan, *op. cit.*, nota 747, p. 9.

ya que de ellas depende, como dice Weber, su continuidad, petrificación o capacidad innovativa. Sin embargo,

en última instancia hay que apelar a las convicciones democráticas y al sentido institucional de quienes designan o eligen y de quienes resulten nombrados; ni aquellos pueden lícitamente operar con criterios partidistas e hipotecar la independencia de los magistrados, ni éstos pueden legítimamente aceptar o tan siquiera sentir condicionamiento alguno por el origen y los términos de su selección y propuesta.<sup>1654</sup>

### *B. Límites derivados de la naturaleza jurídica del tribunal*

Hay que tomar en cuenta, en primer lugar, que atribuir al órgano judicial la función de guardián de la Constitución, no es una operación necesaria ni característica de determinada forma de Estado o de gobierno, sino que es la elección de una opción, entre muchas, considerada la más conveniente para cumplir con la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución. Tampoco puede olvidarse que el significado de esta elección debe adecuarse a la noción de democracia contenida en la norma básica y, por lo tanto, como señala Wróblewsky, está en estrecha relación con el lugar que ocupa el legislador dentro del sistema político.<sup>1655</sup>

Este “arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos” que otorga a los jueces la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes<sup>1656</sup> está basado, explica Cruz Villalón, en un presupuesto doble: *a)* es un control externo, puesto que quienes participan en él han permanecido ajenos al proceso político de creación normativa y únicamente intervienen con posterioridad al nacimiento de la norma bajo un impulso externo, a través de un procedimiento y sometidos sólo al derecho también preexistente;<sup>1657</sup> y *b)* el órgano de control es un tribunal o está organizado como tribunal (en aquellos países en donde se crea “un ente artificial” especializado) característica que garantiza una forma de actuar objetiva, imparcial y razonable, una singular organización y funcionamiento, independencia decisoria frente a los demás órganos estatales cuyos actos serán controlados

<sup>1654</sup> Lavilla, Landelino, *op. cit.*, nota 63, p. 61.

<sup>1655</sup> Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, pp. 98 y 99.

<sup>1656</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 1633, p. 107.

<sup>1657</sup> Cruz Villalón, P., *op. cit.*, nota 296, p. 28. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, p. 54.

(característica que para algunos autores constituye el verdadero carácter distintivo de un régimen constitucional)<sup>1658</sup> e idoneidad técnica para el conocimiento del derecho y el ejercicio de su actividad.<sup>1659</sup>

El órgano de control al estar configurado como un Tribunal realiza su tarea mediante el empleo de medios o métodos jurisdiccionales. Como acertadamente ha señalado Mahrenholz, dispone de la más fuerte autoridad, pero de la más débil potestad (se ha dicho que es el más débil de los poderes estatales), pues no tiene iniciativa legislativa ni puede iniciar de oficio su actividad, ya que el impulso inicial lo recibe de actores legitimados activamente para plantear los distintos procesos (*nemo iudex sine actore*). Como regla general, considerada incluso “natural y lógica” y algunas veces como prueba de no ser el primer o principal destinatario de la Constitución,<sup>1660</sup> no actúa de forma espontánea, no puede promover por sí mismo la anulación de las leyes, su acción normalmente debe ser inducida por un tercero interesado que activa los mecanismos pertinentes, por lo que carece de fuerza política directa. Se trata de un poder negativo en el sentido de que ejerce su función únicamente cuando le es solicitada.<sup>1661</sup> Como dice Rubio, la justicia constitucional es “menesterosa” porque no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de parte<sup>1662</sup> o, como se ha dicho coloquialmente, “sólo habla cuando se le pregunta y cuando le pregunta quién puede hacerlo...”.<sup>1663</sup> Éstos son límites, pero también parte importante y decisiva de la legitimidad democrática y fuerza del juez constitucional y condición necesaria para hacer efectivas sus funciones de defensa.<sup>1664</sup> Por otro lado, no se puede solicitar la interven-

<sup>1658</sup> En este sentido pueden verse los comentarios y comparación de Matteucci, Nicola, *op. cit.*, nota 1478, p. 36.

<sup>1659</sup> Aquí se hace evidente la importancia de la composición del Tribunal para un eficaz ejercicio de su función. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 447, p. 174; *id.*, *op. cit.*, nota 122, p. 102; Carrió, Genaro R., “Una defensa condicionada de la judicial review”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991, p. 154.

<sup>1660</sup> Wheare, K. C., *op. cit.*, nota 369, p. 107; Kirchof, Pablo, *op. cit.*, nota 1009, pp. 252 y 253.

<sup>1661</sup> Tomás y Valiente, Francisco, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, CEC, 1995, p. 27; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 450, p. 420.

<sup>1662</sup> Combellas, Ricardo, *op. cit.*, nota 79, p. 27.

<sup>1663</sup> Tomás y Valiente, Francisco, “La defensa de la Constitución”, *RDP*, núm. 16, 1983, p. 187.

<sup>1664</sup> “El contacto del juez con el pueblo deriva, en fin, del hecho de que no *actúa in causa propria* y *ex officio*, sino sólo a instancia de los interesados, decidiendo en forma

ción del juez si no se invoca un perjuicio que implique la violación o alteración de un derecho propio o de un precepto o norma concreta. El Tribunal se presenta como instancia comprometida con la solución de asuntos o litigios definidos y limitados por las partes o sujetos legitimados. Esta circunstancia hace que su poder de invalidar leyes “se circunscriba a los casos en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege”<sup>1665</sup> y al examen de las disposiciones impugnadas o cuestionadas sin poder recomendar fórmulas alternativas. Los demandantes son los que fijan el *thema decidendum*, el juez, sujeto al principio de congruencia, debe ceñirse en sus resoluciones a las peticiones de los demandantes, por lo que no puede resolver *ultra petita*. En suma, el juicio constitucional es siempre un proceso a base de acción, ya que el juez no puede actuar oficiosamente, sólo interviene cuando se lo solicitan las personas legitimadas por la ley respectiva y, además, debe limitar su pronunciamiento a la petición hecha por la parte activa y no en forma discrecional sobre las materias que estime convenientes.<sup>1666</sup> Como resulta claro, esta forma de actuar contrasta en gran medida con la del legislador, quien puede obrar sin que sea provocado por alguien que tenga interés o abstenerse de actuar no obstante la existencia de alguna petición.

Los jueces, además de que tienen delimitadas claramente sus competencias, tampoco pueden ejecutar por sí mismos sus propios fallos. Dependen de la fuerza que tiene el Poder Ejecutivo para que se cumplan sus sentencias, como escribía Hamilton, han de apoyarse “en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”.<sup>1667</sup> Con ello se comprueba que su autoridad no reside, como señala Fix-Zamudio, en su fuerza física, sino en su prestigio moral y estricta imparcialidad, en el consentimiento de los ciudadanos y en la objetividad con la que resuelvan los delicados conflictos políticos que se les presentan. Su autoridad es legal-racional si utilizamos la tipología de Weber. Los recursos insustituibles con los que cuenta, por su carencia de poder ejecutivo, son la confianza y el prestigio, y, en esta virtud, su única fuerza impulsora es

congruente con la demanda y una vez “oidas” las partes”. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, pp. 288 y 292; Galeotti, Serio y Rossi, Bruno, *op. cit.*, nota 519, p. 121.

<sup>1665</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 7, p. 148.

<sup>1666</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, pp. 44 y 59.

<sup>1667</sup> Hamilton, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 122, p. 331.

la que representa la opinión pública.<sup>1668</sup> Por ello sólo “resulta posible allí donde la cultura jurídica de un país permite la contraposición entre una sentencia que carece de poder y el poder político”.<sup>1669</sup>

Con lo dicho hasta aquí se pueden detectar claras diferencias entre las funciones del legislador y el juez constitucional. Mientras que aquél obra libremente, bajo el impulso de la oportunidad política, el juez, en el momento de anular una ley actúa por motivos puramente jurídicos, su actividad se dirige a verificar el contraste de aquélla con la Constitución. Además, como enseña Kirchoff, el legislador decide con la autoridad de la mayoría de hoy no con la de una mayoría para siempre, por lo que puede cambiar cualquier ley; en cambio, la jurisdicción decide investida con la autoridad de lo justo, y con su fallo pretende vinculación a largo plazo, para todo el tiempo que se mantenga vigente la norma constitucional. Una diferencia más, que resalta Fix-Zamudio, es el carácter imparcial del juez en relación con la cuestión que se le plantea, pues se presenta como un tercero que se coloca por encima de las partes respecto al problema de constitucionalidad que debe decidir, mientras que el legislador carece de dicha imparcialidad, ya que, debido a la naturaleza de sus funciones, es juez y parte en la decisión que adopta.<sup>1670</sup>

Esta forma de organización y funcionamiento explica por qué el judicial es la forma auténtica de control constitucional. Pero, por otro lado, también esa estructura y composición es la causa por la que en ocasiones se le ha reclamado su modesta actividad y sobre todo la razón por la que no puede solucionar objetivamente determinados problemas de la comunidad política e inevitablemente tiene que reconocer al legislador amplios márgenes de actuación,<sup>1671</sup> es más, debido a estas características, el juez constitucional no es, desde el punto de vista de la creación del derecho, la autoridad central dentro del ordenamiento jurídico. Como escribía Leibholz: “la jurisdicción constitucional no puede, en modo al-

<sup>1668</sup> Esta idea fue pronunciada por Böckenförde al finalizar su mandato como juez constitucional y está citada por Rusconi, Gian Enrico, “Quale democrazia costituzionale? La Corte Federale nella politica tedesca e il problema della Costituzione Europea”, *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 2, 1997, pp. 275 y 280; Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 85, p. 844.

<sup>1669</sup> Mahrenholz, Ernesto G., *op. cit.*, nota 93, p. 71.

<sup>1670</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, pp. 45 y 59.

<sup>1671</sup> Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *cit.*, p. 200.

guno, por su esencia misma, asumir la suprema potestas”,<sup>1672</sup> ya que sólo le “compete la limitada tarea de aplicar en un procedimiento judicial el derecho producido por órganos dotados de potestad normativa, interpretarlo y desarrollarlo dentro de los límites de la interpretación”.<sup>1673</sup> Por eso debemos pasar al estudio de la forma en que realiza su labor de interpretación y señalar los límites a los que está sujeta para así seguir mostrando los márgenes de actuación dentro de los que se configura y desarrolla su actividad.

## 2. Límites a la facultad interpretativa del juez constitucional

### A. El juez constitucional entre el derecho y la política

Se han tratado de establecer límites a la jurisdicción constitucional basándose en la diferenciación entre derecho y política. La tensión entre estos dos componentes de la vida del Estado es un problema medular de las relaciones entre los órganos públicos.<sup>1674</sup> Sin embargo, si se plantean de esta forma los límites de la actividad jurisdiccional se toma un camino equivocado, ya que, como escribe Schneider, la justicia constitucional es de por sí justicia política porque, entre otras razones, se enfrenta a un objeto de contenido político, sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios sobre el sistema constitucional.<sup>1675</sup> Para Wróblewsky, la función controladora que ejerce el juez constitucional es política al menos por dos causas: primero, porque garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí carácter político, y segundo, porque sus decisiones interpretativas muchas veces determinan los asuntos políticamente relevantes,<sup>1676</sup> puesto que, como señala García Pelayo,

<sup>1672</sup> Leibholz, Gerard, *op. cit.*, nota 669, p. 165.

<sup>1673</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 852. Como escribe Tamayo y Salmorán, la organización en forma de Tribunal “no hace a la judicatura la institución mejor dotada para instrumentar políticas”. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Una judicatura de amparo (una judicatura ¿para qué?)”, *Estudios en homenaje a Felipe Tena Ramírez*, México, Porrúa, 1999, p. 463.

<sup>1674</sup> *Idem.* También, Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 1095, p. 114.

<sup>1675</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 145; Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *cit.*, p. 198.

<sup>1676</sup> Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 113.

las demandas que se le plantean son, en muchas ocasiones, la formulación en términos de litis jurídica de cuestiones o conflictos de carácter político.<sup>1677</sup>

Como enseña Triepel, el derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político,<sup>1678</sup> por lo que la justicia constitucional tendrá que desplegar necesariamente una sustancial función política precisamente porque el objeto de su jurisdicción son normas constitucionales que por su naturaleza tienen un alto contenido político. En otras palabras: la actividad de enjuiciamiento constitucional, en su vertiente de interpretación y aplicación de normas es político porque su objeto es la norma fundamental del Estado que por razón de su génesis, contenido y función tiene un carácter político especialmente pronunciado.<sup>1679</sup> Como escribe Canosa, las características del objeto de la función de los tribunales arrastra consigo el mismo carácter definitorio para aquéllos. Esto se capta perfectamente si aceptamos que una decisión política en sentido amplio es aquella que se caracteriza en razón de su objeto. Además, cuando un juez enjuicia la constitucionalidad de una ley, interviene directa y necesariamente en la política, porque también las leyes, objeto de su escrutinio, son por antonomasia actos políticos.<sup>1680</sup> Recuérdese igualmente que las decisiones de la Corte son inapelables y tienen la pretensión de ser irreversibles. Simon ha descrito lo anterior con gran exactitud: la jurisdicción constitucional se ocupa de contenciosos de naturaleza política en los

<sup>1677</sup> García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 63, p. 25; Leibholz, Gerard, *op. cit.*, nota 669, p. 149.

<sup>1678</sup> Triepel, Heinrich, *Derecho público y política*, 2a. ed., trad. de J. L. Carro, Madrid, Civitas, 1986, p. 42.

<sup>1679</sup> Mahrenholz, Ernesto G., *op. cit.*, nota 93, p. 71. Como escribe Schmitt: “no hay ninguna Constitución que sea, puramente y sin residuo, un sistema de normas jurídicas... Lo político no puede separarse del Estado”. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 305, p. 137. Para Pierandrei, “la Costituzione ha e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica”, Pierandrei, F., “L’interpretazione della Costituzione”, *cit.*, p. 474. La Constitución es, dice Pérez Royo, “el punto de intersección entre la política y el derecho”. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 23, pp. 233 y 234. Como señala Aragón: “La norma constitucional es un tipo específico de norma y justamente su especificidad jurídica proviene de la finalidad política que pretende cumplir. Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *REP*, Madrid, núm. 50, 1986, p. 10. Para Leibholz, “Toda la problemática de la jurisprudencia constitucional depende de esa esencia del Derecho Constitucional. Se trata de un derecho que no puede sustraerse a su origen político”. Leibholz, G., *op. cit.*, nota 669, p. 193.

<sup>1680</sup> Sandulli, Aldo M., *op. cit.*, nota 273, p. 394.

que se discute sobre la interpretación y aplicación de derecho político y lo político mismo se hace objeto de juicio de constitucionalidad.<sup>1681</sup>

En la base de todas estas consideraciones está la caracterización de los órganos jurisdiccionales como la coronación del Estado de derecho singularizado por la existencia de controles jurídicos sobre toda la actividad pública.<sup>1682</sup> En esta virtud, no es posible establecer barreras para separar tajantemente jurisdicción constitucional y política puesto que esta institución tiene como presupuesto una reflexión previa sobre la conveniencia de sujetar a control jurídico los conflictos de naturaleza política que pudieran surgir dentro del Estado.<sup>1683</sup> Esto, como es de suponerse, es un contrapunto a las críticas sobre la viabilidad de la justiciabilidad de los conflictos políticos y muestra de la seguridad de que este tipo de controversias son susceptibles de ser resueltas a través de vías jurídicas. Para decirlo con Bachof: “el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico”.<sup>1684</sup> Es más, la experiencia indica que el control de constitucionalidad se implanta, como dice Lavilla, donde es mayor la densidad política y más cruda la manifestación del poder. ya que, como escribió Eisenman, la institución es reflejo de las luchas políticas supremas de los países que, precisamente por ello, son transformadas en litigios de derecho,<sup>1685</sup> ésta es la causa por la que ha sido definida como “un medio civilizado y racional para la instauración de la paz social y la eliminación de la violencia descentralizada, que caracteriza a las situaciones sociales donde la legitimidad y la creencia en la validez del derecho se ha deteriorado o destruido”.<sup>1686</sup> Así, la posibilidad de que surjan conflictos entre los órganos estatales es

<sup>1681</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 849.

<sup>1682</sup> Lavilla, Landelino, *op. cit.*, nota 63, p. 51.

<sup>1683</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, pp. 848 y 849. Recuérdese en este sentido que un ordenamiento puede prescindir de la existencia de un Tribunal Constitucional. Al respecto véase Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 294, p. 104.

<sup>1684</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 415, p. 61.

<sup>1685</sup> Esta es una de las funciones que atribuye Vincent Boivier a la jurisdicción constitucional y que recoge Acosta Sánchez, José, *op. cit.*, nota 112, pp. 343 y 344.

<sup>1686</sup> Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 1576, p. 294. También Rubio Llorente afirma que la jurisdicción constitucional contribuye a moderar las posturas políticas alejándolas de cualquier tipo de radicalismo. Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional en España”, *cit.*, nota 291, p. 434.

casi “fisiológica”, “connatural” o “inherente” a la opción de un control constitucional de tipo jurisdiccional.<sup>1687</sup>

El control constitucional está destinado, por su propia naturaleza, a tener una coloración política más o menos acentuada,<sup>1688</sup> por lo que hay que empezar por reconocer que los conflictos de que conocen los jueces constitucionales tienen sustancia política y que la jurisdicción constitucional tiene carácter político. No se puede, en consecuencia, esconder la politicidad de la función judicial como se ha hecho durante tanto tiempo “por la llegada y radicalización de los principios de legalidad y de división de poderes en la cultura política y jurídica en el Estado moderno y por el consiguiente corolario de la neutralidad y de la terciariedad del juez”.<sup>1689</sup> Hay una intrínseca politicidad de las funciones del juez constitucional. Se trata, por tanto, como se ha dicho en elocuente frase, de “una justicia teñida de política” característica que la dota de un carácter bifronte: político y jurisdiccional al mismo tiempo que constituye su “propia y peculiar impronta”.<sup>1690</sup>

El problema básico, una vez establecido lo anterior, se transforma, pues todas las decisiones tomadas por cualquier órgano estatal podrían aparecer como decisiones políticas.<sup>1691</sup> Por tanto, la cuestión reside en buscar la fórmula para evitar que los tribunales sean catalogados como órganos que deciden políticamente. Si no encontramos dicha fórmula, existe el riesgo de que las actuaciones judiciales sean leídas en términos de confrontación política y sus resoluciones como generadoras únicamente de efectos políticos, es más, de que dichos órganos sean calificados como entes que a través de sus decisiones se convierten en “dueños de la Constitución” que detentan “de manera oculta el poder soberano”

<sup>1687</sup> Rolla, Giancarlo, “Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa: el surgimiento de algunas líneas de tendencia comunes”, trad. de Joan O. Araujo, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares*, núm. 16, 1987-1988, pp. 147 y 148.

<sup>1688</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 519, p. 65; *id.*, *op. cit.*, nota 662, p. 148; también Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 1231, pp. 308, 309 y 322.

<sup>1689</sup> Morisi, Massimo, “Jurisdicción y política: viejas preguntas al hilo del caso italiano”, trad. de A. Elvira, *REP*, Madrid, núm. 85, 1994, p. 13.

<sup>1690</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 367, p. 760; Leibholz, Gerard, *op. cit.*, nota 669, p. 151.

<sup>1691</sup> Troper, Michael, *op. cit.*, nota 392, p. 328. También Juan Martín, Ángel de, “Comentarios en torno a la jurisdicción constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, p. 1339.

creando nuevas normas o relegando las elaboradas por el órgano legislativo democráticamente electo poniendo en duda el sistema de equilibrios diseñado en la norma fundamental.

### B. *Control judicial e interpretación*

El problema entonces es averiguar cómo “una decisión que *ratione materiae* tiene un evidente contenido político puede aparecer como un *dictum de justicia*”.<sup>1692</sup> Como escribe Häberle, la cuestión no es si el juez constitucional incide en la política, sino cómo incide en ella. Esta ingerencia depende del modo en que lleve a cabo el proceso de aplicación de normas<sup>1693</sup> o adopción de resoluciones por lo que es mediante el ejercicio de la facultad de interpretación a través de la cual los jueces pueden influir en la realidad política y social. Se puede decir entonces que “el problema del carácter político o no político de la jurisdicción constitucional es en definitiva el problema de la interpretación constitucional”,<sup>1694</sup> ya que, como escribe Schlaich, es mediante esta como el juez constitucional puede participar en la modelación de la vida del Estado y de la sociedad.

Existe una estrecha relación entre los problemas derivados del control y la interpretación constitucional, por lo que los límites de esta última son idénticos a los de la primera.<sup>1695</sup> Más aún, el control de constitucionalidad, cuando se concibe a la Constitución como derecho, es el único instrumento jurídico cuya función de preservación de la norma básica es realizada mediante la interpretación y aplicación jurisdiccional de normas.<sup>1696</sup> Las violaciones a la norma fundamental se resuelven a través de

<sup>1692</sup> Carrasco Perera, Ángel, “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *REDC*, Madrid, núm. 11, 1984, p. 40.

<sup>1693</sup> Otto, Ignacio de, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III. También en este sentido véase Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 122, pp. 102, 124 y ss.; Igartua Salaverria, Juan, *op. cit.*, nota 747, p. 14.

<sup>1694</sup> Otto, Ignacio de, *ibidem*, p. 1940.

<sup>1695</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 296, p. 29, Rodríguez Zapata, Jorge, *op. cit.*, nota 1597, p. 157; Schneider, Hans Peter, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *cit.*, p. 199; Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 855.

<sup>1696</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 408, pp. 40 y 45. Como explica Guastini, desde el punto de vista estricto no es lo mismo la interpretación que la aplicación de normas aunque entre ambas existe una imprescindible vinculación. Las diferencias estriban en los sujetos que realizan ambas actividades, en los objetos sobre las que recaen las mismas

la interpretación y por medio del instrumento jurídico denominado control judicial. A esta relación se refiere Aragón cuando señala que la justicia constitucional no es otra cosa que la aplicación judicial de la Constitución, y Spadaro al afirmar que la tarea de custodiar es “tutt’uno (e dunque coincide) con quello di interpretare”. De esto se colige la importancia fundamental que tiene la interpretación constitucional en aquellos sistemas que cuentan con una jurisdicción constitucional ya que todo control de constitucionalidad exige una interpretación constitucional previa.<sup>1697</sup>

y sobre todo en que la aplicación designa, cuando se hace referencia a órganos jurisdiccionales, un conjunto de operaciones dentro de las cuales está incluida o presupuesta la interpretación. Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, trad. de M. Carbonell, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfaguara, 1998, p. 27. “La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho...”. En esto insiste en todo su trabajo, Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 98. “La interpretación sólo se lleva a cabo al aplicar”, dice, Gil Cremades, Juan J., “La motivación de las decisiones judiciales”, *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, p. 428. “La captación del sentido de los enunciados normativos se hace precaria y aventurada cuando se realiza al margen del proceso de aplicación del derecho porque, también en este ámbito “comprender es siempre, también, aplicar”. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 67. Esta comprensión me parece deudora de H. Kelsen, quien sostiene que “cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas”, la interpretación acompaña al proceso de aplicación del derecho, pues siempre hay interpretación de normas jurídicas cuando éstas deben recibir aplicación. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 128, p. 349. Para Frosini, el momento crucial de la vida de una ley es aquél de su aplicación, Frosini, Vittorio, “Legislazione e interpretazione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, núm. 2, 1990, p. 392. Así también Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, p. 145. La distinción no es una novedad, se encuentra también en el célebre fallo del juez Marshall donde se puede leer: “Los que aplican las normas a casos particulares, deben por necesidad, exponer e interpretar esta norma”. La distinción es interesante si se consideran las diferencias que se establecieron entre la interpretación y la aplicación de la ley en el siglo pasado y las orientaciones ideológicas de la misma, además de que esta diferenciación estaba íntimamente unida con la función jurisdiccional considerada como aplicación mecánica y pasiva de la ley. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, pp. 4-7 y 56, quien también señala que “la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor interpretativa...”.

<sup>1697</sup> Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota 99, p. 249; Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 99.

Esto no quiere decir que no se puedan separar, desde el punto de vista teórico estos dos conceptos sólo que, en la práctica, el control es posible únicamente mediante la interpretación que, a su vez, adquiere su manifestación más decisiva e importante cuando se realiza a los fines del ejercicio del control.<sup>1698</sup> Para decirlo con Wolfe, la interpretación constitucional y el control judicial son cuestiones analíticamente distintas pero aquella está en el fondo de éste<sup>1699</sup> que solamente se entiende y realiza en virtud de la forma en que se efectúan las operaciones interpretativas. La relación es nítida si asumimos que controlar la constitucionalidad de una norma exige la atribución de significados. Sin embargo, afirmar que el control judicial es una cuestión de interpretación no elimina los problemas sino los profundiza puesto que quien controla la interpretación de las normas constitucionales puede llegar a dominar su significado, es decir, determinar lo que funciona como derecho constitucional.<sup>1700</sup> La interpretación es en gran medida el estudio de la forma de actuación del juez, quien, por diversas causas, no debe sobrepasar ciertos límites, y si ello sucediera, si se difuminaran los límites entre interpretación y potestad normativa, se haría “subrepticamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución”.<sup>1701</sup> Por todo esto, que lleva implícitas cuestiones de gran importancia, sorprende que el estudio de la interpretación constitucional no haya sido considerado seriamente por los estudiosos del derecho público sino hasta hace pocos años<sup>1702</sup> y que, incluso, en algunas experiencias, aún no se tenga conciencia clara de la proyección práctica y relevancia institucional de ella en el control judicial de las leyes.<sup>1703</sup> Troper señala tres causas que podrían explicar esta situación de indiferencia: primero, el hecho de que las Constituciones no contienen casi nunca disposiciones referidas al poder de interpretación;<sup>1704</sup> segundo, los grandes principios de la filosofía política integrados en las Constituciones no se relacionan con una teoría específica de la interpretación jurídica, y tercero, y esencialmente, ésta se ha considerado como compe-

<sup>1698</sup> Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, pp. 105 y 106.

<sup>1699</sup> Wolfe, Christopher, *op. cit.*, nota 91, p. 107.

<sup>1700</sup> Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, 95, p. 85.

<sup>1701</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 854.

<sup>1702</sup> En México así lo hacía ver desde 1965 el maestro Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, pp. 25 y 26; también, Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 128, pp. 9, 10 y 37. Recientemente también Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 1439, p. 144.

<sup>1703</sup> Bouzat, Gabriel, *op. cit.*, nota 242, p. 278.

<sup>1704</sup> Igartua Salaverria, Juan, *op. cit.*, nota 747, p. 16.

tencia ejercida en función judicial de aplicación contenciosa de la ley y, por tanto, subordinada a la misma.<sup>1705</sup>

Debemos aceptar que, junto al carácter de órgano político del juez constitucional, carácter derivado, como hemos dicho antes, de la naturaleza del objeto con el que opera (recuérdese que la especificidad de la interpretación constitucional está en relación estrecha con el propio objeto sobre el que recae dicha interpretación),<sup>1706</sup> la creatividad es inevitable en la función jurisdiccional y, específicamente, en el juicio de constitucionalidad. No podemos partir de considerar la actividad que realizan los jueces como una función automática, mecánica o lógica. Si así fuera aceptaríamos su posición subordinada en el sistema constitucional, ya que su actividad se reduciría a realizar operaciones silogísticas, revelando fácilmente lo que la Constitución significa. La actividad judicial no es ni nunca ha sido tan sencilla, “las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas” que conforman, desarrollan y prolongan el derecho,<sup>1707</sup> ya que, como escribe Saavedra, el juez tiene un margen de actuación o enjuiciamiento no cubierto de forma unívoca por el sistema de normas jurídicas válidas dentro del Estado.<sup>1708</sup> Existe siempre un espacio en el que se mueve con cierta libertad quien aplica el derecho precisamente por la indeterminación, apertura y flexibilidad de las normas constitucionales, su pluralidad de significados, su aplicación normativa directa y la imposibilidad, derivada de estos factores, de que funjan como elementos de vinculación en su operación concretizadora. Como se ha dicho gráficamente, el juez siempre tiene un “trozo” de decisión, ejerce una función decididamente activa.<sup>1709</sup> La labor interpretativa en la configuración de las normas es

<sup>1705</sup> Troper, Michel, “Il problema dell’interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale”, trad. de P. Comanducci, en Comanducci, P. y Guastini, R. (cura), *L’analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 215 y 216.

<sup>1706</sup> Solazábal Echavarría, Juan J., “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, *REP*, Madrid, núm. 69, 1990, p. 181.

<sup>1707</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 585.

<sup>1708</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 247, p. 83. De la misma forma Rovira, Antonio, “Jurisdicción y Constitución”, *cit.*, p. 41. Hay siempre, decía Kelsen, un ámbito de indeterminación de las normas. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 128, p. 350. No podemos olvidar que toda la polémica que genera el carácter creador del juez deriva de la contemplación de éste como un sujeto pasivo. Gutiérrez Zarza, María de los A., *op. cit.*, nota 594, p. 1028.

<sup>1709</sup> Pierandrei, F., “L’interpretazione della Costituzione”, *cit.*, p. 474.

inversamente proporcional a la precisión y carácter completivo del mandato, pues “el tipo de norma condiciona la interpretación”.<sup>1710</sup> Si trasladamos esta idea a las normas constitucionales, se podrá comprender que su grado de abstracción se traduce en la imposibilidad de concebirlas como “reglas dotadas de valor inmediatamente deductivo” y en la aceptación de un amplio margen de discrecionalidad para el interprete puesto que no existen en la Constitución términos “saturados” que no requieran alguna actividad de integración, determinación o reconstrucción.<sup>1711</sup>

En consecuencia, debe definitivamente abandonarse la concepción que sostiene que la actividad judicial es una labor meramente cognoscitiva, mecánica, de subsunción, que las leyes preprograman todo con antelación, que fijan alternativas lógicas, incompatibles y claras y, por el contrario, hay que reconocer su inevitable aspecto creativo. Y esta cuestión se complica, como afirma Elia, cuando es necesario individualizar el “derecho viviente” contenido en las normas constitucionales promulgadas desde hace mucho tiempo.<sup>1712</sup> Además, hay que aceptar que en su actividad el juez está influido normalmente por “elementos ajenos al ámbito de la legalidad”, por factores extrajurídicos, normas metajurídicas, o presiones externas, tales como su propia subjetividad, sus expectativas, convicciones, experiencias, prejuicios o preconcepciones y, en general, por los ineludibles elementos hermenéuticos que implican “el reconocimiento de anticipaciones de expectativas relativas al proceso de interpretación”.<sup>1713</sup> Como escribe Posner, muchas de las soluciones que dan los jueces dependen de sus preferencias políticas y éticas, es decir, conectan con su código de valoraciones y su “horizonte de contexto”. Por ello, Aarnio

<sup>1710</sup> García Canales, Mariano, *op. cit.*, nota p. 302; García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *REP*, Madrid, núm. 86, 1994, p. 27.

<sup>1711</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, p. 60. “Dificultades específicas de la interpretación constitucional traen causa de la apertura y amplitud de muchas normas”, dice Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77 p. 856; Bouzat, Gabriel, *op. cit.*, nota 242, p. 277. También Leibholz, para quien los conceptos vagos y fórmulas indeterminadas presentes en la Constitución confieren al juez un papel especial pues ponen de relieve el carácter creador de su actividad, *op. cit.*, nota 669, p. 182. Asimismo, Aparisi Miralles, Ángela, “Notas sobre la jurisprudencia como fuente del derecho”, *AFD*, núm. IX, 1992, pp. 257-261.

<sup>1712</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 704, p. 222.

<sup>1713</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 128, p. 354; *id.*, “Sulla teoria dell’interpretazione”, *cit.*, p. 114; Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 247, pp. 86-88; Esser, Josef, “La interpretación”, trad. de M. Rodríguez Molinero, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. III, 1986, p. 51. Así también lo refería Pierandrei, F., “L’interpretazione della Costituzione”, *cit.*, p. 505.

afirma, siguiendo a Wróblewsky, que los valores y las valoraciones son algunos de los tipos relevantes de argumentos que utilizan los jueces al justificar sus decisiones.<sup>1714</sup> En suma, como escribe Larenz: “las resoluciones judiciales no están completamente programadas en las leyes, la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, el juez emite juicios de valor y en este respecto, le queda cierto margen de enjuiciamiento”.<sup>1715</sup> En esta virtud, es imposible negar que la aplicación judicial del derecho constitucional es un acto de creación jurídica y esto equivale a decir que los órganos jurisdiccionales con sus decisiones configuran un poder normativo que establece normas jurídicas y que, por tanto, son parte integrante del sistema de producción normativa del ordenamiento que no sólo se integra, como decía Kelsen, de normas jurídicas generales.

Si aceptamos que el juez constitucional realiza una función creadora de normas “subconstitucionales” equivalentes a la Constitución misma que se demuestra en la praxis de la mayoría de los tribunales constitucionales<sup>1716</sup> la pregunta es: ¿cómo justificamos que un órgano no democráticamente electo cree derecho? Más aún, desde la perspectiva del principio democrático, ¿cómo se asegura que las normas elaboradas por los jueces, fuente de obligaciones para los ciudadanos, reflejen efectivamente, sin desvirtuarla, la voluntad popular y no sus meras preferencias subjetivas?<sup>1717</sup> Esto es importante porque si bien podemos aceptar que los jueces crean derecho a través de su labor hermenéutica, esto no quiere decir que sin justificación aceptemos que esta creación jurídica se efectúe en sustitución del legislador.

Existen importantes diferencias entre las decisiones adoptadas por los órganos políticos y las que corresponden a los órganos jurídicos, entre actos de creación y aplicación de normas. Häberle lo ha visto con claridad: si el órgano intérprete de la Constitución, dice, está bajo el mandato del principio de corrección funcional, tiene que realizar sus funciones de forma distinta de como la realizan otros órganos que tienen diversas competencias. Si diferenciamos entre ambas formas de tomar decisiones podremos distinguir la función desarrollada por el juez y la desempeñada

<sup>1714</sup> Aarnio, Aulis, “La respuesta correcta única y el principio de la mayoría”, *cit.*, pp. 62 y 63.

<sup>1715</sup> Calsamiglia, Albert, *op. cit.*, nota 1112, p. 102.

<sup>1716</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 124, p. 2; Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 525, pp. 524 y 525.

<sup>1717</sup> López Guerra, Luis, *op. cit.*, nota 253, p. 56.

por el legislador y, al mismo tiempo, establecer una base para diferenciar entre política y derecho. Esta distinción debe obtenerse de considerar la manera de actuar la interpretación de la Constitución, ya que sólo ella justificará, en su caso, un desplazamiento de la decisión legislativa por la judicial y logrará garantizar “que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de derecho”.<sup>1718</sup> Recordemos que, como hemos dicho antes, todos los órganos estatales están vinculados a la Constitución y deben interpretar sus normas en el momento de aplicarlas. Sin embargo, no podemos obviar que la autoridad del legislador proviene de las normas fundamentales y de la representación popular y la del órgano judicial procede únicamente de la Constitución, lo que obliga a que las funciones de este último se tengan que desarrollar a través de un método específico y diferente de interpretar el derecho. Tampoco podemos soslayar que el lugar que dentro de la Constitución y el Estado le corresponde a la jurisdicción constitucional debe hacerse compatible con el principio democrático y, en general, con los principios estructurales consagrados en la norma básica.<sup>1719</sup> La actividad del intérprete judicial se encuentra inmersa dentro de un sistema normativo que tiene categorías técnicas que le dan significado y le prestan coherencia.<sup>1720</sup> Su forma de actuar debe considerar necesariamente su función y posición política en el sistema institucional, la función y posición política de los otros órganos del Estado y los principios constitucionales inherentes a la forma y estructura del ordenamiento. Tales principios, incluso, como escribía Crisafulli, pueden no estar inscritos en el texto legislativo pero existir implícitos en el complejo de decisiones expresas imponiéndose al trabajo del intérprete.<sup>1721</sup> Las normas constitu-

<sup>1718</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Prólogo”, *op. cit.*, nota 1593, p. XXIII. Como escribe D’Orazio, en los Estados de democracia clásica las relaciones entre el órgano de garantía y el órgano de dirección política tienden a distinguir, en el plano conceptual y axiológico, los valores expresados por la política y por la justicia, perseguibles con métodos y criterios distintos y tendencialmente diferenciados. D’Orazio, Giustino, “Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana”, trad. de A. Sainz Arnaiz, *RVAP*, núm. 31, 1991, p. 68. Como escribe Cappelletti, la naturaleza de un acto “no depende (inmediatamente) del *por qué*, sino del *cómo* del acto”. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 662, p. 131.

<sup>1719</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Prólogo”, *op. cit.*, nota 1593, p. XXIII. También de esta forma procede Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 54, pp. 137 y ss.

<sup>1720</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 122, p. 127.

<sup>1721</sup> Crisafulli, Vezio, *op. cit.*, nota 343, pp. 678 y 679. También Carbone, Carmelo, *L’interpretazione delle norme costituzionale*, pp. 25 y ss.

cionales incluyen y tienen integrada una teoría de la Constitución que las dota de sentido. Muy acertadamente, Böckenförde<sup>1722</sup> dice que la actividad del juez debe partir de una teoría de la Constitución “constitucionalmente adecuada”, que necesariamente respete la posición del legislador dentro del Estado, su actividad de apreciación, su misión y responsabilidad, pues de otra manera atentaría contra el orden fundamental y la seguridad jurídica. Esta aseveración, más que un presupuesto del proceso interpretativo, es una condición previa e ineludible del mismo.

Es importante recordar ahora la distinción que propone Dworkin entre las decisiones de los jueces y las del legislador. Los argumentos que utilizan los jueces en sus resoluciones, dice, se generan en principios y están dirigidos a verificar que las decisiones tomadas por otros órganos estatales respetan y aseguran los derechos individuales o de grupo. A diferencia de estos argumentos, los que utiliza el legislador para tomar sus decisiones, se justifican en el favorecimiento o protección de alguna meta colectiva considerada como un todo, pues la ponderación de intereses que realiza tiene en cuenta “un panorama totalizador de la vida pública” difícilmente sometible a parámetros estrictamente jurídicos.<sup>1723</sup> Esta posición, como puede apreciarse, distingue dos tipos de argumentos sobre los cuales se fundan las decisiones. Primero, argumentos que hacen referencia a principios, basados en el reconocimiento de que los ciudadanos tienen ciertos derechos individuales y, segundo, argumentos que se refieren a la dirección política de la comunidad en virtud de los cuales las decisiones promueven determinadas concepciones del bienestar general o del interés público. Los jueces deben fundar sus juicios sobre argumentos de principio y no sobre los de dirección política.<sup>1724</sup> Estos últimos justifican decisiones como medios adecuados para la obtención de objetivos políticos, en tanto que los primeros las justifican bajo el argumento de la

<sup>1722</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, trad. de I. Villaverde Menéndez, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., nota 1485, pp. 37 y 38. Kelsen señaló, en virtud del carácter parcialmente determinante de las normas jurídicas, la necesidad de que la interpretación desarrollara “un método que posibilite completar correctamente el marco establecido”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 128, p. 352.

<sup>1723</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, pp. 148-150, 166 y 171. Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 3, p. 138. De Otto también caracteriza las decisiones políticas como argumentables desde los fines que persiguen. Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1945.

<sup>1724</sup> Dworkin, Ronald, “La política dei giudice e il principio di legalità”, trad. de R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, pp. 358 y 359.

protección de determinados derechos.<sup>1725</sup> Una legislatura no necesita reglas de principios para justificar las normas que sanciona, en cambio, los jueces siempre deben tomar sus decisiones sobre fundamentos de principio (por ello se le reconoce como el único órgano con capacidad para la argumentación moral)<sup>1726</sup> y esto es lo que, según Dworkin, justifica el poder creador de derecho de los mismos.

La diferencia entre política y derecho, entre la actividad desarrollada por el legislador y el juez, estaría en los distintos modos de argumentación y fundamentación de sus actos.<sup>1727</sup> Como escribe Carrasco Perera, el uso y ejercicio de la autoridad que la Constitución otorga al juez constitucional sólo puede ser legítimo si la decisión sobre el caso que se le somete a examen puede ser reconocida como jurisdiccional y no como acto de libre configuración política.<sup>1728</sup> El juez debe remitirse necesariamente, si pretende dotar de legitimidad a sus decisiones, a un esquema argumental específico, acorde con la conciencia jurídica y distinto al que preside la política.<sup>1729</sup> En otras palabras, la diferencia funcional entre ambos operadores jurídicos, que se explica en términos de división del trabajo, radica en los distintos tipos de discursos que corresponden al legislador y al juez, a la distinta lógica argumentativa entre ambas tareas, ya que al primero le corresponde un discurso de fundamentación y al segundo un discurso de aplicación aunque ambos son discursos prácticos institucionalizados porque tratan de cuestiones práctico-normativas y sus resultados implican una pretensión de validez normativa.<sup>1730</sup> La toma de

<sup>1725</sup> Ésta también parece ser la posición de Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 82, p. 198.

<sup>1726</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2a. ed., trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 176; *id.*, *op. cit.*, nota 173, pp. 151 y 208. Muy parecida a estas consideraciones de Dworkin se desprenden también de las observaciones de C. Mezzanotte a juicio de Luciani, Massimo, *op. cit.*, nota 1434, p. 69.

<sup>1727</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 7, p. 289. También, Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1725, pp. 197 y 198.

<sup>1728</sup> Carrasco Perera, Ángel, *op. cit.*, nota 1692, p. 40.

<sup>1729</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1946.

<sup>1730</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, pp. 240 y 241. Como escribe Bouzat: “existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado”, en otras palabras, la forma en que aprueba las normas el legislador “se da en un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas”. Bouzat, Gabriel, *op. cit.*, nota 242, pp. 281 y 282. Hay otras posiciones que tratan de distinguir entre la función del legislador y la judicial. Para Kelsen, por ejemplo, ambas actividades son de creación del derecho y se distinguen porque el legislador no está tan limitado como el juez por

decisiones judiciales y su creatividad, por tanto, debe ser analizada desde la perspectiva de su racionalidad procedimental.

Como señala Aragón, la actividad de los jueces está sujeta a principios materiales predeterminados y a un modo de interpretar y razonar que no está a su libre disposición. La misma debe realizarse, para que sus decisiones no sean catalogadas de “políticas” (recuérdese que es en el contenido de su actividad decisional donde puede tener efecto la crítica de que la Corte hace política) y puedan alcanzar legitimidad, se evite la inseguridad jurídica y la violación al principio de unidad del derecho, mediante justificaciones racionales que incluyan ciertas premisas, reglas o criterios conocidos y de aceptación general.<sup>1731</sup> En palabras de Alexy, tiene que efectuarse mediante un procedimiento que excluya el voluntarismo y asegure la racionalidad de la aplicación del derecho orientado por el concepto de razón práctica con el objeto de crear certeza y previsibilidad jurídicas y llegar a una decisión responsable constitucionalmente correcta.<sup>1732</sup> “La decisión debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente

los contenidos de la ley, el legislador es más libre desde el punto de vista material en el acto de creación de derecho que el juez, por lo que, como él mismo dice, “la diferencia es de cantidad no de calidad”. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 128, p. 353. Para Cappelletti, que sigue de cerca a Kelsen, se puede distinguir entre la función legislativa y la jurisdiccional por el grado de creatividad de una y otra, es decir, la diferencia sería una “mera graduación *cuantitativa* del grado de creatividad”, que será más acentuada en la primera y menos amplia en la actividad judicial. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 287. Otro criterio parte de la distinción entre los conceptos de motivo y fin de los actos jurídicos que se realizan. Así, Carlos de Silva siguiendo a Jellinek, considera que cuando la actividad del Estado produce situaciones jurídicas generales y abstractas está realizando una función legislativa y cuando establece situaciones jurídicas particulares y concretas realiza una función jurisdiccional. Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, *cit.*, pp. 138 y 139. También se ha dicho que la diferencia radica en que el poder legislativo realiza actividades asociadas con la voluntad mientras que las actividades del poder judicial están asociadas con el juicio o en que el discurso político-moral que precede a la votación parlamentaria es *más amplio* que el discurso jurídico que precede a la votación en el seno de un tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de una ley. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, nota 93, pp. 96 y 97.

<sup>1731</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, notas 7 y 1693, pp. 289, y 1945 y 1947, respectivamente.

<sup>1732</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 144, pp. 173-177; Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, nota 1725, p. 177; Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 47, p. 35. Siguiendo a M. Kriele así lo sostiene también Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1942.

presentado y, también, racionalmente controlado”.<sup>1733</sup> La labor de interpretación realizada por el juez constitucional exige, por tanto, como escribe Hesse, hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable.<sup>1734</sup> El juicio de razonabilidad se presenta así como intermediario para la realización de la interpretación jurídica, como “la verdadera piedra angular” de la actividad del juez constitucional que evita que sus decisiones puedan convertirse en actos de configuración política. Más aún, es este método, el que permite que las decisiones del órgano jurisdiccional formen parte del orden jurídico al fungir como medio exclusivo de su legitimación y generar la confianza de la población.<sup>1735</sup> Por ello se ha dicho que “el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la elaboración racional del propio derecho”.<sup>1736</sup>

En virtud de todo lo dicho podemos asegurar que la justicia constitucional si bien es política por su materia debe ser estrictamente jurídica por sus métodos y criterios de fondo.<sup>1737</sup> De ningún modo el juez puede abandonar el método jurídico, estrictamente jurisdiccional, en su labor de enjuiciamiento. La forma en que ejerce su actividad no corresponde a un contrapoder político, sino a un “poder neutro”.<sup>1738</sup> La creación de

<sup>1733</sup> Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 62.

<sup>1734</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 47, p. 35.

<sup>1735</sup> Summers, Robert, “Sobre la interpretación legislativa ideal”, trad. de M. González Oropeza y H. Anderson, *Isonomía*, México, núm. 6, 1997, p. 107; Carrasco Perera, Ángel, *op. cit.*, nota 1692, p. 46; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1725, pp. 177 y 180; Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 23.

<sup>1736</sup> Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 121.

<sup>1737</sup> García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, nota 4, p. 180.

<sup>1738</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *cit.*, p. 42. **Este término lo utiliza expresivamente Balaguer Callejón**, Francisco, *op. cit.*, nota 347, p. 327. También García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 63, p. 30. Ermacora considera esta neutralidad derivada no de otra cosa sino de su posición con respecto a los otros poderes del Estado. En su polémica con Schmitt, Kelsen insitía en la neutralidad como una ventaja que tenía un Tribunal como defensor de la Constitución frente al jefe de Estado. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, pp. 54 y 55. También Portinaro, Pier P., *op. cit.*, nota 254; D’Orazio, Giustino, *op. cit.*, nota 1718, p. 65. En contra de una posible neutralidad, Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 166.

derecho por parte de los jueces se justifica, entonces, por ser producto de una actividad de aplicación del derecho, es decir, no es creación política de normas, ya que proviene de un órgano que para tomar sus decisiones sigue un procedimiento de razonamiento práctico justificatorio basado únicamente en las normas constitucionales.<sup>1739</sup> Así, si bien se reconoce la creatividad del juez constitucional, se fija como su límite ineludible el carácter jurisdiccional de su obra.<sup>1740</sup> El trasfondo de esta justificación no hay que olvidarla. Como señala Jiménez Campo, la afirmación de la libertad de ordenación de la comunidad por parte del legislador “no es sino otra manera de designar aquella negatividad (objetividad) que da su valor y legitimidad a la argumentación jurisdiccional y según la cual es ajeno al control de constitucionalidad el juicio puramente político”. A este ámbito de libertad de configuración del legislador debe renunciar el juez para que su razonamiento alcance objetividad.<sup>1741</sup> Es constatable que el principio democrático funge como fundamento teórico de la interpretación constitucional y como límite de la jurisdicción constitucional.<sup>1742</sup>

Con estas afirmaciones y las subsiguientes pretendemos mostrar que el alcance de la competencia de control de los jueces constitucionales tiene límites definidos, objetivos e inevitables. La falta de consignación en la Constitución de disposiciones que regulen específicamente la forma de interpretación de sus normas o la ausencia de concreta conexión de estas con alguna teoría específica de la interpretación, no es argumento válido para sostener la libertad del intérprete. No podemos aceptar, por tanto, la afirmación de Nino en el sentido de que no hay límites fijos en el control de constitucionalidad.<sup>1743</sup> Por ello, en adelante referiremos lo que para Alexy son las bases de la argumentación iusfundamental: el texto y la voluntad del legislador, los precedentes y la dogmática, como muestra de que la actividad del juez constitucional está sujeta a serias limitaciones que pretenden garantizar la objetividad y previsibilidad de sus decisiones y evitar que eleve su juicio político subjetivo a rango constitucional.<sup>1744</sup> Para de-

<sup>1739</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 1633, p. 111.

<sup>1740</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 704, p. 222.

<sup>1741</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 83, p. 179.

<sup>1742</sup> Hernández Valle, Rubén, “El principio democrático como límite de la jurisdicción constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 88, 1997, p. 222.

<sup>1743</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 1622, p. 88.

<sup>1744</sup> Herdegen, Matthias, “La jurisprudencia constitucional en el Derecho comparado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Colombia, 1995, p. 38.

cirlo con Pérez Luño, señalaremos los controles jurídicos de la actividad interpretativa partiendo de la idea que señala que “el alcance de la jurisdicción constitucional viene determinado sobre todo por su facultad de interpretación”.<sup>1745</sup> Otra vez pues, como se ha hecho desde la experiencia de la República de Weimar, la pregunta sobre los límites y vínculos de la jurisdicción constitucional que, como se recordará, el mismo Kelsen consideraba totalmente legítima y que hoy, como expresa Simon, es la cuestión más delicada de esta materia ya que una interpretación ilimitada puede conducir a una “total perversión del derecho y de sus propios presupuestos como derecho”.<sup>1746</sup>

### C. El texto constitucional

Antes que todo, el intérprete está sujeto y limitado por el texto constitucional y la voluntad del legislador,<sup>1747</sup> lo que significa que ambos son los principales instrumentos para controlar la decisión judicial.

Dado que la función e influencia del control judicial reside en la interpretación de una Constitución dotada de fuerza normativa con primacía sobre cualquier otro producto jurídico, hay que buscar los límites de sus poderes precisamente en el texto sobre el que opera.<sup>1748</sup> Lo primero que el juez debe tomar en cuenta, como señala Aragón, es que el parámetro de control al que se enfrenta es un conjunto normativo preexistente e indisponible, para él y para cualquier otro operador jurídico, motivo por el

<sup>1745</sup> Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota 99, p. 258; Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 855.

<sup>1746</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 89, p. 33; Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 847; Esser, Josef, *op. cit.*, nota p. 45. “Se empiece por donde se empiece, se sea más o menos partidario de la institución, siempre se acaba en los límites de la justicia constitucional”. Pérez Royo, Javier, “Tribunal constitucional y división de poderes”, *cit.*, p. 74. La cuestión de los límites decisivos de los jueces constitucionales ha sido, como señala Cossío Díaz, “en buena medida, la historia del derecho constitucional, de la teoría del derecho y de parte de la filosofía política europea y estadounidenses de los últimos cincuenta años”. Cossío Díaz, José Ramón, “División de poderes y tribunales constitucionales”, p. 66, y “Régimen democrático e interpretación constitucional en México”, p. 150, *cit.*, nota 1276. Es muy interesante recordar ahora el artículo 34 de la Ley de Amparo de 1882: “Las sentencias pronunciadas por los jueces, serán en todo caso fundadas en el texto constitucional de cuya aplicación se trate. Para su debida interpretación se atenderá al sentido que le hayan dado las ejecutorias de la Suprema Corte y las doctrinas de los autores”.

<sup>1747</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 533.

<sup>1748</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 850.

cual no puede sacrificar su juridicidad ni dejar de aplicar los casos concretos según la norma.<sup>1749</sup> La obvia consideración de que los contenidos de la Constitución están escritos y codificados en un documento hace que adquieran fuerza vinculante especial determinando los límites de la interpretación admisible.<sup>1750</sup> Es ineludible la adhesión estricta al texto constitucional. En él existen “zonas de certeza” que el intérprete no puede traspasar. En virtud de ello, la interpretación que realice únicamente será conforme a derecho si se produce dentro del marco de posibilidades delimitado por la norma fundamental. “Si las rebasa, deja de realizar interpretación constitucional para entrar en el terreno de la ilegitimidad constitucional”.<sup>1751</sup> Esta es una limitación derivada de la normatividad de la Constitución, la consideración de la misma como producto cuya autoría no le corresponde al juez y el principio de seguridad jurídica. Sin embargo, como escribe Alexy, si bien el hecho de que el texto exija o excluya una determinada interpretación es un argumento muy sólido en favor o en contra de la misma esto no quiere decir que siempre se imponga el argumento semántico sino sólo que posee una enorme fuerza que se despliega en dos sentidos: primero, es un argumento muy firme en favor o en contra de la interpretación que tome el juez y, segundo, vincula la fundamentación jurídica debido a que existe a su favor la carga de la argumentación, lo que en otras palabras quiere decir que si bien el argumento semántico es muy fuerte, ello no significa que se imponga siempre, sólo que para desplazarlo no basta con exponer que la solución contraria es mejor que la conforme al texto, sino que es necesario que las razones en favor de la solución contraria tengan un peso tal que, desde el punto de vista de la Constitución, justifiquen dicho apartamiento.<sup>1752</sup>

El juez en la realización de su tarea debe basarse en una teoría constitucional que tome en cuenta no sólo las reglas textuales de la Constitución, sino también las prácticas tenidas por firmes por esas normas, es decir, la totalidad del esquema constitucional.<sup>1753</sup> Asimismo, debe considerar que la norma fundamental tiene contenidos vinculantes, criterios orientadores, directrices, principios y valores integrados e ineludibles que determinan y conducen la interpretación. La fuerza normativa y obligatoriedad

<sup>1749</sup> Herdegen, Matthias, *op. cit.*, nota 1744, p. 42.

<sup>1750</sup> Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 47.

<sup>1751</sup> Balaguer Callejón, María L., *op. cit.*, nota 1480, p. 26.

<sup>1752</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 534.

<sup>1753</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 178.

de los mismos son respetados si el intérprete es consiente de sus significados en el momento de realizar cualquier actividad concretizadora. Es necesario, en consecuencia, que el intérprete realice su labor de aplicación “dentro del horizonte circunscrito por la norma superior”, ya que como está inmerso en un sistema debe necesariamente actuar dentro de sus coordenadas.<sup>1754</sup> Como escribe Pizzorusso, es inexcusable encuadrar o reconducir el entendimiento de todas las normas constitucionales a la configuración general de la forma de Estado y de gobierno vigente en el momento histórico concreto en que se realiza la interpretación para que se conserve y fortalezca la unidad del régimen político que la sociedad ha establecido en la norma fundamental.<sup>1755</sup> En suma, como afirma Dworkin, la actividad del juez constitucional se ve frenada por la existencia de paradigmas del derecho,<sup>1756</sup> por lo que debe estar en concordancia con los fines generales del ordenamiento constitucional o, como señala Hesse, la existencia de un texto limita las posibilidades de entendimiento diferente que se le pueden dar a sus normas, dando a la “concretización firmes puntos de referencia”.<sup>1757</sup> Esta es una exigencia que imponen los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica.<sup>1758</sup>

Una Constitución pluralista impone, como afirma Zagrebelsky, dos líneas de actuación al juez constitucional: primero, que sus decisiones no perjudiquen la libertad del proceso político y la más amplia participación de los individuos en el sistema y, segundo, que en sus pronunciamientos sobre los casos evite que sus estimaciones asuman valor supletorio sobre programas y tendencias políticas.<sup>1759</sup> Las ventajas que presenta la configuración abierta de las normas constitucionales no pueden ser puestas en peligro mediante una interpretación activista o petrificante.<sup>1760</sup>

La estructura de las normas constitucionales, la amplitud e indeterminación de su contenido, así como su carácter fragmentado, obligan al juez constitucional a actuar con prudencia si no quiere correr el peligro de que

<sup>1754</sup> Gil Cremades, Juan J., “La motivación de las decisiones judiciales”, *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, p. 429.

<sup>1755</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 1755, pp. 10, 11, 14 y 15. También Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, p. 133.

<sup>1756</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 1726, pp. 72 y 73.

<sup>1757</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 9, p. 21.

<sup>1758</sup> García Canales, Mariano, *op. cit.*, nota 463, pp. 302 y 303.

<sup>1759</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 173.

<sup>1760</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 857.

una prematura restricción del significado de una norma concreta pueda reducir su flexibilidad y modificabilidad, esto es, debilitar en el futuro de forma irremediable la fuerza normativa de la Constitución.<sup>1761</sup>

El juez no debe estrechar o eliminar la apertura de las normas constitucionales ya que atentaría contra su capacidad de evolución e intención de incluir a todos los sectores y expresiones sociales. Tampoco puede cerrar el paso a las diversas opciones políticas mediante la imposición de alguna de ellas, ya que no dirige la contienda política sólo la limita. Debe mantener, eso sí, intactas las posibilidades de competencia política y social, evitar cualquier posibilidad de discriminación y privilegios, “impedir que una fuerza, una mayoría, un movimiento de opinión llegue a imponer modelos político-culturales totalizantes, que excluyan a todos los demás”.<sup>1762</sup> Su función debe ser la tutela de la apertura de las normas constitucionales y con ella la salvaguarda del pluralismo político, propiciando que todas las expresiones políticas encuentren un espacio en la Constitución y un amplio margen para desarrollarla, manteniendo abiertos los cauces para el afianzamiento de su fuerza normativa y eliminando cualquier riesgo de injusta exclusión. Los cambios sociales penetran en la norma gracias a su naturaleza abierta. “Si el tribunal se deja comprometer con una única de entre varias alternativas y concreciones concebibles, la Constitución pierde su dinámica apertura y se arriesga a reducir el consenso constitucional bien pueden los seguidores de la alternativa rechazada preguntarse si un tal Constitución continúa siendo la suya”.<sup>1763</sup> Así, el juez tutela la neutralidad de la Constitución, entendida, como escribe Schneider, como no identificación con determinados objetivos y convicciones. De aquí se deduce que no hay incompatibilidad entre las funciones que realiza y el principio democrático. Por el contrario, aquél debe ser guardián de la efectividad de éste marcando el cauce a través del cual puede expresarse. Al proteger la apertura de la Constitución

<sup>1761</sup> Schneider, Hans Peter, “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, *cit.*, p. 59. De la misma forma refiriéndose a los derechos fundamentales se expresa García Torres, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, Madrid, núm. 10, 1988, p. 16.

<sup>1762</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 172.

<sup>1763</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 857. Canosa apunta al respecto que el Tribunal debe “mantener abierto el marco constitucionalmente fijado y garantizar margen suficiente a las mayorías sucesivas para que éstas desarrollen la Constitución según sus opciones programáticas”. Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 1514, p. 5.

colabora en la estabilidad y permanencia del texto, ya que su autoridad intergeneracional se ha confiado a la consagración de cláusulas abiertas. No cabe duda, en consecuencia, de que el principio del pluralismo es un límite ineludible para la actividad del juez constitucional y que si este principio es anulado por su actividad, estaríamos ante una violación de la norma fundamental.<sup>1764</sup>

Por otro lado, no puede olvidarse que no existe poder jurisdiccional, ni interpretación constitucional desvinculados de la resolución de casos o controversias concretas, ya que el conocimiento de las normas constitucionales y de los problemas generados en la realidad están “mutuamente entrelazados”. La interpretación judicial requiere tanto la interpretación del texto como la constatación y calificación del supuesto de hecho, pues existe una recíproca interrelación, “simultánea e indisoluble”, entre la constatación del hecho y la determinación de la norma aplicable en virtud de que la comprobación de ambos y su calificación jurídica, “no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y el reverso de una misma operación”.<sup>1765</sup> Esta característica determina y define las cualidades del proceso de enjuiciamiento y lo diferencia de la actividad propia del Poder Legislativo, cuya función es la emanación de normas generales aplicables para toda la sociedad. Como escribe Zagrebelsky, la interpretación tiene un “carácter bipolar” que impone que no sea “sólo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso”. Así, señala:

el intérprete procede del caso y regresa a él, en un procedimiento circular (el círculo interpretativo o hermenéutico) de reconducción bipolar... que encuentra su descanso en el momento en que se componen, de la manera más satisfactoria posible, las exigencias del caso y las del derecho, cuando el resultado interpretativo no causa violencia ni a uno ni al otro... entonces la interpretación podrá considerarse conseguida.<sup>1766</sup>

<sup>1764</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 422, p. 185.

<sup>1765</sup> Palabras de Recaséns Siches citadas por Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, *cit.*, p. 144. Como escribe Jiménez Campo: “la identificación del sentido de los enunciados normativos se ha de obtener en la interacción del problema o del caso con el programa que la regla incorpora, pues sólo así resulta reconocible, en toda su variable complejidad, el ámbito vital disciplinado por la norma, sus necesidades intrínsecas de ordenación y el modo en que la regla legal permite dar respuestas a tales exigencias”. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 78, p. 573.

<sup>1766</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, notas 1652 y 42, pp. 163 y 134, respectivamente.

El caso es el motor que impulsa y dirige al intérprete, el punto de partida de su actividad.<sup>1767</sup> Partiendo del caso se acude al derecho para, a través de su contenido preexistente y estructuralmente abierto, integrarlo y obtener de él una respuesta satisfactoria tanto al caso como al ordenamiento. Esta “operación bipolar” debe asegurar, al mismo tiempo, la pretensión de vigencia normativa del precepto constitucional, la vinculación de la actividad judicial al derecho positivo y el carácter práctico del derecho y de la interpretación.<sup>1768</sup> La decisión aparecerá como concretización y expresará la fuerza normativa de la regla y las posibilidades de regulación de la realidad. Esto no puede conducirnos a señalar que el “valor de las reglas jurídicas esté fuera de ellas”, por el contrario, la vinculación señalada es posible debido a las cualidades intrínsecas de la norma. Otra vez Zagrebelsky: “no se trata en absoluto de asignar a lo fáctico una prioridad sobre lo normativo, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro”. Constitución y realidad se encuentran, se confrontan, para complementarse y esta conjunción es la base para la resolución de las controversias. Una interpretación rígida e impermeable a las exigencias del caso, que resquebraje la esperanza común en la Constitución, es una interpretación hostil a la misma.<sup>1769</sup> De esta manera se garantiza el contenido vinculante de la norma fundamental y se otorga acceso a las diversas realidades que se encuentran inmersas en una sociedad plural como la actual. La consideración de una relación inseparable entre norma y realidad y la caracterización de la actividad del intérprete como una operación circular e intermedia entre ambas que evita la absoluta discrecionalidad en el proceso interpretativo no puede dejar de tomar en cuenta la situación histórica concreta y las exigencias actuales de la sociedad, apareciendo, indica Pérez Luño, como una actividad realizada dentro de una determinada “sede material” y atenta al “espectro de variación de los contextos”. En otras palabras, como escribe Gil Cremades,

<sup>1767</sup> Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, trad. M. Carbonell, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfabuara, 1998 p. 37.

<sup>1768</sup> *Ibidem*, pp.132 y 133. Así también, Sagués, Néstor P., *op. cit.*, nota 869, p. 30, que señala que la interpretación de las normas constitucionales debe ser una interpretación práctica, “destinada a la acción”, “una interpretación para la aplicación”. García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 1710, p. 22.

<sup>1769</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42 y 1652, pp. 122 y 174, respectivamente.

el acto jurisdiccional parte del caso pero procede dentro del horizonte circunscrito por la norma superior. Es decir, y a esta conclusión arriba-  
mos una vez más, al tiempo que se efectúa un giro hacia los problemas es  
imprescindible realizarlo desde el marco global de una teoría de la Con-  
stitución capaz de ser el soporte de objetividad y previsibilidad requerido  
en dicho proceso jurídico concretizador.<sup>1770</sup>

Otra forma, si bien limitada, en que se encuentra vinculado el juez y  
mediante la que se reducen los márgenes que tiene para realizar su acti-  
vidad ya que representa un obstáculo a su capacidad para crear derecho,  
es la voluntad expresada en la génesis del texto. Sin incurrir en el error  
de concebir la interpretación como una actividad historiográfica, como  
advertía Pierandrei, las intenciones e ideas de los creadores de la norma  
siempre deben ser tomadas en cuenta por el operador jurídico ya que estas  
no pueden dejar de tener un lugar en la interpretación de las normas. Es  
conocido que en casos concretos es ineludible la consideración de dichas  
intenciones máxime si se trata de materias que no han sido desarrolladas  
con principios firmes. Esta es consecuencia del principio democrático que  
reclama que las leyes se interpreten de acuerdo con la intención de quie-  
nes las formularon. Como hemos dicho antes, uno de los argumentos que  
justifican la existencia del control de constitucionalidad es la conserva-  
ción del pacto constitucional. Es decir, los órganos jurisdiccionales existen  
para asegurar el respeto de la voluntad constituyente y así asegurar la  
superioridad de la voluntad del pueblo sobre cualquier otro poder.<sup>1771</sup> Su  
función es hacer efectivas las normas que son expresión de las decisiones  
fundamentales tomadas por el pueblo por lo que la interpretación judicial  
no debe cambiar el derecho porque esto podría ir contra la certeza, esta-  
bilidad y predictibilidad del mismo.<sup>1772</sup> Estos órganos aparecen así como  
intermediarios entre el pueblo y el legislador siendo su función mante-  
ner a este último dentro de los límites que la propia Constitución, como  
creación de aquel, le señala. “En la medida en que el derecho deriva de  
la legislación deliberada, su interpretación debe reflejar las intenciones  
del legislador”.<sup>1773</sup> Esta exigencia implícita en el principio democrático

<sup>1770</sup> García Canales, Mariano, *op. cit.*, nota 463, p. 294.

<sup>1771</sup> Mahrenholz, Ernesto G., *op. cit.*, nota 93, p. 71. También puede verse desde el pun-  
to de vista de la teoría del derecho, Raz, Joseph, *La intención en la interpretación*, trad.  
de J. J. Moreso y P. E. Navarro, Doxa, pp. 208-210.

<sup>1772</sup> Wroblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 75.

<sup>1773</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 1771, pp. 208-210.

puede verse de dos formas: estática, que implicaría la exigencia de fidelidad incondicional a las intenciones del autor de la norma; y, dinámica, donde lo importante es la intencionalidad de la norma y no la voluntad de su autor. En el primer caso, el mandato normativo se petrifica en el momento de su dictado; en el segundo, el mandato es reactualizado a tenor de las materias en que se aplica, procurando que sea un instrumento útil para solucionar jurídicamente los casos que se presenten.<sup>1774</sup> A pesar de que esta segunda concepción es, a nuestro parecer, la adecuada, algo sin embargo, es indudable: las intenciones de los que elaboraron las normas vinculan a los jueces en el momento de enfrentarse con la Constitución e interpretarla. Pero no podemos ser tan ortodoxos por la exigencias que imponen las variadas circunstancias sociales, el cambio de sentido o significado de las normas, su recontextualización, la dificultad de hallar la propia intención en virtud del desconocimiento e imposibilidad de determinar un único motivo o propósito que anime a los autores, etcétera; en la realidad práctica la voluntad del constituyente siempre tiene “un peso específico relativo” por la necesaria consideración objetiva de las normas, por lo que si bien es una exigencia ineludible atender su significado genético, si no es dable seguirlo será necesario presentar razones que justifiquen dicha separación.<sup>1775</sup>

Hay otras exigencias y limitaciones que impone el texto pero que no podemos tratar aquí. Sólo para terminar éste apartado diremos que el juez debe realizar siempre una actividad adecuada en el momento de resolver los conflictos a los que se enfrenta; no puede agudizar los problemas o dejarlos inconclusos,<sup>1776</sup> ya que, como escribe Zagrebelsky, su función

<sup>1774</sup> Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, pp. 159 y 160.

<sup>1775</sup> Solazábal señala que el criterio histórico es de escasa consideración en la interpretación constitucional, sólo le atribuye “una función auxiliar o complementaria”. Dice que no se puede conferir verdadera *voluntas legislatoria* a una Asamblea por dos razones: 1) está formada por una reunión de individuos con “sus propios propósitos políticos, opiniones e intereses”; y, 2) “una vez producidas las normas estas se independizan de su autor y han de ser consideradas objetivamente como medios o instrumentos del sistema jurídico, como sus elementos ordenativos”. Solazabal Echeverría, Juan José, *op. cit.*, nota 852, pp. 79 y 80. El juez Brennan en 1986, en respuesta a ataques que había pronunciado el ministro de Justicia por la interpretación de la Constitución que realizaba el Tribunal Supremo dijo que la tesis sostenida de que para la interpretación de la Constitución es siempre determinante la voluntad de su creador no revela más que “arrogancia arropada de modestia.” No deja de ser pretencioso, dijo, intentar saber que respuesta darían los padres fundadores a los problemas actuales. Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, pp. 56 y 57.

<sup>1776</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, nota 869, p. 31, y nota 604, p. 25.

no es introducir nuevas dificultades en el sistema político sino allanar las existentes. “La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar”. Tampoco puede dejar de tomar en consideración las consecuencias de sus resoluciones en el ámbito social, político o económico, por lo que, como decía Holmes, es su deber ponderar cuidadosamente los efectos de sus decisiones. La consideración de estas consecuencias por parte del juez entra dentro del esquema de razonabilidad de sus funciones.<sup>1777</sup>

#### D. La dogmática

Los métodos de interpretación son otra muestra de las limitaciones que tiene el juez constitucional en el ejercicio de sus funciones. Todo lo escrito sobre ellos son intentos para influir, restringir y determinar su actividad. Como enseña Simon, los estudios sobre la materia configuran “uno de los puntos cardinales del esfuerzo de la doctrina por limitar la jurisprudencia constitucional”.<sup>1778</sup>

La actividad llevada a cabo por los expertos en derecho en una comunidad determinada, dirige la acción de los intérpretes ya que sus esquemas conceptuales, la labor de sistematización del derecho que efectúan y las doctrinas que elaboran y que son susceptibles de aceptación general les sirven de base para justificar sus decisiones.<sup>1779</sup> El juez debe fundamentar sus enunciados con métodos hermenéuticamente admisibles de pensamiento y abstenerse de realizar juicios de valor y decisiones no justificables.<sup>1780</sup> Claro está que no toda regla de uso de las palabras o propuesta empleada en la interpretación de una norma puede ser considerada un enunciado de la dogmática, sino sólo aquel establecido, aceptado y discutido en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente.<sup>1781</sup> Los jueces se sirven de los conocimientos que la dogmática suministra realizando esta un control de consistencia de sus decisiones.<sup>1782</sup> Por ello, el discurso jurídico exige su utilización cuando existen

<sup>1777</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 1710, p. 31.

<sup>1778</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 77, p. 855.

<sup>1779</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1946.

<sup>1780</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero Barcelona, Ariel, 1994, p. 226.

<sup>1781</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, pp. 247 y 248.

<sup>1782</sup> Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. de I. de Otto, Madrid, CEC, 1983, p. 34. Asumimos que en este ámbito existen dos fenómenos perfectamente

y son susceptibles de ser empleados.<sup>1783</sup> Esto hace posible una aplicación segura y calculable del derecho y evita que el juez tome una decisión irracional, arbitraria e improvisada. Dworkin ha escrito, en esta virtud, que no existe discreción judicial porque quien controla las decisiones y soluciones de los jueces es la dogmática jurídica. Por tanto, cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables las decisiones jurídicas, es decir, como señala Gimbernat, más inconexas y contradictorias serán las decisiones de los jueces.<sup>1784</sup> Esto aclara, en gran medida, la estrecha implicación que existe entre interpretación y dogmática jurídica.

Como escribe Calsamiglia, la dogmática jurídica para la elaboración de sus construcciones parte necesariamente de la aceptación de ciertas reglas indiscutibles que determinan el marco de su actividad. Dichos presupuestos son básicamente los siguientes: *a)* la sujeción a la ley, puesto que la dogmática acepta sin dudar, de forma acrítica, las normas y valores que proporciona el derecho positivo lo que supone “la abdicación valorativa de sus opiniones subjetivas”; *b)* la adecuación de la solución planteada al problema, ya que el jurista no resuelve sin considerar las consecuencias de sus planteamientos, y *c)* la racionalidad, que implica que la razón ocupa un lugar preponderante en la construcción de las teorías dogmáticas y que

diferenciables: la actividad del jurista como científico del derecho y la actividad del jurista como intérprete y aplicador del derecho. Así, Baratta, Alessandro, “La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho”, *Las fuentes del derecho*, Barcelona, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, 1983, p. 41.

<sup>1783</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1781, p. 261.

<sup>1784</sup> Gimbernat, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 158. Como con gran agudeza señala Aragón, la Constitución democrática no cumple sólo la función de limitar el poder del Estado sino también el de los juristas. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 12, p. 78. En este sentido resulta sumamente certera y a la vez preocupante la afirmación de Cossío en el sentido de que el trabajo dogmático de los juristas mexicanos más que una labor científica ha sido “la expresión de la ideología jurídica del régimen por el cual hemos estado gobernados”. Cossío, José R. y Raigosa Luis, *op. cit.*, nota 1439, p. 255. O cuando en otro trabajo señala Cossío que “nuestros órganos de justicia constitucional no han sido capaces de desarrollar sus propias reflexiones acerca del sentido de la Constitución o, si se quiere, de una teoría constitucional propia, pero tampoco han podido echar mano de las formuladas por doctrinarios o teóricos nacionales, sencillamente porque éstos no han podido producirlas”.

éstas se hallan expuestas a la crítica de la comunidad. Estas reglas constituyen, para la dogmática, límites al discurso jurídico que construyen.<sup>1785</sup>

Pero no basta con mencionar las reglas ineludibles de la actividad dogmática, es necesario, además, señalar cuales son las funciones que esta cumple. Siguiendo a Alexy, podemos decir que dichas funciones son: *a)* estabilización, en tanto que fijan soluciones a cuestiones prácticas; *b)* progreso, pues la discusión jurídica permite ofrecer comprobaciones y diferenciar enunciados; *c)* descarga, ya que permite adoptar en las fundamentaciones enunciados comprobados y aceptados; *d)* técnica, al presentar de forma simplificada y sistemáticamente unificada las normas jurídicas desarrollando una función de información, enseñanza y aprendizaje de la materia jurídica y de su capacidad de transmisión; *e)* control, en la medida que permite decidir no de manera aislada sino en relación con una serie de casos ya decididos, y *f)* heurística, en tanto que es punto de partida de nuevas observaciones, relaciones y conocimientos.<sup>1786</sup>

Una de las más importantes funciones de la dogmática, como se puede captar de la enumeración anterior, es proporcionar criterios para la resolución de casos difíciles. Con esta afirmación asumimos que no sólo tiene una función cognoscitiva, reconstructiva o descriptiva de categorías o principios dirigida al análisis de las informaciones provenientes del pasado, sino también un propósito práctico o prescriptivo, que se ocupa del futuro y sirve a la conformación de la sociedad,<sup>1787</sup> es decir, la dogmática tiene una función híbrida, en el sentido de que no sólo proporciona conocimientos también otorga criterios al intérprete para resolver problemas. Para decirlo en términos de Alexy, la dogmática tiene una función práctico normativa que presupone las dimensiones empírico-descriptiva y analítico-lógica.<sup>1788</sup> Su empeño es proporcionar criterios racionales o enunciados jurídicos que sirvan a las decisiones que resuelven cuestiones jurídicas<sup>1789</sup> o casos dudosos para lo cual analiza, sistematiza y aplica conceptos jurídicos creando una “red conceptual”, criterios ordenadores o modelos de regulación que, como “contextos de solución”, debe

<sup>1785</sup> Calsamiglia, Albert, *op. cit.*, nota 1112, pp. 93-119; *id.*, “Jurisprudencia y racionalidad”, *cit.*, pp. 389 y 390.

<sup>1786</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1781, pp. 255-260.

<sup>1787</sup> Calsamiglia, Albert, *op. cit.*, nota 1112, p. 139.

<sup>1788</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1781, pp. 241 y 242, y nota 415, pp. 29-34.

<sup>1789</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 1780, p. 226.

considerar el juez. Como señala Esser: “la teorización y la construcción dogmáticas son el emporio donde las ideas generales de justicia son ofertadas en formulaciones conceptuales de contenido dogmático eficaz”.<sup>1790</sup> Estas construcciones son la muestra de variadas opiniones que participan en la vida social mismas que amplían la perspectiva dentro de la que se adoptan las decisiones, dotando de contenido, actualizando los textos jurídicos, permitiendo una interpretación del derecho abierta a las condiciones cambiantes del contexto social, en suma, como escribe Galindo, “por medio de la dogmática se actúa judicialmente en forma democrática al posibilitar, moderando los personalismos participar de la pluralidad de opiniones presentes en la sociedad y exteriorizados en el proceso a partir del conflicto a resolver”.<sup>1791</sup> La dogmática aparece así como un filtro o poder de mediación entre creación y aplicación del derecho, por lo que se puede decir que tiene “una función inmanente al sistema jurídico”.<sup>1792</sup> Por ello debe ser tenida necesariamente en cuenta como un elemento para justificar decisiones.<sup>1793</sup>

Como escribe Kriele, las construcciones jurídicas desarrolladas por vía dogmática se traducen en derecho positivo en la medida en que la jurisprudencia las apropia. Recuérdese al respecto que es precisamente la asignación de sentido o significado a las normas el núcleo de la actividad del juez constitucional. El resultado de esta operación interpretativa depende, como hemos dicho antes, de la comprensión previa que le sirve de base, pero también del método que se elija. Los métodos de interpretación son medios para llegar a resultados correctos, expedientes argumentativos para mostrar que las reglas extraídas son posibles y justificables en un ordenamiento determinado.<sup>1794</sup> Esto significa que el problema de la interpretación es distinto al de la elección del método interpretativo. Este último es un instrumento para alcanzar un fin mientras que aquella se sirve o manifiesta en ellos.<sup>1795</sup> Las decisiones preceden, por tanto, a la argumentación proporcionada por los métodos. Por otro lado, es preciso señalar que no existe una “metodología unívoca” ni jerárquica, como ex-

<sup>1790</sup> Esser, Josef, “La interpretación”, trad. de M. Rodríguez Molinero, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. III, 1986, p. 58.

<sup>1791</sup> Galindo, Fernando, *op. cit.*, nota 1114, p. 166.

<sup>1792</sup> Luhmann, Niklas, “Sistema jurídico y dogmática jurídica”, *cit.*, p. 20.

<sup>1793</sup> Calsamiglia, Albert, “Jurisprudencia y racionalidad”, *cit.*, p. 399.

<sup>1794</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, p. 134.

<sup>1795</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 168.

plica Esser, rectora de la labor judicial. Ningún criterio puede “estimarse a priori de aplicación preferente respecto de los demás”.<sup>1796</sup> Todos han de ser combinados, por lo que ninguno debe ser absolutizado ni desplazado. Su “intercambiabilidad” es necesaria para “la integración práctica de la diversidad de componentes teóricos”,<sup>1797</sup> ya que todos, como observa Zagrebelsky, remiten a cierta concepción ontológica del derecho. El pluralismo metodológico<sup>1798</sup> es aceptado en la ciencia jurídica como hecho normal y deseable para obtener resultados favorables en la interpretación.

Böckenförde distingue cuatro métodos jurídicos que entresaca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: el clásico u objetivo, el tópico orientado al problema, el dirigido a las ciencias de la realidad y el hermenéutico concretizador.<sup>1799</sup> Como se sabe, a esta enumeración, Coing y Häberle han incluido el de la comparación, que implica la apertura de contenidos bajo la visión de su extrapolabilidad con el fin de construir un Estado constitucional cooperativo.<sup>1800</sup> La mayoría de los jueces hacen uso parcial, alternativo y complementario de varios métodos aunque no lo refieran explícitamente.<sup>1801</sup> Y esto es lógico ya que si ellos representan distintas interpretaciones “a mayor número de métodos, un mayor número de posibilidades de significación”.<sup>1802</sup> La variedad permite resolver las insuficiencias que tuviera cada uno de ellos<sup>1803</sup> y considerar adecuadamente el tipo de problemas representados por cada caso particular. Quien aplica el derecho puede leer, como dice Esser, la exactitud de su modelo de solución en un sistema dogmático de regula-

<sup>1796</sup> Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, p. 146.

<sup>1797</sup> Häberle, P., *op. cit.*, nota 825, pp. 273 y 274.

<sup>1798</sup> Esser, Josef, *op. cit.*, nota 1790, pp. 53-57.

<sup>1799</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional...”, *cit.*, p. 37.

<sup>1800</sup> Favoreau, Louis, *op. cit.*, nota 378, p. 43; Häberle, P., *op. cit.*, nota 825, pp. 272 y 273, y nota 865, p. 151.

<sup>1801</sup> La Suprema Corte de Justicia mexicana ha reconocido expresamente, en el Informe de la SCJN 1987, tercera parte, Tribunales Colegiados, p. 119. A. R. 1487/87 que “cuando se plantea un conflicto sobre la significación que debe asignarse a un término o palabra empleada de alguna disposición legal, de la que no exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el mismo legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos”. *Cit.* por González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, nota 126, p. 252.

<sup>1802</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Alfaguara, 1998, p. 118.

<sup>1803</sup> Balaguer Callejón, María L., *op. cit.*, nota 1480, p. 46.

ción y en su contexto de valoraciones de problemas, así puede llegar a una comprensión objetiva de la norma.<sup>1804</sup> La pluralidad de métodos, la gran “oferta metodológica” actual es consecuencia de las características especiales que posee la Constitución, indica su comprensión como norma abierta orientada a diversos fines y a variadas experiencias histórico sociales<sup>1805</sup> y nos muestra que no es posible una sola teoría para describir la realidad. Obsérvese, en este sentido, cuan lejos estamos de la concepción del Estado liberal de derecho que exigía la utilización de determinados y específicos criterios metodológicos.

Pero no podemos ocultar que los mismos métodos sufren indeterminaciones y que, además, dadas sus propias lagunas suponen una elección valorativa por parte de quien aplica el derecho lo que provoca que la decisión judicial pueda seguir siendo observada como “fuente de incertidumbre”.<sup>1806</sup> En otras palabras, sigue siendo indeterminada “la cuestión de la decisoriedad racional”, es decir, las razones o motivos por las que el intérprete escoge o elige un método particular para el tratamiento de los casos. Esta situación con contundencia inigualable la describe Kriele: el dogmático puede sólo proponer es el juez el que decide. Asimismo, en la medida en que la dogmática se desarrolla el abanico de soluciones se amplía.<sup>1807</sup> Y, como escribe Häberle, la combinación de métodos de interpretación es abierta pero no discrecional o ilimitada.<sup>1808</sup> Volvemos así, irremediabilmente, al punto inicial en el que debemos insistir: la elección del método está en relación con la concepción del derecho y el concepto de Constitución que sirva de base a la actividad del juez, sólo de esta manera se cubren los vacíos que pudieran ocasionar el uso discrecional de las operaciones interpretativas.<sup>1809</sup>

### E. *Los precedentes*

Otro límite que se halla en el punto de partida del discurso jurídico y que disciplina la actividad del juez constitucional, es el principio que

<sup>1804</sup> Esser, Josef, *op. cit.*, nota 1790, p. 58.

<sup>1805</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 168.

<sup>1806</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 150, p. 40; Esser, Josef, *op. cit.*, nota 1790, p. 56.

<sup>1807</sup> Calsamiglia, Albert, *op. cit.*, nota 1112, p. 140.

<sup>1808</sup> Häberle, Pedro, *op. cit.*, nota 1036, p. 73.

<sup>1809</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 42, pp. 134-135; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, *cit.*, p. 37.

establece que sus decisiones no pueden ignorar “las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo”.<sup>1810</sup> Esta es una de las influencias institucionales más importantes a las que está sometida la argumentación de los jueces y su objetivo principal es, precisamente, reducir la libertad y eliminar la discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones evitando que resuelvan los casos conforme al voluntarismo de las circunstancias concretas y en desacuerdo con principios razonables derivados de la voluntad de aplicar la misma jurisprudencia a casos semejantes.<sup>1811</sup> Los precedentes son, indica Calvo García, una salida a la interdicción del arbitrio subyacente en la actividad interpretativa. Su fuerza normativa se expresa como vínculo que induce y obliga al juez a aplicar a un caso nuevo el mismo principio jurídico que fue objeto de aplicación en casos anteriores. El juez debe necesariamente respetar la orientación impuesta por los precedentes fallos interpretativos de los tribunales, ya que sólo así puede presentar su decisión como justa “esto es, como aportada por un criterio que no sea la pura subjetividad del juez ni la pura peculiaridad del caso”.<sup>1812</sup> De esta forma, las soluciones presentes se ajustan a las decisiones institucionalizadas del pasado y ejercen “una fuerza gravitacional sobre las decisiones posteriores”.<sup>1813</sup> Como escribe Larenz, las decisiones judiciales del pasado funcionan a modo de prototipo o paradigma; influyen, determinan y fundamentan las decisiones presentes y constituyen una razón importante para decidir casos futuros que sean semejantes. La sujeción a los precedentes implica, asimismo, la vinculación de los órganos judiciales a figuras jurídicas ampliamente experimentadas, discutidas profundamente, demostradas y consideradas válidas representando una forma de descargarse de influencias ideológicas y críticas posteriores y, por tanto, señal de sometimiento al principio de responsabilidad.<sup>1814</sup>

<sup>1810</sup> Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, trad. de M. Carbonell, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., nota 126, p. 32.

<sup>1811</sup> Schwarz, Carl E., “El papel del precedente como factor institucional en la toma de decisión judicial: los Estados Unidos y México”, en Smith, James F. (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, 1990, p. 534; Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 422, p. 182.

<sup>1812</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1946.

<sup>1813</sup> Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 184.

<sup>1814</sup> *Ibidem*, pp. 153-156, 182 y ss.

Funcionan, además, como elemento que sirve para distinguir la actividad judicial de la legislativa, ya que, como señala Dworkin, a diferencia del legislador, cuando decide sobre un determinado problema no necesita demostrar que su voto es coherente con el de sus colegas legisladores o con el de miembros de legislaturas pasadas, el juez siempre debe tratar de relacionar la justificación que ofrece de una decisión judicial con las decisiones que antes han tomado otros jueces o funcionarios.<sup>1815</sup> Pero la vinculación de los jueces a los precedentes no es idéntica a la que tienen respecto a las leyes, pues, como veremos más adelante, frente a estas últimas aquellos están siempre e indudablemente vinculados mientras que en relación a los precedentes no están sometidos de forma indubitable o “ciega” ya que su fuerza vinculante se expresa en la máxima de decisión y sólo cuando se trata de una interpretación acertada, que complementa normas o concretiza algún principio jurídico de modo paradigmático.<sup>1816</sup>

El juez justificará siempre una resolución original con las decisiones o argumentos de principio tomadas anteriormente por otros jueces. Estas decisiones, al reflejar las disposiciones adoptadas en el pasado, aparecen no como determinaciones aisladas o incoherentes, sino como una cadena de criterios continuados o mandatos reafirmados a través del tiempo, que afirman la intención de establecer una justicia uniforme dentro del Estado. La salvaguarda de la continuidad de los criterios de decisión es una exigencia del carácter jurisdiccional del órgano de control.<sup>1817</sup> Si un juez puede aducir un precedente para tomar una determinación debe, indudablemente, hacerlo. Si no actuara de esta forma pondría en peligro la idea misma de jurisdicción ya que, como dice Rubio comentado el sistema norteamericano de control judicial, apartarse de los precedentes “es, lisa y llanamente, apartarse del derecho vigente.<sup>1818</sup> Por otro lado, los precedentes también ayudan a reducir la complejidad, cumplen una “función pacificadora”, como reflejo del principio de seguridad jurídica, que se expresa en el efecto vinculante del contenido de las sentencias e imponen que las resoluciones judiciales operen, de forma mediata y a través de su

<sup>1815</sup> *Ibidem*, p. 185; Favoreau, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *cit.*, p. 102.

<sup>1816</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, *cit.*, nota 1780, pp. 430-432.

<sup>1817</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 174.

<sup>1818</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *cit.*, nota 291, p. 501. De la misma forma, Garro, Alejandro M., *cit.*, p. 520.

fundamentación, más allá de un caso específico.<sup>1819</sup> Aseguran, en suma, la justicia, la certeza del derecho, la seguridad jurídica, la previsibilidad de las decisiones y evitan los cambios frecuentes y repentinos de orientaciones judiciales. Se muestran así, al decir de Pizzorusso, como fuente cultural producida por la actividad de un grupo de sujetos que pertenecen a la categoría de juristas portadores de cierto tipo de valores.<sup>1820</sup>

Los precedentes representan también el propósito de hacer realidad, dentro del ordenamiento, el principio de igualdad al asegurar similar tratamiento normativo a todos aquellos supuestos que reúnan condiciones fácticas semejantes.<sup>1821</sup> Como señala Dworkin, su fuerza gravitacional apela a una doctrina o argumento sobre la equidad porque se basan en la aceptación del principio de universalidad que rige el razonamiento práctico justificatorio. Imponen, por ello, entre otras, dos exigencias básicas. Primero, tratar de igual manera las cosas o situaciones iguales para garantizar la corrección, rectitud y justicia de las decisiones judiciales cuando se enfrenten a una pluralidad de soluciones viables,<sup>1822</sup> y, segundo, evitar que el órgano jurisdiccional modifique “arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”. Los precedentes implican la toma en consideración de los principios establecidos previamente en otras decisiones e impiden, o tratan de impedir, los cambios arbitrarios, actuando como control de la actuación judicial irrazonable. El juez debe mantenerse fiel a su propio precedente, no puede modificar infundadamente su línea jurisprudencial en casos que sean sustancialmente idénticos ni tiene la posibilidad de discrepar injustificadamente con otras resoluciones pasadas, así se trata de erradicar el voluntarismo y la arbitrariedad. Se conforma así un sistema que implica un control de racionalidad sobre las actuaciones del órgano jurisdiccional ejercido sobre las resoluciones emanadas del mismo (esto se entiende si pensamos en lo que se ha llamado el sistema de eficacia horizontal del precedente). Gascón resume todo lo anterior con gran exactitud: la técnica del precedente, dice, es un instrumento de interdicción de la arbitra-

<sup>1819</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 124, p. 172; Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 1780, p. 429.

<sup>1820</sup> Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, nota 84, p. 409.

<sup>1821</sup> Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 56.

<sup>1822</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1781, p. 262; Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 1821, pp. 212-214. También Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 82, p. 188.

riedad, de control de la racionalidad de la actuación judicial, esto es, de aquellos comportamientos que, sin violar propiamente la Constitución ni el derecho ordinario que admite soluciones plurales, lesiona, en cambio, una regla fundamental de la argumentación racional, la regla de la universalidad que establece “compromisos con el futuro”.<sup>1823</sup>

La afirmación de los precedentes no está en contradicción con la posibilidad de modificarlos. Como escribe Larenz, esta regla “no es ni debe ser un mecanismo automático de acatamiento” que el juez deba aceptar “ciegamente” o implique que éste se abandone a ellos sin reparo. Casos concretos pueden obligar a revisar los criterios de justicia que los sostienen y fundamentan. Por ello, hay que reconocer la variabilidad y no rigidez absoluta del sistema de precedentes para propiciar, entre otros efectos, confianza en la justicia.<sup>1824</sup> Esta es una exigencia que de ninguna manera comporta su falta de valor, sólo demuestra que son “opiniones normalmente definitivas”. Las razones de su modificación pueden ser variadas, entre otras podemos señalar las siguientes: adaptar la Constitución a nuevas circunstancias fácticas y normativas y con ello evitar la petrificación del ordenamiento<sup>1825</sup> y la exclusión de nuevas demandas sociales; otorgar valor a nuevas situaciones específicas; consolidar la unidad, uniformidad y homogeneidad de la interpretación y aplicación de la norma fundamental; corregir la generalidad de su consignación y subsanar errores, ya que puede suceder que algunos precedentes contengan una interpretación incorrecta o un desarrollo jurídico insuficientemente fundamentado.<sup>1826</sup>

Pero si bien es verdad, como dice Alexy, que toda decisión plantea una pretensión de corrección, apartarse de un precedente implica asumir la carga de la argumentación, por lo que sólo puede ser cambiado si pueden aducirse razones suficientes para ello. Está excluido, en consecuencia, todo cambio de criterio irracional, arbitrario u ocasional. La variación debe efectuarse, para evitar la arbitrariedad e inseguridad jurídica, de for-

<sup>1823</sup> Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 1821, p. 225; Aguiló Regla, Josef, *op. cit.*, nota 1736, pp. 109-111.

<sup>1824</sup> Esser, Josef, *op. cit.*, nota 1790, p. 47.

<sup>1825</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 82, p. 189.

<sup>1826</sup> Como escribe Iturralde Sesma, los tribunales deben someterse a las lecciones de la experiencia y a la fuerza de los mejores razonamientos, reconociendo que el proceso de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial. Citado por Dorado Porrás, Javier, *op. cit.*, nota 119, p. 72.

ma suficientemente motivada, con carácter general, mediante expresa referencia al criterio anterior y con la mención de las razones que justifican dicho apartamiento y la estructuración de la nueva respuesta al problema planteado.<sup>1827</sup> La exigencia de motivación incluye la justificación del cambio de criterio de forma general, no individualizada, reconociéndola como solución universal y conscientemente diferenciada de la que se venía manteniendo. “En otras palabras, la aceptación de la decisión no nace sólo de su buena fundamentación, sino principalmente de la seguridad jurídica que proporciona en la medida en que el Tribunal esté dispuesto a mantenerla en el futuro”. La decisión de cambio implica la resolución del problema con “vocación de universalidad”<sup>1828</sup> y no como respuesta individualizada a un supuesto específico ya que su relevancia rebasará el caso concreto. En esto radica, fundamentalmente, el carácter genérico del cambio que se produzca. El precedente exige estabilidad y cambio racional por dos razones: primero, porque quien se separa de la norma no sólo asume una posición de aplicador del derecho sino de partícipe en su creación<sup>1829</sup> y, segundo, porque el objetivo del juez debe ser, en virtud de exigencias propias del ordenamiento, conseguir una “continuidad jurisprudencial críticamente evaluada” que se deje influir por las nuevas categorizaciones de sentido y valor de los casos y por las críticas externas.<sup>1830</sup>

Siguiendo a Martín Kriele, podemos sostener que existe, como regla no escrita de la práctica y metodología jurídica<sup>1831</sup> una “presunción a favor del precedente” que determina la labor de los jueces. La interpretación jurídica debe partir de los precedentes, que son punto de reflexión práctico jurídico, y si se decide separarse de ellos esto sólo puede realizarse, como hemos dicho, si existen buenas razones y suficiente motivación. Esta adecuada fundamentación, que debe poseer fuerza de convencimiento, provoca confianza en la nueva decisión que deviene punto

<sup>1827</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1781, p. 263.

<sup>1828</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 82, pp. 189, 194 y 195.

<sup>1829</sup> Kriele, Martín, “Il precedente nell’ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano”, *cit.*, p. 520.

<sup>1830</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, pp. 174 y 175.

<sup>1831</sup> Al respecto, Fix Zamudio señala que aun cuando no exista una disposición legal ni impere la autoridad del precedente, “de cualquier manera el conjunto de disposiciones individuales sobre casos similares van estableciendo una serie de principios complementarios de los más generales determinados por el legislador, formando lo que se ha denominado “jurisprudencia constante” y que sirve de orientación fundamental para la resolución de casos similares...”, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1356, p. 12.

de partida de una nueva cadena de precedentes. Pero si no existen argumentos convincentes contrarios al precedente debemos adherirnos a su contenido; en otras palabras, en caso de duda se debe decidir a favor del precedente vigente. Este principio de “presunción a favor del precedente” tiene un significado muy importante para el derecho ya que prueba que los juristas se deben dejar orientar por máximas generales, muestra el nivel de institucionalización jurídica de la dogmática, indica el grado de la cultura jurídica existente en determinado contexto porque de ellos depende la creación de adecuados institutos jurídicos y, sobre todo, constituye un vínculo ético del juez a su capacidad de generalización.<sup>1832</sup>

Todo lo anterior nos lleva a sostener que el texto constitucional, la dogmática jurídica y los precedentes forman un “valladar” que, junto a una teoría constitucional basada en la propia norma fundamental, conduce y limita la labor del juez de la Constitución.<sup>1833</sup> En otras palabras, estos elementos, imprescindibles en la actividad del órgano jurisdiccional, demuestran que su actividad se desenvuelve en condiciones y límites muy rigurosos que tratan de eliminar cualquier posibilidad de decisionismo, reducen la inseguridad y restringen el riesgo de la existencia de “huecos de racionalidad”.<sup>1834</sup> Aunque el Tribunal es competente para fijar el contenido de la Constitución con eficacia vinculante, sus decisiones están sujetas a “un círculo de restricciones” que excluyen las basadas únicamente en su propia subjetividad. Estas, como dice Rubio, deben estar fundadas en derecho, ser consecuencia necesaria de razonamientos que partan de normas, desarrollarse mediante pautas preestablecidas y empleando categorías construidas sobre los datos que el propio ordenamiento ofrece. Nada más alejado de pensar que sus decisiones son “actos creativos de opción constituyente”. Los jueces no representan el órgano que detenta el poder en el Estado ni son dueños de la Constitución, ésta no es lo que ellos determinan ya que no está enteramente disponible a su aplicación, su actividad está sujeta a ineludibles límites teóricos, normativos y argumentativos<sup>1835</sup> que necesariamente deben considerar, para

<sup>1832</sup> Kriele, Martín, “Il precedente nell’ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano”, pp. 517 y 519-521. Esta tesis es considerada superflua y peligrosa por Larenz, Karl, *op. cit.*, nota 1780, p. 431.

<sup>1833</sup> De la misma forma Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota 830, p. 262; García Canales, Mariano, *op. cit.*, nota 463, p. 306.

<sup>1834</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1507, p. 84; Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 334.

<sup>1835</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 408, p. 35; Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 173, p. 154.

evitar dificultades, como dice Zagrebelsky, al sistema constitucional en su conjunto.

Esta forma restringida de actuar, como explica De Otto, que corresponde a los órganos de carácter jurisdiccional, no sólo permite diferenciarla de la actividad realizada por el legislador, sino que otorga legitimidad a su propia existencia<sup>1836</sup> al demostrar que sus decisiones no resultan del capricho, idiosincrasia o predilecciones subjetivas sino de una operación racional, “de un esfuerzo por parte de los mismos por permanecer fieles al sentido de la justicia y la equidad de la comunidad”.<sup>1837</sup> Se puede decir entonces, que la racionalidad en la argumentación que realizan los jueces en su labor interpretativa constituye el fundamento de su legitimación democrática y es la forma en que generan confianza en la realización de sus funciones. Como escribe De la Quadra: “es en la coherencia de sus sentencias, en la motivación de las mismas, en la utilización de un método jurídico unida a la existencia de una especial sensibilidad política en la elaboración de sus decisiones donde encuentra el Tribunal Constitucional su legitimidad”<sup>1838</sup>. Esta es la razón por la que sus decisiones llegan a prevalecer sobre las del legislador y la única forma de evitar, al mismo tiempo, que la Constitución pierda su sentido garantista ante el peligro de que los jueces impongan sus pareceres personales, juicios de valor o predilecciones como contenido de las normas y se corra el riesgo de caer en un gobierno de los hombres y no de las leyes. Como afirma Ollero, los jueces no son ciudadanos privilegiados que pueden convertir en ley sus opiniones personales. Cuando el juez no motiva ni argumenta de modo exhaustivo y persuasivo sus pronunciamientos estos aparecerán como pretensiones de poder impropias, decisiones de un árbitro que crea no sólo inseguridad jurídica, sino desconcierto sobre los fundamentos de la democracia.<sup>1839</sup> En otras palabras, cuando se impone la creencia de que los jueces han leído en la Constitución lo que no hay en ella, su sentencia pierde fuerza de convicción objetiva y aparece políticamente motivada,<sup>1840</sup> con lo que estará “cediendo parte de su propia legitima-

<sup>1836</sup> Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 1693, p. 1939.

<sup>1837</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 562, p. 625.

<sup>1838</sup> Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, pp. 31 y 35.

<sup>1839</sup> Rusconi, Gian Enrico, *op. cit.*, nota 1668, p. 280.

<sup>1840</sup> Schneider, Hans Peter, “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, *cit.*, p. 59.

ción”, violando el principio democrático y, por tanto, usurpando el poder constituyente.<sup>1841</sup>

Y esto es así porque la fundamentación de las decisiones, como exigencia de transparencia y credibilidad de la actuación judicial, permite el control y autocontrol de las mismas.<sup>1842</sup> Si inevitablemente los jueces crean derecho y en el proceso de adopción de decisiones están presentes factores no exclusivamente jurídicos que condicionan la elección del método y orientan la búsqueda de significados y del sentido de los hechos, entonces la sociedad tiene el derecho de exigirles responsabilidad. La naturaleza abierta de la Constitución exige el control de las decisiones judiciales, factor decisivo para el problema de su legitimidad.<sup>1843</sup> Esto no debe confundirse, como escribe Aarnio, con la independencia de los tribunales, pues este principio, que garantiza su autonomía respecto a otros centros de poder, no significa que permanezcan fuera del control democrático. Los tribunales son elementos de la sociedad y existen dentro de un orden democrático, y por ello, “también tienen que estar abiertos al control por medios democráticos”. El único medio de efectuar ese control es obligarlos a argumentar sus decisiones. No existe una “autoritaria eliminación de la duda”. De ello deriva la importancia que tiene la crítica externa, representada en la opinión pública y la ciencia jurídica, y la crítica interna emanada del mismo tribunal, principalmente a través de la figura del voto particular.<sup>1844</sup> El deber de razonar adecuadamente las resoluciones es ineludible ya que permite que toda la comunidad pueda percatarse de las mismas. Como escribe Fuller, se “obliga al decisor a razonar el acto para que pueda ser abiertamente contrastado por todos”<sup>1845</sup> y así se potencien las posibilidades de crítica por parte de la opinión pública. Las resoluciones contienen, como dice Müller, “una racionalidad verificable y discutible”. La justicia está obligada, escribe Habermas, para poder satisfacer su propia legitimación a dar justificaciones ante un foro amplio de críticos. La crítica de las sentencias “es un medio de participación en la adopción de las mismas, que contribuye a hacerlas

<sup>1841</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 408, p. 36; García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *cit.*, p. 201.

<sup>1842</sup> Aarnio, Aulis, “Democracia y discurso racional”, *cit.*, p. 79.

<sup>1843</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 247, pp. 85, 86 y 94.

<sup>1844</sup> Bachof, O., *op. cit.*, nota 85, p. 850; Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, p. 295.

<sup>1845</sup> Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 101, p.174.

progresivamente más aceptables, más merecedoras de reconocimiento, o por lo menos más contrastadas y fundamentadas”.<sup>1846</sup> Para hacer esto posible debe abrirse el Tribunal ya que la justicia constitucional es asunto de todos los ciudadanos.<sup>1847</sup> Como señala Prieto Sanchís: “las argumentaciones y decisiones de los jueces se hallan tan sometidas al debate como las opciones legislativas” y “en ese debate todos tenemos derecho a participar, pues ninguna propuesta o concepción política o moral está excluida por principio”.<sup>1848</sup>

#### F. *El órgano jurisdiccional frente a la sociedad*

Todo lo anterior aunado a la presunción de validez de las leyes y a la apertura material de las normas constitucionales nos lleva a asegurar que cuando la Constitución regula determinados ámbitos de vida mediante normas indeterminadas, traslada, no al juez constitucional, sino a los ciudadanos y a aquellos grupos y comunidades con organización social autónoma, la competencia o prerrogativa interpretativa propiciando y garantizando la autonormatividad de esos ámbitos y la participación de aquellos en la definición de sus contenidos.<sup>1849</sup> El juez que interpreta la Constitución, necesariamente debe tomar en cuenta el contexto funcional en que opera el derecho que aplica, no puede ejercer su actividad “sin recurrir a las concepciones sociales y políticas de la comunidad”<sup>1850</sup> porque su actividad forma parte del proceso político en el que todos los ciudadanos del Estado deben participar y están interesados.<sup>1851</sup> El entendimiento de los preceptos constitucionales que tengan todos y cada uno de los ciudadanos determina la vivencia real de la norma básica y explica, como señala Alonso, la actualización de la misma al conformar una cultura que no puede ser ajena para los intérpretes por el mero hecho de que son criaturas de esa sociedad.<sup>1852</sup> En consecuencia, no sólo es significativa la relación que el juez tenga con el legislador, también es importante la

<sup>1846</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 247, p. 99.

<sup>1847</sup> Aarnio, Aulis, “Democracia y discurso racional”, *cit.*, p. 69.

<sup>1848</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 82, p. 198.

<sup>1849</sup> Schneider, Juan P., “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, *cit.*, pp. 61 y 62.

<sup>1850</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 100, p. 250.

<sup>1851</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 89, p. 189.

<sup>1852</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 124, p. 3.

que tiene con la sociedad.<sup>1853</sup> Simon, siguiendo esta concepción establece una regla fundamental de la jurisdicción constitucional: en caso de duda el Tribunal siempre debe renunciar a interpretaciones rígidamente elaboradas y confiar a la autorregulación temas controvertidos del proceso político.

Peter Häberle, partiendo de una concepción de la Constitución como norma abierta que establece las bases de la estructura del Estado y presuponiendo la existencia de una comunidad fundada en la participación de sujetos activos que contribuyen a su autoentendimiento, ha desarrollado una tesis que contempla la interpretación constitucional desde la perspectiva de una “teoría científica y democrática” (“la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa”): la cuestión de los participantes en el desarrollo y entendimiento de la Constitución. Para este autor, en todos los procesos interpretativos, cada vez que se actualiza y concreta la norma constitucional, deben intervenir y participar no sólo los intérpretes jurídicos “agremiados” o “formales”, sino todos los órganos del Estado, ciudadanos, grupos y, en general, toda la comunidad política. Cada uno de ellos es un fragmento de la realidad pluralista con relevancia para el significado de la norma fundamental. Existe un amplio y difuso espectro de “fuerzas de producción interpretativa” que participan en el proceso de dotación de sentido a las normas constitucionales. La interpretación de estas es, por tanto, un asunto que incumbe a todos. Desde esta perspectiva, la efectividad de las reglas constitucionales “no es la consecuencia automática de un orden abstracto de eficacia o de la eficacia vinculante de un texto” sino “el resultado complejo y pleno de riesgos de procesos pluriarticulados de interpretación de numerosos participantes”. La Constitución es abierta para ser moldeada por la sociedad, para ser actualizada, “llenada”, por todos aquellos que viven sus normas, que “anticipan con su conciencia práctica de la libertad la conciencia general de la libertad en el Estado constitucional”.<sup>1854</sup> Las fuerzas sociales son parte importante de la realidad de la Constitución, si las concebimos como sujetos activos y no como simples objetos, ya que son los principales lectores de sus normas. En la democracia de los ciudadanos, el individuo participa en la realización de las normas fundamentales en la praxis diaria, de manera personal o a través de formas

<sup>1853</sup> Aarnio, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, trad. de José P. Úbeda, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 114.

<sup>1854</sup> Häberle, P., *op. cit.*, nota 825, pp. 270, 271, 276 y 277.

mediadoras de organización, por lo que el pueblo, entendido como “asociación de ciudadanos”, no se asoma sólo el día de las elecciones, está presente siempre, como soberano, de muchas formas, por todas partes, a muchos niveles, universalmente.<sup>1855</sup> De esta manera la Constitución se muestra como objeto de debate público para establecer el sentido de sus mandatos y pluralista no sólo en el momento de su nacimiento sino también en su ulterior desarrollo.<sup>1856</sup> Por todo esto, la interpretación de las normas constitucionales debe orientarse a la forma en que sus propios destinatarios llenen el ámbito vital protegido por la misma. Con ello se acentúa la relevancia de la comprensión que de la norma fundamental tengan todas las fuerzas sociales y se reconoce su aptitud para captar su significado en un determinado momento histórico. El autoentendimiento de la norma por parte de sus destinatarios se transforma así en un elemento material del derecho público que garantiza la incorporación de la realidad en el proceso interpretativo, el desarrollo democrático del derecho, la subsistencia de la comunicación Estado-sociedad y, sobre todo, la consolidación de la unidad de la Constitución.

La interpretación constitucional no es ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico un proceso estatal exclusivo. Los operadores jurídicos y expertos no son los únicos intérpretes, mucho menos los más importantes en la interpretación de la norma básica. El desarrollo y fijación de sentido de sus normas no puede ser el privilegio de unos cuantos profesionales alejados de la sociedad, únicos depositarios de la soberanía e irresponsables ante ella.<sup>1857</sup> Su posición, a lo sumo, es la de cointérpretes de la Constitución y su presencia demuestra la interacción de intérpretes que existe dentro del Estado constitucional. No podemos reducir el ámbito de participantes en el proceso de interpretación porque corremos el peligro de empobrecerlo, por el contrario, debemos ampliarlo a todas y cada una de las personas y grupos que actúan dentro del Estado. El entendimiento de la Constitución como ciencia normativa y de la realidad impone no renunciar a la fuerza creadora de los intérpretes no

<sup>1855</sup> Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, trad. de X. Arzo Santiesteban, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, IVAP, 1996, pp. 27-36.

<sup>1856</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 19; Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 1855, pp. 17-24.

<sup>1857</sup> Saavedra López, Modesto, “La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 1, 1993, p. 6.

gremiales, impedir la arbitrariedad de los intérpretes formales u oficiales y hacer real el control social sobre su actuación con objeto de convertir en responsables las decisiones. Esta concepción, que como dice Häberle, implica sostener que el órgano de la justicia constitucional no posee ni el monopolio ni el primado de la interpretación, no conlleva, sin embargo, una merma en sus funciones porque le sigue perteneciendo la responsabilidad de una interpretación vinculante y definitiva dictada en última instancia. En otras palabras, sigue siendo necesario, a pesar de que se abra el espectro de intérpretes constitucionales de forma ilimitada, un órgano que formule, en los casos de conflicto interpretativo, la última palabra, que opere como órgano de clausura del ordenamiento y garantice la seguridad jurídica dentro de la convivencia social.<sup>1858</sup>

Desde el punto de vista estricto lo que venimos diciendo hasta aquí implica dos tipos distintos de interpretación que se dan en distintos niveles y que, como escribe Kelsen, deben ser nítidamente distinguidos. Todos los sujetos que integran la sociedad realizan una interpretación que se puede llamar no auténtica o no positiva en contraposición a la interpretación positiva o auténtica que realizan los órganos jurídicos aplicadores del derecho, la “comunidad jurídica en sentido estricto”.<sup>1859</sup> Estos interpretan el derecho con la finalidad de aplicarlo por lo que el resultado de su actividad es la creación de nuevos materiales jurídicos mediante la elaboración de discursos prescriptivos, mientras que aquellos sólo pretenden dotar, a través de la utilización de discursos descriptivos o cognoscitivos, de significado al lenguaje jurídico, sin manifestarse en actos de aplicación del derecho y sin producir nuevos materiales jurídicos ya que su actividad se traduce en casos de conocimiento y descripción no de creación de derecho.<sup>1860</sup> Una es la interpretación que realizan los órganos

<sup>1858</sup> García Belaunde, *op. cit.*, nota 1710, p. 35. Como escribe Schneider, si bien es al órgano jurisdiccional al que le compete primordial y definitivamente la aplicación directa de las normas constitucionales, “en una sociedad abierta para los interpretes de la Constitución” no están excluidas en absoluto para su aplicación concreta otras instancias (órganos estatales, la doctrina, ciudadanos con conocimientos jurídicos)”. Schneider, Hans Peter, *op. cit.*, nota 1, p. 103.

<sup>1859</sup> La actividad de estos últimos también se ha llamado “interpretación operativa”. Siguiendo a Ferrajoli así la llama Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 28; Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 128, p. 349.

<sup>1860</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 1802, pp. 96-104. Para una comparación entre las operaciones de interpretación y el modo de funcionamiento del control judicial puede verse, en la misma obra, Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 1576, p. 280.

aplicadores del derecho y otra la que efectúan los órganos no aplicadores del derecho. La interpretación realizada por estos últimos se agota en la realización o exposición de actos de significación o cognoscitivos mientras que la de los primeros está dirigida a actos de aplicación y, por tanto, de creación del derecho y se resuelven, a diferencia de la anterior, en actos que forman parte de la experiencia jurídica por su carácter prescriptivo y no simplemente descriptivo. Pero estos sistemas “aunque fundamentalmente distintos, están persistentemente relacionados”, ya que existe una estrecha conexión entre las funciones científico-jurídicas y las jurídico-políticas. Estas influyen en aquellas inevitablemente. Podemos decir, siguiendo a Tamayo Salmorán y apartándonos en este aspecto del pensamiento de Kelsen para quien existe una separación indiscutible entre ambos tipos de interpretación, que la interpretación que realizan todos los individuos dentro del Estado es el “metalenguaje del discurso jurídico prescriptivo”. Aquellos realizan la “decodificación” del lenguaje que utilizarán los órganos que realizan la interpretación auténtica,<sup>1861</sup> lo que a nuestro juicio significa que necesariamente los órganos aplicadores del derecho al proceder a la actividad de interpretación de los materiales jurídicos que se les presentan deben considerar las apreciaciones, entendimiento y significado que los actores, no aplicadores del derecho pero si intérpretes del mismo, le proporcionan a las normas constitucionales. Para decirlo con Wróblewsky, los aplicadores del derecho deben tomar en cuenta en el momento de dotar de significado a una disposición constitucional, “el contenido de la conciencia jurídica de los grupos particulares de una sociedad”.<sup>1862</sup>

El juez constitucional debe considerar en el momento de dotar de contenido a una norma los significados atribuidos a la misma dentro del ambiente cultural donde esta existe. Como escribe Guastini, las interpretaciones que no estén dentro de la gama de posibles significados aceptados en dicho ambiente cultural “son difícilmente sostenibles, sujetas a crítica, probablemente destinadas a fracaso”. La actividad del juez, por tanto, debe ser “sensible al contexto” y ello lo obliga a entender las normas

<sup>1861</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 1802, pp. 103 y 104. Así también Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *cit.*, nota 126, p. 153.

<sup>1862</sup> Wróblewski, Jerzy, *op. cit.*, nota 95, p. 29.

como las “encuentra en la conciencia común de la comunidad”.<sup>1863</sup> En otras palabras, su actividad debe ser receptiva o sensible a las opiniones de la mayor parte de los ciudadanos y a los hechos acaecidos y valores aceptados en su entorno social.<sup>1864</sup> Claro que, como afirma Zagrebelsky, si es firme el contexto cultural en el que la interpretación se desarrolla, es obvio pensar que existirá una coincidencia natural de valoración de sentido entre el juez y la sociedad y, como señala Esser, el “consenso sobre la racionalidad entre las ideas valorativas entre quien aplica el derecho y las de los destinatarios del derecho”<sup>1865</sup> convierte en aceptable o razonable la solución que se armoniza con dicho horizonte.

Para la determinación del significado de las normas el juez no puede prescindir de la sociedad de la cual él mismo forma parte. Su convicción debe estar encausada por el diálogo y la comunicación con la comunidad concebida esta como “la estructura intersubjetiva de argumentación y crítica cristalizada en unas coordenadas espacio temporales”. En otras palabras, el juez debe relacionarse con la sociedad, sin afectar su posición institucional, mediante una vinculación dialéctica de debate y argumentación.<sup>1866</sup> Hay o debe haber un momento esencial de comunicación y control entre el juez y la sociedad. Aquel debe instaurar las condiciones institucionales necesarias para la existencia de una relación dialógica, de intercambio continuo de ideas y argumentos “con aquellos que pueden aportar diferentes perspectivas y arrojar una nueva luz sobre el objeto que se trata de comprender”.<sup>1867</sup> Frente a casos y problemas concretos debe realizar su actividad adecuándose “a los criterios jurídicos y morales admitidos intersubjetivamente, más que atendiendo a convicciones universales o a las que proporciona la conciencia”.<sup>1868</sup> En general, debe intentar establecer una línea de contacto inmediata, una praxis comunicativa siempre abierta a las diferentes culturas, valores y opiniones sociales para que su función sea un proceso autorreflexivo que entiende a la

<sup>1863</sup> Guastini, Riccardo, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, R. (comp.), *cit.*, nota 126, p. 32. También Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 1231, p. 204.

<sup>1864</sup> Galindo, Fernando, *op. cit.*, nota 1114, p. 166.

<sup>1865</sup> Esser, Josef, *op. cit.*, nota 1790, p. 46.

<sup>1866</sup> Saavedra López, Modesto, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, R. (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial, cit.*, nota 126, pp. 96-98 y 100-101.

<sup>1867</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>1868</sup> Galindo, Fernando, *op. cit.*, nota 1114, p. 167.

Constitución como una convención fundacional y esto le permita obtener el consenso social necesario en sus pronunciamientos.<sup>1869</sup> La labor que le ha sido encomendada únicamente se explica en virtud de este “continuo diálogo”. Como escribe Bachof, el juez debe estar con las partes litigantes en el proceso, con los colegas del tribunal, con el mundo jurídico especializado, con la ciencia, el pueblo, la opinión pública, en comunicación constante y permanente.<sup>1870</sup> La “audiencia del intérprete” debe implicar a toda la comunidad jurídica y no sólo a “audiencias concretas”. Las interpretaciones solitarias, cerradas a las sugerencias o expectativas que procedan de la sociedad, incapaces de confrontación, son hostiles a la Constitución y pueden causar, por la exclusión de pareceres y puntos de vista, un distanciamiento de los individuos y grupos de las sedes jurídicas de decisión. En suma, la atención a las expectativas sociales y, en general, a la intersubjetividad, está implícita en la naturaleza de la Constitución y de la justicia constitucional.<sup>1871</sup>

Bajo este entendimiento, las formas de participación se amplían, los jueces aparecen como la voz de la comunidad que realiza la interpretación de las normas tomando en cuenta la fuerza normativa de las opiniones de todos y, por tanto, su actividad queda muy estrechamente ligada a vínculos sociales. Estos vínculos, que expresan la recíproca interacción entre los operadores jurídicos y el auditorio al que se dirige el discurso, son la única manera que tienen las decisiones judiciales para persuadir, convencer, ganar en autoridad y representar un consenso ideal, que se obtiene, como dice Saavedra, cuando se llega a la creencia de que la decisión tomada puede ser aceptada y asumida por todos, que merece el

<sup>1869</sup> Esta forma de concebir la actividad de la Corte es de Günter Frankenberg y está recogida en Rusconi, Gian Enrico, *op. cit.*, nota 1668, p. 287. También Canosa Usera, Raúl, *op. cit.*, nota 56, pp. 52 y 53. Cappelletti señala que es necesaria una amplia participación dentro de los procesos constitucionales. Así dice: “sólo un marcado carácter participativo de la justicia constitucional puede proteger a sus jueces de la acusación de antidemocraticidad que tantas veces se les ha dirigido”. Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, p. 293.

<sup>1870</sup> Bachof, Otto, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, R. (comp.), *cit.*, nota 126, p. 60. Como escribe Nino de forma contundente: “parece reflejar una suerte de elitismo epistémico inaceptable presuponer que unos señores, por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública”. Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 161, p. 209.

<sup>1871</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, pp. 165, 174 y 176.

reconocimiento social y la adhesión de los implicados.<sup>1872</sup> Ésta es una de las formas en que se expresa el “imperio de la sociedad”, ya que los jueces no pueden dar “forma concreta a la moral pública” sin considerarla a ella misma. El control social que se ejerce sobre su actividad interpretativa es “esencial en el campo del derecho”<sup>1873</sup> por lo que están obligados a considerar las opiniones y los intereses de aquellos a los que la decisión afecta, sobre la base de la igualdad de las personas. Es más, están obligados a procurar que sus decisiones gocen de un amplio consenso social, una “aceptabilidad sustancial” para que cumplan las expectativas de la colectividad y sean legítimas.<sup>1874</sup> Lo que significa, en pocas palabras, que sus resoluciones no pueden ir contra la moralidad válida ampliamente aceptada por la sociedad, por el contrario, esta es un criterio orientativo en la realización de su actividad y un principio regulativo del razonamiento práctico<sup>1875</sup> que implica un importante momento de comunicación, control y legitimidad de los motivos de la decisión<sup>1876</sup> y un importante límite a la arbitrariedad que, aunque afecta la autonomía de los jueces, no afecta su independencia.<sup>1877</sup> Angiolini lo dice con suma precisión: “l’aspirazione alla “verita” scientifica, insomma, no va espunta dall’interpretazione giuridica, ma va rimessa al dialogo spontaneo tra gli interpreti”.

<sup>1872</sup> Saavedra, Modesto, *op. cit.*, nota 247, p. 100.

<sup>1873</sup> Aarnio, Aulis, *op. cit.*, nota 1854, p. 114.

<sup>1874</sup> Pérez Luño, Antonio A., *op. cit.*, nota p. 258. Aarnio, Aulis, *op. cit.*, nota p. 52. La importancia del elemento consenso como subyacente en la legitimidad de las decisiones judiciales se encuentra reiterado por Lucas, Javier de y Vidal, Ernesto, *op. cit.*, nota 939, pp. 17, 19 y ss. Son también muy expresivas al respecto las palabras de García de Enterría, Eduardo, quien considera que la última legitimación de la justicia constitucional se encuentra en el “Tribunal de la Historia”, en el “plebiscito diario” “sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios”. Esta idea en *op. cit.*, nota 4, p. 203.

<sup>1875</sup> Aarnio, Aulis, *op. cit.*, nota 194, p. 37; *id.*, “La respuesta correcta única y el principio de la mayoría”, *cit.*, p. 67.

<sup>1876</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 1652, p. 165.

<sup>1877</sup> Al respecto puede recordarse que Kelsen, con gran claridad afirmaba que la independencia del juez consistía “en no estar jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por ninguna norma individual (orden) de otro órgano, en particular de un órgano superior o perteneciente a otro grupo de autoridades, y en no estar vinculado, por tanto, más que exclusivamente a las normas generales y esencialmente, a las leyes y a los reglamentos”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 73, p. 121.

### G. *El juez y la práctica estatal*

Brevemente diremos que como consecuencia de la apertura funcional de la Constitución, que implica, como ya dijimos en el capítulo primero de este trabajo, la existencia de situaciones estructurales de tensión dentro de la misma, la propia norma básica reconoce el derecho de participar de su interpretación vinculante a todos los órganos constitucionales lo que constituye una “base metodológica para el reconocimiento de la praxis estatal como criterio de interpretación”.<sup>1878</sup> Esto quiere decir, concretamente, que el órgano jurisdiccional no puede ignorar las interpretaciones unánimes que realicen de una norma constitucional los órganos estatales; estos generan prácticas y convenciones a veces de trascendencia mayor en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución que la que puede fijar el juez constitucional.<sup>1879</sup>

Para Bachof, quien sigue a Jellinek, ésta es una forma en que se expresa la función normativa de lo fáctico que se justifica, sobre todo, en caso de las normas de competencia, puesto que cuando una norma de este tipo es ambigua, “una competencia ejercida pacíficamente durante años, podrá pretender que ha completado y definido la norma originariamente abierta en determinado sentido y con un contenido determinado con el resultado de que también un tribunal puede y debe considerar este ejercicio de competencia como constitucional, aún en caso de que tenga ciertas dudas respecto del ejercicio originario de la competencia”.<sup>1880</sup> Esto indica que debe reconocerse una especie de presunción de constitucionalidad de la práctica estatal basada en la labor de interpretación de las normas constitucionales que realizan todos los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones. También Jiménez Campo, aunque refiriéndose sólo a la órbita judicial, reconoce límites “institucionales” a la labor de interpretación realizada por el juez constitucional, pero para él estos límites no tendrían como fundamento la vinculación a la labor realizada por otro órgano sino la conservación de la certeza del derecho. La interpretación de la ley que realiza el juez constitucional, dice, debe considerar necesariamente, el entendimiento previo que la jurisdicción ordinaria tenga acerca de su significado, la que

<sup>1878</sup> Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 1, p. 62.

<sup>1879</sup> Alonso García, Enrique, *op. cit.*, nota 422, pp. 179 y 180.

<sup>1880</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 100, pp. 15 y 16.

está por encima de cualquier otra construcción lógica que sobre la norma enjuiciada pudiera realizar el mismo órgano de control. Este no puede romper con el entendimiento constante de la ley que poseen los jueces ordinarios y, por tanto, dicho significado se impone en el momento de la realización de su labor. De otra forma podrían existir dentro del ordenamiento normas contrapuestas: la arraigada en la jurisprudencia y la puesta por el juez constitucional.<sup>1881</sup> Todo lo anterior supone una pauta más de autocontrol para el juez ya que tiene prohibido desconocer interpretaciones unánimes de la Constitución realizadas por los órganos estatales.<sup>1882</sup>

#### H. *El self restraint*

Pero en ocasiones, como enseña Schneider, ni la aplicación de criterios hermenéuticos como los que hemos señalado puede impedir cierto activismo judicial. Por ello se reclama, junto a la aplicación de rígidos métodos interpretativos, “contención, moderación y una autolimitación judicial, no imperativa e implícita”<sup>1883</sup>. Es decir, las reglas sobre el modo de operar de los órganos jurisdiccionales están necesitadas, para evitar que estos se impongan sobre otros órganos estatales interfiriendo en su esfera de competencia, de su propia autolimitación, misma que surge como regla de conducta que expresa la dialéctica que existe entre la posibilidad de poder llegar a resultados que rebasen lo permitido y la continencia respecto a ciertos asuntos.<sup>1884</sup> Como dice Luther: “a la inapelabilidad de las decisiones de la Corte corresponde un deber institucional de la Corte como juez único de los propios poderes constitucionales de proceder con la máxima responsabilidad y sensibilidad para con los principios y las reglas constitucionales sustanciales”.<sup>1885</sup>

Lo anterior parece indicarnos que la participación activa o expansiva de la justicia constitucional queda en manos del propio juez ya que el *self restraint* no es un límite objetivo que explique y prescriba su actividad,<sup>1886</sup> en el mejor de los casos, como señala Böckenförde, el único criterio de

<sup>1881</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 83, p. 190.

<sup>1882</sup> Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 1, p. 63.

<sup>1883</sup> Schneider, H. P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *cit.*, p. 199.

<sup>1884</sup> Elia, Leopoldo, *op. cit.*, nota 704, p. 229.

<sup>1885</sup> Lüther, *op. cit.*, nota 1569, pp. 5 y 6.

<sup>1886</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 289.

comportamiento que guía su conducta es su ética profesional; así, dice este autor: “nadie, salvo el mismo juez con su ethos y sentido de responsabilidad, puede ofrecer la garantía de ejercitar su oficio como lo exigen la Constitución y la ley. Aquí se revela un nexo sistemático entre derecho y moral”<sup>1887</sup> ya que todo se funda en la virtud del controlador. Desde esta visión, el mismo juez debe trazar sus fronteras lo que supone elevadas exigencias a su capacidad y el traslado del problema al campo de la dogmática jurídico constitucional y del método judicial “allí permanece de forma puramente subjetiva, sin parámetro aprehensible y consecuentemente sin poder ser objetivada. El resultado sería el tener que estar a cada caso, según la valoración subjetiva del ímpetu moral, pero sin un principio demostrable”.<sup>1888</sup> Es claro que, como dice Simon, no se ayuda mucho a los jueces con apelaciones generales a la virtud y en esta construcción todo queda al pragmatismo. Quizá por ello dice Rubio Llorente que la existencia de esta regla de conducta representa una confesión de impotencia e incluso un germen de negación del constitucionalismo como pretensión de organizar un gobierno de leyes.

En este tema tan delicado debemos partir señalando, para tratar de ser congruente con todo lo dicho hasta aquí, que la forma de actuar del órgano de control constitucional tiene una íntima conexión con sus funciones dentro del Estado<sup>1889</sup> y el conocimiento de las mismas constituye una cuestión sustantiva si pretendemos determinar y preservar la posición jurídica y política que le corresponde. En virtud de su posición institucional, el reducido poder político que tiene, como señala Schneider, es mayor cuanto menos lo despliega. Su autoridad reside, como hemos dicho antes, en su comportamiento prudente, pacificador y en la observancia estricta de los límites que le impone la Constitución. En esta se encuentran múltiples principios y normas que le exigen moderación y continencia, entre los que podemos anotar la unidad de acción estatal, la cooperación entre los distintos órganos del Estado, el principio de división de poderes y el deber de respetar la acción de los otros centros de poder institucional.<sup>1890</sup> En el despliegue de sus competencias el órgano de control debe necesariamente considerar las peculiaridades del objeto a

<sup>1887</sup> Rusconi, Gian Enrico, *op. cit.*, nota 1668, p. 287.

<sup>1888</sup> Böckenförde, Ernest-Wolfgang, *op. cit.*, nota 1485, p. 132.

<sup>1889</sup> Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 34.

<sup>1890</sup> Carrió, Genaro R., “Una defensa condicionada de la judicial review”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, CEC, 1991, p. 146.

interpretar y la posición de primacía del legislador en la conformación de la vida política de la comunidad, por lo que la autodisciplina judicial es, fundamentalmente, consecuencia del carácter abierto de la Constitución y de la posición del legislador dentro del Estado, en suma, del principio de separación de poderes.

Esto no implica que éste principio sea un postulado genérico de subordinación; la defensa y protección de la Constitución y los derechos fundamentales exigen una firme ingerencia e inmediata y decidida intervención que en ocasiones puede ser, como enseña Hesse, contraria a la continencia “incluso a riesgo de conflicto con uno u otro de los poderes públicos”.<sup>1891</sup> No se puede permitir que esta norma de actuación se convierta, como observa Bayón, “en sinónimo de pasividad, de dejación de funciones por parte de un juez que, actuando sólo cuando se viola el significado explícito de la Constitución, se cruza de brazos cuando se contradice el significado implícito de la misma”.<sup>1892</sup> La discusión de la conveniencia del self-restraint, como afirma Habermas, no puede realizarse en abstracto; si la actividad del Tribunal está dirigida a la configuración de un sistema de derechos, y, como dijimos, estos actualmente se presentan como principios, una posición activa de éste no sólo es necesaria sino que está normativamente exigida para la adecuada garantía de los mismos. La autolimitación de los jueces no es definitiva, ni constante, ni se da en todos los casos, incluso, se ha comprobado que es la oscilación la que califica la actitud de la jurisprudencia frente a la ley. Lo que el Tribunal debe buscar es el equilibrio entre su posición creadora y el respeto del ámbito de libertad política del legislador.<sup>1893</sup> Su objetivo debe ser no interferir en la voluntad de legislativo pero al mismo tiempo impedir que se violen los límites impuestos por la Constitución. Como escribe Cappelletti: “La audacia o el restraint del Tribunal Constitucional (o de otros tribunales) derivará, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en

<sup>1891</sup> Schlaich, Klaus, *op. cit.*, nota 276, p. 583; Hesse, K., “Estadios en la historia...”, *cit.*, nota 874, p. 561.

<sup>1892</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 1597, p. 141.

<sup>1893</sup> Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 408, p. 35; Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 11, p. 354. Para Alexy, no es de mucha ayuda el principio del self restraint en lo que se refiere al equilibrio entre las competencias del tribunal constitucional y el legislador. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 415, p. 527.

fin, de la opinión pública y de los *mass media*. No derivará, por tanto, de razones puramente conceptuales”,<sup>1894</sup>

Señalar que la autodisciplina judicial es consecuencia metodológica del “carácter abierto, estructural, funcional y material del Derecho Constitucional”, implica afirmar que no es añadida a la norma básica desde fuera, como elemento subjetivo ajeno a su esencia, sino que proviene de la estructura normativa de la propia Constitución, de sus dimensiones e indeterminación de contenido.<sup>1895</sup> Con la misma visión, Prieto Sanchís afirma que los derechos y valores de la Constitución son la pauta para que el mismo Tribunal fije los límites en que debe desenvolver su actividad.<sup>1896</sup> Si esto es así, escribe Schneider, los límites funcionales más importantes de la jurisdicción constitucional se encuentran en el ámbito del derecho constitucional material por lo que no es en los métodos de interpretación sino en la Constitución misma donde hay que buscar dichos límites. Esto resulta muy importante reconocerlo porque si se acepta la existencia de una estrecha relación entre la Constitución y la forma de actuar del órgano de control, el activismo judicial puede conducir al estrechamiento del contenido material de las normas constitucionales, a la reducción de su flexibilidad y capacidad de evolución, al debilitamiento de su fuerza normativa de cara al futuro y a la pérdida de fuerza objetiva de las resoluciones judiciales.<sup>1897</sup>

Esta perspectiva, además de que pretende reforzar el carácter normativo de la Constitución, exige al juez sensibilidad constitucional y conciencia de la trascendencia política de sus decisiones y pugna por la reconstrucción de la interpretación constitucional desde una concepción democrática, encontrando su justificación en el principio de la libertad del legislador para definir, dentro del marco constitucional, las opciones políticas.<sup>1898</sup> El Tribunal debe renunciar a intervenir en el ámbito de la

<sup>1894</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 246, p. 291.

<sup>1895</sup> Schneider, Hans Peter, “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, *cit.*, pp. 58 y 59; *id.*, “Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional”, en López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación...*, *cit.*, nota 39, p. 73.

<sup>1896</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 1507, p. 84.

<sup>1897</sup> Schneider, H. P., *op. cit.*, nota 1895, p. 75.

<sup>1898</sup> Rodríguez Bereijo, Alvaro, *op. cit.*, nota 922, p. 378; Quadra, Tomás de la, *op. cit.*, nota 68, p. 34; Schneider, H. P., “Constitución y método. Interpretación constitucional desde el punto de vista teórico”, *cit.*, pp. 53-55.

libre configuración política porque la Constitución lo ha dejado conscientemente abierto para la intervención de los órganos políticamente conformadores.<sup>1899</sup> El primado de la política tiene su paralelo en la regla de abstinencia o autorrestricción por parte de los jueces que deben ser respetuosos del ámbito privativo que corresponde al legislador.<sup>1900</sup> El desarrollo político de la Constitución pertenece a los órganos políticos constitucionales y los tribunales deben dejar a estos libertad para ejercerlo evitando tomar ellos mismos parte activa en la política. Esta actitud de moderación frena los peligros de una colisión institucional, como escribe Pizzorusso, contribuye a reducir las objeciones a la facultad de control y a aumentar el prestigio y autoridad del Tribunal que necesita legitimarse de forma permanente y continuada a través de su propia actuación frente al legislador democrático. La autolimitación es una garantía del respeto al legislador pero también una garantía de su propia autoridad, que en última instancia es lo que asegura la sujeción del legislador a sus sentencias.<sup>1901</sup> Esta autorrestricción también provoca que las fuerzas políticas confíen en los tribunales y respeten y cumplan todas sus resoluciones ya que, como señala Öhlinger, el carácter efectivo de la jurisdicción constitucional se basa en gran parte en la recíproca confianza que exista entre el órgano de la justicia constitucional y el Poder Legislativo.<sup>1902</sup> Todo lo anterior nos lleva a sostener que el propio órgano de control tiene que asumir, consciente y deliberadamente, una tendencia hacia el autocontrol con el objeto de “dejar margen al legislador para

<sup>1899</sup> Stern, Klaus, *op. cit.*, nota 26, p. 297. También de Borja López-Jurado Escribano, F. de, “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, *REDC*, Madrid, núm. 34, 1992, p. 115.

<sup>1900</sup> Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, nota 108, p. 22.

<sup>1901</sup> Pibernat Domenech, Xavier, *op. cit.*, nota 462, pp. 78 y 83.

<sup>1902</sup> Pero no todo es responsabilidad de los órganos jurisdiccionales. La incidencia de la justicia en los procesos políticos en Estados con Constitución abierta en los que son muy amplios los “márgenes de incidencia” depende no sólo del autocontrol de aquellos sino también de la continencia, responsabilidad y porque no decirlo, la “virtud”, que cada uno de los poderes del Estado que participan en el proceso político manifieste en el cumplimiento de sus funciones ya que, como señala Rusconi, la juridificación de la política no es sólo imputable al activismo de los jueces, sino también al comportamiento de los políticos. El legislador no puede aprovecharse de la ambigüedad de la formulación de las normas constitucionales para acusar de inconstitucionalidad a cualquier norma aprobada por la mayoría pues este proceso se convertiría en un instrumento continuador de la lucha política parlamentaria.

que con libertad desarrolle la Constitución”. Como escribe Pardo Falcón, la primera regla de las relaciones entre el Parlamento y la jurisdicción constitucional es el *self restraint* por parte de esta última y esto implica dejar a los órganos constitucionales mayor autonomía y renunciar a hacer política.<sup>1903</sup> El *self restraint* puede considerarse, en consecuencia, un signo de prudencia para no tomar decisiones arriesgadas o como una regla sociológica que impulsa a los tribunales a llegar sólo hasta el punto en que su decisión será políticamente admisible.<sup>1904</sup>

<sup>1903</sup> Como señala Fix, “la actuación serena y objetiva de los jueces constitucionales, inclusive a través de una autolimitación muy equilibrada, ha determinado el éxito extraordinario que han alcanzado los tribunales constitucionales”. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 351, p. 153; Pardo Falcón, Javier, “Parlamento y juez constitucional en Francia: ¿un modelo de relaciones diferente o simplemente peculiar?”, trad. de P. J. Hernando García, en I Vall Pau (coord.), *Parlamento y justicia constitucional en el derecho comparado*, Barcelona, Aranzadi, 1997, p. 210.

<sup>1904</sup> Aja, Eliseo y González Beilfuss, Markus, *op. cit.*, nota 457, p. 288. El *self restraint* también debe ser de los actores políticos legitimados para interponer el recurso, que deben evitar, como señala Rubio, la tentación de utilizar la vía del Tribunal para resolver problemas políticos que sólo políticamente deben ser resueltos “y tengan presente que al llevar un asunto ante el Tribunal Constitucional no sólo debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el asunto en sí sea soluble por vía jurídica, sino también la inconveniencia de obligar al Tribunal a tomar decisiones sobre problemas que, aún planteados en términos jurídicos y susceptibles quizá de ser resueltos jurídicamente, tienen una carga política de tal naturaleza que inevitablemente han de llevar a considerar como decisión política la decisión del Tribunal, erosionando con ello su autoridad”. Rubio Llorente, Francisco, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, *RDP*, Madrid, núm. 16, 1982-1983, p. 37.