

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Arminda Balbuena Cisneros

Bajo la dirección del doctor

Antonio de Cabo de la Vega

Madrid, 2001

ISBN: 84-669-2309-8

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN Y JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Tesis Doctoral

Arminda Balbuena Cisneros

Dirigida por Antonio de Cabo de la Vega

Madrid, 2001

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
PRIMERA PARTE: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL - EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO	19
I.- UNA ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: ¿DEFENSA, CONTROL, JURISDICCIÓN O JUSTICIA CONSTITUCIONAL?.....	20
II.- LA CUESTIÓN DEL ORIGEN.....	23
1.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY) SURGIDA COMO CONSECUENCIA DE LAS IDEAS DE SUPREMACÍA Y RIGIDEZ CONSTITUCIONALES.....	23
a) Aproximación histórica a las ideas de rigidez y supremacía constitucionales.	23
a.1) En los hechos: el nacimiento del control judicial de las leyes en Estados Unidos.	29
Una nota sobre el origen antidemocrático de la justicia constitucional en Estados Unidos.....	43
a.2) En la teoría: las aportaciones hasta Lord Bryce.....	50
2.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY) SURGIDA COMO CONSECUENCIA DE LA ESTRUCTURA FEDERAL DEL ESTADO.....	60
a) Origen del control de las leyes en los estados europeos.....	60
b) Primeras manifestaciones del control concentrado de las leyes en Europa.	66
b.1) Suiza. Control de constitucionalidad de la ley en un Estado Federal.....	69
b.2) Alemania. Control de constitucionalidad en la República de Weimar.....	71
b.3) Austria. El modelo de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes.	73
b.4) Checoslovaquia. Primer ejemplo del “modelo europeo”.	82
b.5) España.	84
III.- FORMAS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.	89
1.- FORMAS POLÍTICAS.....	92
Una nota sobre el recurso de casación.	100
2.- FORMAS JURÍDICAS.....	102
a) El sistema o modelo americano de justicia constitucional.	104
a.1) Órganos a los cuales corresponde el poder del control.....	106
a.2) Forma en que se plantea y resuelve la duda de constitucionalidad.	108
a.3) Efectos de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad.	110
b) El modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes.....	112

b.1)	Órganos a los cuales corresponde el control.....	114
b.2)	Forma en que se plantea y resuelve la duda de constitucionalidad.....	115
b.3)	Efectos de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad.....	118
c)	Kelsen y su teoría sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo, base teórica de la discusión posterior.....	120

PARTE SEGUNDA: LA EVOLUCIÓN POSTERIOR. EUROPA O LA OBSESIÓN POR EL LEGISLADOR NEGATIVO – ESTADOS UNIDOS O LA OBSESIÓN CONTRAMAYORITARIA..... 132

I.-	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA. DE LA TEORÍA A LOS HECHOS: LA OBSESIÓN POR EL LEGISLADOR NEGATIVO.....	136
1.-	LA INSUFICIENCIA DEL MODELO TEÓRICO Y EL IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	140
2.-	LAS FORMAS DE “TENSIÓN” ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER LEGISLATIVO.....	149
a)	Introducción.....	149
b)	Kelsen v. Schmitt.....	151
c)	La evolución europea.....	157
c.1)	Introducción.....	157
c.2)	Austria.....	159
c.3)	Alemania.....	163
c.4)	Italia.....	166
c.5)	Francia.....	172
c.6)	España.....	177
3.-	UNA POSIBLE REVISIÓN CRÍTICA: EL CONSTITUCIONALISMO POSTSOCIAL COMO CONSTITUCIONALISMO ATENUADO.....	189
II.-	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS. DE LOS HECHOS A LA TEORÍA: LA OBSESIÓN CONTRAMAYORITARIA.....	193
1.-	DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PODER POLÍTICO EN ESTADOS UNIDOS.....	195
a)	Jefferson.....	203
b)	Jackson.....	208
c)	<i>Dred Scott</i>	211
d)	La Era de la Reconstrucción.....	214
e)	La Era Lochner.....	219
f)	El Tribunal Supremo ante el New Deal.....	229
g)	La objeción contramayoritaria en su forma clásica (1939-1969). El surgimiento doctrinal de la objeción contramayoritaria.....	237

2.-	APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA.	254
a)	El planteamiento originario de la objeción contramayoritaria.	256
b)	Tres posiciones clásicas.....	259
b.1)	Ronald Dworkin.....	259
b.2)	John Hart Ely.	266
b.3)	Jeremy Waldron.....	275
c)	Los últimos diez años.	287

TERCERA PARTE: EL CASO MEXICANO – EN BUSCA DE LA OBSESIÓN..... 300

I.-	ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CONTROL HASTA 1994.	302
1.-	CONSTITUCIÓN DE 1824: CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL CONGRESO Y POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	303
2.-	LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836. CONTROL POLÍTICO EN UN ESTADO CENTRALISTA.	305
3.-	LA CONSTITUCIÓN DE 1857, CONTROL JUDICIAL EN UN ESTADO FEDERAL A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO EN TRES ETAPAS SUCESIVAS: CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN DE 16 DE MAYO DE 1841, EL ACTA DE REFORMAS DE 1847 Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 5 DE FEBRERO DE 1857.	307
4.-	CONSTITUCIÓN DE 1917 HASTA 1994.	313
a)	Descripción histórica.	313
b)	Valoración general.....	316
II.-	LAS REFORMAS DE 1994.	320
1.-	EL CONTEXTO POLÍTICO.	320
2.-	TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DE LA REFORMA. VICIOS FORMALES Y VICIOS SUSTANTIVOS.	326
III.-	LA SITUACIÓN ACTUAL.	337
1.-	EL NIVEL CONSTITUCIONAL.	338
2.-	EL NIVEL LEGAL.	346
a)	Controversias constitucionales.....	350
b)	La acción de inconstitucionalidad.....	360
3.-	LA EXPERIENCIA PRÁCTICA.	374
4.-	VALORACIÓN GENERAL.	391
a)	De la regulación.....	392
b)	De la práctica.	397

5.- PERSPECTIVAS.....	401
APÉNDICE – Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de México.....	410
CONCLUSIONES.....	433
BIBLIOGRAFÍA.....	441

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como motivación las reformas constitucionales de 1994 en México por las que, según se afirmó en su momento, se creaba un sistema de jurisdicción constitucional comparable al existente en diferentes países europeos. Efectivamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación adquirió, entonces, competencias sobre el control abstracto de la ley en vía de acción (acción de inconstitucionalidad) y reformó las correspondientes a los conflictos de competencias entre los diferentes órdenes normativos del país (federal, estatal y municipal a través de las controversias constitucionales). Se creaba, pues, en principio, un complejo sistema de justicia constitucional en el que convivían las tradicionales competencias de la Corte en juicio de amparo (defensa de derechos fundamentales con efectos *inter partes*) con las nuevas de tipo kelseniano.

Dichas reformas fueron acogidas por parte de la doctrina con un entusiasmo prácticamente unánime (lo que, por otra parte, tampoco resulta muy sorprendente, dado que la doctrina oficialista ha acogido con entusiasmo *todas* las reformas, incluidas las de sentidos contrarios) y se consideraron la culminación de un largo proyecto evolutivo de la justicia mexicana (cabe decir que, también en esta ocasión y como luego se verá, *todas* las reformas de la Suprema Corte habían sido saludadas como la culminación del sistema).

Este estudio responde, pues, a dos finalidades. La primera: una impugnación de esta actitud por parte del sector más tradicional del constitucionalismo mexicano. Y ello, fundamentalmente, por dos tipos de razones.

En primer lugar, porque dicho entusiasmo aparece como un entusiasmo no documentado. Es decir, se alaban las reformas en cuanto reformas, sin estudiar cuáles son los detalles concretos de las mismas, el nivel técnico de su redacción formal, sus consecuencias de orden jurídico, ni su compatibilidad y coherencia con el resto de funciones de la Corte y del orden jurídico mexicano en general.

Se trata, pues, de suplir dicha falta de documentación ofreciendo un estudio lo

más completo posible de las características técnico formales de las nuevas instituciones y de su ubicación sistemática dentro de las competencias de la Corte.

En segundo lugar –y lo que es más importante–, se trata de ver si, dejando al margen esta falta de información, existen razones de fondo que puedan (aunque fuera por otros motivos) justificar el entusiasmo.

Pues bien, también aquí conviene introducir una doble distinción. De un lado, la experiencia histórica general demuestra que, con frecuencia, la adopción de sistemas de control constitucional aparece asociada a situaciones sociales complejas –marcadas más por la involución social que por su evolución–, contrarias a los valores que definen materialmente al constitucionalismo, y en las que se contraviene de forma más o menos abierta la normatividad constitucional que, presuntamente, están llamados a defender, y la rigidez, normatividad, superlegalidad, de la norma suprema.

Se quiere decir con ello no que siempre y en todo caso exista una correlación directa entre establecimiento de sistemas de justicia constitucional e intentos involucionistas o antidemocráticos, sino que, en algunos casos, así ha sido y que, por tanto, la relación entre nacimiento de la justicia constitucional y fortalecimiento de los valores constitucionales es una relación histórica y que, como tal, debe ser estudiada en la realidad para su verificación.

De otro lado, dejando al margen cuál haya sido el origen (en algunos casos, remoto) de la adopción de los sistemas de justicia constitucional, el entusiasmo por su adopción estaría justificado si pudiera demostrarse que en su actuación práctica real han conseguido escapar de la tenaza a la que parecen condenados: ser superfluos o antidemocráticos. También aquí el estudio histórico arroja un balance complejo. Si no es posible afirmar que siempre y en todo caso los Tribunales hayan actuado como meros legitimadores de las decisiones tomadas en otras sedes, apartándose de dicho papel tan sólo (justamente) para enfrentarse a las mayorías de cambio, desde luego tampoco es cierto que ello no haya sucedido nunca.

Ello nos conduce a la segunda finalidad del trabajo. La de encontrar una teoría que permita a la justicia constitucional actuar de forma coherente con los valores sustantivos del constitucionalismo (especialmente, del constitucionalismo social).

En esta tarea deben tomarse en consideración un doble orden de ideas. De un lado, los principios globales o estructurales que determinan la coherencia de un sistema de justicia constitucional dentro del constitucionalismo social. De otro, las concretas realidades fácticas y normativas en las que, en cada caso, pretende instaurarse y que garanticen la adecuada especificidad histórica de las conclusiones.

Aclarada, pues, esta doble finalidad crítica y proyectiva –crítica respecto de la reforma realmente adoptada y en funcionamiento (*de lege data*), y proyectiva sobre las posibilidades de expansión y configuración de una justicia constitucional satisfactoria (*de lege ferenda*)–, se expondrán, a continuación, la organización concreta del material en esta Tesis, las relaciones que guardan entre sí las diversas partes de la misma y el encadenamiento lógico entre ellas, y se adelantarán algunas de las conclusiones que finalmente se sostendrán.

La Tesis consta de tres partes. En la Primera se analiza tanto el surgimiento histórico de la justicia constitucional en Europa y Estados Unidos, como el tipo de argumentación teórica de que se vio acompañado. Es a lo que aquí se denominará “*El planteamiento clásico*”.

En la Segunda Parte (“*La evolución posterior*”) se estudia el desarrollo de los sistemas de justicia constitucional en Europa y Estados Unidos, tomando como hilo conductor la relación entre dicha actuación y sus (pretendidas) bases teóricas. Es a lo que aquí se ha denominado, respectivamente, “Europa o la obsesión por el legislador negativo” y “Estados Unidos o la obsesión contramayoritaria”.

En la Tercera Parte (“*El caso mexicano – en busca de la obsesión*”) se analizan los precedentes normativos de la actual regulación constitucional de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, las reformas constitucionales de 1994, el sistema de jurisdicción constitucional tal como queda finalmente configurado, y su actuación práctica (jurisprudencia). Se incluyen, igualmente, algunas referencias sobre una posible configuración futura de la jurisdicción constitucional en México.

Entrando más al detalle de la argumentación y de los datos que la sostienen, cabe decir que en la Primera parte se divide el estudio del origen de la jurisdicción constitucional entre Estados Unidos y Europa, tomando como elemento de guía el hecho de que el mismo haya encontrado su apoyo principal en las ideas de rigidez y supremacía –Estados Unidos–, o en la estructura federal del estado y la validez procedimental o formal (principio de competencia) –Europa–. Naturalmente que esta división tiene una finalidad fundamentalmente heurística y no tiene pretensión de una validez absoluta y universal. Es obvio que ambos factores han influido de manera considerable en ambos sistemas y que, posteriormente, han llegado a entrecruzarse en múltiples formas, tal como se estudia en la Parte Segunda. Lo que se quiere poner de manifiesto es que estas dos ideas han marcado considerablemente a dichas jurisdicciones desde su surgimiento y han seguido actuando como motores de su evolución.

En concreto, en el caso norteamericano la jurisdicción constitucional surge básicamente (en el plano de los hechos), como consecuencia del riesgo experimentado por las clases dirigentes, de que las legislaturas locales adoptaran legislación contraria al derecho de propiedad (sobre deudas y expropiaciones, para ser exactos). Es decir, un contraste entre contenidos normativos (o deónticos) en la Constitución (se reconoce un derecho) y la legislación (se desconoce ese mismo derecho). En este contexto, resulta, en principio, irrelevante que dicha legislación sea estatal o federal, lo importante es que sea contraria o no a un derecho constitucionalmente reconocido. Ello explica igualmente que sólo quepan disputas constitucionales sobre asuntos reales y frente a derechos efectivamente violados (es decir, control concreto) y no frente a amenazas potenciales o teóricas (control abstracto)¹.

¹ Conviene recordar que una última modulación de este entendimiento (el que distingue entre efectos terapéuticos y efectos profilácticos de la legislación antidiscriminatoria) está permitiendo al actual Tribunal Supremo norteamericano acabar con la práctica totalidad de dicha legislación social federal.

En la teoría, la jurisdicción se justifica desde la idea de supremacía constitucional. Confluyen aquí diferentes tradiciones que hacen verosímil esta construcción. De un lado, la participación social comparativamente alta de la población en los procesos constituyentes en América (lo que permitía solventar, en principio, la acusación de antidemocraticidad de las actuaciones de control del Tribunal, en la medida en que éste puede ser contramayoritario con respecto a una determinada mayoría coyuntural, pero es promayoritario respecto de esta mayoría total que es el poder constituyente) y, de otro, el tradicional control ejercido en el Imperio Británico sobre las normas de la colonias (un control que era sustantivo (de contenidos) y no competencial). Lord Bryce supone la manifestación más acabada de estas ideas en esta primera fase, si bien sus tesis han sufrido una considerable desustanciación en su evolución histórica que las han aproximado al entendimiento de la misma (formal, competencial) de tipo europeo.

En la Europa continental, por su parte, las primeras manifestaciones de control de constitucionalidad de la ley se producen en contextos federales. En ellos, se establecen sistemas jurisdiccionales de resolución de conflictos derivados del reparto competencial entre las Federaciones y los Estados que las integran. Mientras dichos estados mantuvieron democracias censitarias, sus sistemas de control de la constitucionalidad de las normas no evolucionaron hacia formas más complejas y centralizadas (conviene insistir, en este sentido, en la vinculación histórica que existe entre sufragio universal y establecimiento de la justicia constitucional). Lo que importa destacar aquí es que cuando dicho riesgo comenzó a plantearse como consecuencia del incremento de voto a los partidos obreros conforme se universalizaba el sufragio, la forma en que se diseñaron los sistemas de control y la forma en que serían teorizados por Kelsen, suponía una profundización en este entendimiento competencial de la función de los tribunales. Efectivamente, para los sistemas europeos resultaba más difícil acudir a una presunta superlegitimidad de los procesos constituyentes puesto que éstos sólo en un sentido sumamente metafórico podrían calificarse de democráticos. En Europa parecía surgir con mucha más evidencia el contraste entre procesos constituyentes censitarios (y, por tanto, normas constitucionales liberal-burguesas) y procesos legislativos democráticos (y, tendencialmente, socializantes). Plantear, en este contexto, un control de contenidos

deónticos, de contraste entre lo ordenado constitucionalmente y lo ordenado por la legislación encerraba dificultades de legitimidad democrática que podían resultar insalvables. Es aquí donde la obra de Kelsen adquiere toda su importancia. Kelsen consiguió justificar la existencia de un Tribunal Constitucional sin caer en un argumento antidemocrático a base de realizar una doble operación de vaciamiento constitucional y ultraformalización constitucional. En definitiva, de llevar al extremo el razonamiento competencial. Las Constituciones no deben contener valores, los valores se determinan según procedimientos constitucionalmente establecidos, los tribunales son garantes de la legalidad procedimental de las decisiones. Es decir, de que cada órgano actúe dentro de su competencia (no sólo ya los Estados de las Federaciones, sino todos sus órganos incluyendo sus Parlamentos Federales): el tribunal constitucional es, por tanto, un legislador negativo. Esta concepción ultraformal (contraria a la sostenida por Bryce) se extiende también a la idea de rigidez constitucional, que pasa a ser entendida como rigidez competencial (la constitución sólo puede reformarse (eso sí, en cualquier sentido) por quien tiene la competencia para hacerlo).

Lo que importa destacar es que, también en este caso, existe una considerable distancia entre la justificación o fundamentación teórica y los hechos. Los Tribunales de corte kelseniano no se disponen a actuar, valga la paradoja, en sistemas constitucionales de corte kelseniano, sino en sistemas en que ya hay incorporadas a la Constitución importantes opciones sustantivas (en favor de la propiedad privada, de los hombres sobre las mujeres, etc.).

El estudio de estas cuestiones servirá después para hacer ver en el caso mexicano que, desde el punto de vista histórico, establecimiento de la justicia constitucional y democratización de un sistema, no son hechos que deban necesariamente ir unidos. E, igualmente, para relativizar la credibilidad de las diferentes justificaciones alegadas en el momento de su creación.

La Primera Parte se completa con una visión sistemática e interna de las formas clásicas de control de constitucionalidad. En ella se trata de fijar, por así decir, el

vocabulario de la justicia constitucional, tratando de evitar equívocos en su estudio posterior. Se tratan, pues, los diferentes modelos, sus características, sus efectos, etc.

En la Segunda Parte se explora la evolución de estas discrepancias señaladas entre surgimiento de la justicia constitucional en los hechos, y justificación o explicación teórica. Tanto en el caso europeo como en el americano estas discrepancias llegarían a convertirse en obsesiones: la obsesión por el legislador negativo en el caso europeo, la obsesión contramayoritaria en el caso norteamericano.

Simplificando al máximo cabría decir que la obsesión europea camina de la teoría a los hechos. En efecto, la teoría de Kelsen es dada por buena por la doctrina (y la clase) dominante y queda fijada sin apenas evolución posterior. Mientras tanto, sin embargo, en el plano de los hechos las cosas son bien diferentes. De un lado, la actuación efectiva de los Tribunales, incluso con las constituciones más o menos liberales existentes hasta la Segunda Guerra Mundial, ya mostraba las dificultades de actuar como un legislador negativo. De otro y lo que es más importante, las dos grandes transformaciones producidas en el constitucionalismo a partir de esa fecha (la centralidad de los derechos y el estado social), hacían ya imposible actuar en términos kelsenianos. La incorporación de una constelación de valores a las constituciones colocaba al Tribunal en situación de tener que emitir, nunca mejor dicho, juicios de valor en teoría ajenos a su función de expertos técnicos en materias formales y competenciales. Las normas típicas del Estado Social con su intervención en la economía y en las relaciones sociales, hacían inútiles y hasta contraproducentes las técnicas de intervención del Tribunal asociadas a la nulidad.

Ello ha provocado dos tipos de efectos. De un lado, los Tribunales han tenido que dar cabida de forma creciente a técnicas nunca previstas de control de la constitucionalidad de las normas, actuando como verdaderos legisladores positivos y deformando hasta el extremo el sentido de las palabras para seguir remitiéndose a Kelsen como inspirador de su teoría. De otro, este comportamiento ha colocado a los Tribunales en una difícil situación desde el punto de vista de la legitimación. Efectivamente, si pretenden mantener su legitimidad técnico formal se ven obligados a adoptar decisiones

insostenibles desde el punto de vista material. Si, por el contrario, adoptan decisiones aceptables materialmente, tienen que hacerlo alejándose en gran medida del papel que la teoría les otorga y cargando con la acusación de haber “politizado” la justicia constitucional. A esta dificultad es a la que aquí se denomina “obsesión por el legislador negativo”.

Para completar el estudio de esta evolución en Europa y de las dificultades teóricas y de legitimidad que ha originado, se analiza el posible nuevo escenario que presentan aquellos sistemas en los que, en lugar de una constitución social propiamente dicha, cabe hablar de constituciones postsociales (lo que en el texto se llama “constitucionalismo atenuado”). Un escenario en el que se añaden nuevas dificultades (acaso insalvables) al entendimiento de la justicia constitucional en términos de legislador negativo.

En Estados Unidos, por su parte, en ausencia de una teoría propiamente dicha de la justicia constitucional, lo que se ha ido debilitando de forma considerable es su justificación inicial. En efecto, mientras que en su primera fase la justificación de los contenidos normativos de la legislación podía hacerse alegando que la especial democraticidad del proceso constituyente debía traducirse en la supremacía de la norma constitucional, frente a la, digamos, democraticidad atenuada del proceso legislativo ordinario, ello resultaría con posterioridad imposible por tres razones.

De un lado, la mera lejanía temporal del proceso constituyente relativizaba de forma importante el papel de los jueces constitucionales como defensores de la mayoría y mostraba con evidencia creciente que se trataba más bien de minorías actuales cuyas opiniones coincidían con las de mayorías pasadas (“It is the living, and not the dead, that are to be accommodated”²). De otro, no sólo el tiempo jugaba contra este argumento sino, sobre todo, el diferente concepto de “mayoría” y hasta de sociedad. La mayoría en la que se basaba el consenso constitucional era una mayoría que, en términos posteriores, constituiría una evidente minoría, ya que no incluía, entre otros, a los indígenas

² PAINE, Thomas, Rights of Man, Penguin Books, Londres, 1985, p. 43.

norteamericanos, a los esclavos afro-americanos, ni a las mujeres.

En tercer lugar, la lejanía temporal y social del momento constituyente provocó que se extendiera la idea de que el texto constitucional había dejado de ser inteligible en términos ordinarios para el presente. Sus conceptos, sus formulaciones, el mundo para el que se crearon, habían dejado de existir. Al tratar de aplicar un artículo constitucional lo que se hacía, en realidad, era colocar en el lugar del sentido perdido y ya imposible de recuperar, las convicciones propias del intérprete. Planteadas así las cosas (al estilo del Realismo norteamericano) toda labor de inaplicación de normas por parte del Tribunal con base en la Constitución se convertía en necesaria y estructuralmente contramayoritaria.

En esta nueva situación, cuando el Tribunal ha tratado de frustrar políticas de los órganos con legitimidad democrática, con frecuencia han surgido críticas en términos contramayoritarios. Estas críticas han llegado a convertirse en uno de los temas principales de la doctrina norteamericana hasta el punto de haber sido calificado de “obsesión”. Ello justifica (“de los hechos a la teoría”) que se hayan desarrollado intentos de justificación de la jurisdicción constitucional que no apelen ya a esta presunta legitimidad de origen del Tribunal, sino a otros valores (participación, minorías, etc.). A dichas teorías se dedica la sección final de la Segunda Parte.

Los análisis incluidos en la Segunda Parte sugieren, en su conjunto, la necesidad de buscar justificaciones y teorías alternativas a la justicia constitucional a las que habitualmente se manejan, ya que éstas parecen agotadas. Si se pretende crear una justicia constitucional, bien para que actúe exclusivamente como legislador negativo y su legitimidad sea jurídico formal, o para que actúe en defensa de las decisiones del poder constituyente frente a las mayorías coyunturales, dicha pretensión parece necesariamente condenada al fracaso.

Desde este marco teórico, se aborda en la Tercera Parte el estudio de la jurisdicción constitucional mexicana. Dicho estudio consta de tres partes. En la primera,

se realiza un examen inicial de las competencias de control de la constitucionalidad antes de las reformas de 1994. En lo que se refiere a la situación desde 1917 (Constitución vigente), de dicho examen se deduce cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sufrido un proceso de progresivo sometimiento al poder político mediante diferentes ingerencias de éste en aquélla que, en la práctica, han determinado que sus actuaciones en materia constitucional hayan sido virtualmente inexistentes, mientras la Constitución sufría, por su parte, una permanente degradación y perdía casi absolutamente su carácter de norma rígida y suprema del ordenamiento.

En la segunda, se estudian las reformas de 1994 en las que, presuntamente, se estableció un sistema de control concentrado de constitucionalidad mediante las acciones y controversias constitucionales, que venía a añadirse al peculiar sistema de control difuso mexicano mediante juicio de amparo. En ella, se repiten algunos patrones de comportamiento detectados anteriormente en lo relativo, por un lado, a su surgimiento coincidiendo con una etapa de transformación en la que los poderes tradicionales ven peligrar su situación de dominio y, por otro, en lo que se refiere a una tramitación realizada incumpliendo la normatividad constitucional que la propia Corte debería, en teoría, defender.

En la tercera, por último, se describe y analiza la situación creada por dichas reformas hasta la actualidad, valorándola críticamente y proponiendo algunas consideraciones de futuro.

Dicho análisis arroja resultados muy negativos. La regulación tanto en el nivel constitucional como en el nivel legal parece tanto incorrecta como inadecuada. Incorrecta, porque en el plano técnico deja numerosas cuestiones sin resolver (y algunas insolubles) o con soluciones defectuosas (como la propia Corte ha reconocido implícitamente al tenerse que manifestar reiteradamente sobre la práctica totalidad de las normas que regulan su cometido, para fijar su sentido). Inadecuada, porque en el plano político tiende a reforzar la concentración de poder, en lugar de a difundirlo, y porque dificulta, en lugar de favorecer, el acceso de quienes más necesitados están de defensa y

protección constitucional.

El análisis de las resoluciones realmente emitidas por la Corte confirma este diagnóstico. La Corte no ha intervenido (acaso con la excepción de la materia electoral) en asuntos con relevancia alguna y nunca en relación con normas federales. Hasta el punto de que muchas de sus decisiones podrían pasar por decisiones de tribunales administrativos ordinarios (anulación de actos municipales por ilegales, por ejemplo). Ello encierra un cierto efecto paradójico. La Corte que políticamente fue modificada (y nombrados sus integrantes) con la finalidad de proteger al antiguo poder político frente a posibles transformaciones impulsadas por vía democrática (es decir, una Corte en el lado “antidemocrático” de la tenaza de que antes se hablaba), se ha convertido, sin embargo, en una Corte aquiescente ante todas las decisiones de un nuevo poder político que, en lo esencial, coincide con el anterior (es decir, una Corte en el lado “superfluo” de la tenaza).

La situación, por desgracia, parece irresoluble salvo que se acometan muy importantes reformas. Cuatro son las razones principales por las que no parece posible que la Corte actúe como un elemento de dinamización y profundización de los valores del constitucionalismo. Ordenados de menos a más importante:

a) En primer lugar, la Corte aparece considerablemente marcada por su falta de legitimidad de origen. Establecida en lo que parte de la doctrina ha considerado un golpe de estado constitucional, y seleccionados los Ministros con la intención declarada de servir a los intereses de la antigua clase dirigente, no parece estar en condiciones óptimas para actuar en un sistema democráticamente aceptable (naturalmente, no puede descartarse una conversión radical de los mismos, en todo caso, por el momento, no se ha producido).

b) La regulación técnico formal de la acción y la controversia constitucionales hacen muy difícil una actuación responsable y coherente por parte de la Corte, incluso aunque, superada su falta de legitimación inicial, decidiera hacerlo.

c) El propio texto constitucional, cuya extensión se ha más que duplicado como consecuencia de las innumerables reformas de que ha sido objeto, se ha convertido en una acumulación informe de preceptos que resulta incompatible con la seguridad jurídica, neutralidad, etc. que deben caracterizar a un sistema “jurisdiccional” de control. Es decir, aunque se reformaran la acción y las controversias y la Corte deseara actuar con plenitud, es sumamente dudoso que pudiera hacerlo ya que no parece fácil llegar a saber qué ordena en este momento la Constitución.

d) La razón, sin duda, fundamental para esta imposible actuación plena de la Corte estriba, sin embargo, en la desustancialización constitucional que han operado las citadas reformas. Setenta años de cambios en manos de gobiernos autoritarios que han ido moldeando a su gusto el texto constitucional, lo han desfigurado de tal modo que ya no sólo es que resulte discutible que nos encontremos ante la misma constitución, sino que es dudoso que se trate de una constitución. En este contexto, defender la normatividad de la Constitución puede ser el más flaco favor a los valores constitucionales y supone, por tanto, minar la base misma en la que se sustenta la jurisdicción constitucional. Acaso, la Constitución mexicana en lugar de un guardián necesita un picapedrero.

Algunas propuestas de futuro con las que, hipotéticamente, se podría hacer frente a esta situación son las recogidas en el último epígrafe de esta Tesis (*Perspectivas*) y las que se resumen en las conclusiones.

En todo caso, pese a este análisis tan negativo, las especiales circunstancias en que se ha establecido (o tratado de establecer) un sistema de jurisdicción constitucional concentrado en México ofrecen la ventaja de permitir una reflexión más general sobre la jurisdicción constitucional que trate de superar las dos obsesiones que en el sistema europeo y en el sistema norteamericano (legislador negativo y contramayoritaria) están bloqueando la evolución de la misma y su adaptación a las necesidades actuales de un constitucionalismo social en tiempos de crisis.

PRIMERA PARTE:
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL –
EL PLANTEAMIENTO CLÁSICO

I.- UNA ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: ¿DEFENSA, CONTROL, JURISDICCIÓN O JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

Para designar a los instrumentos de garantía de la normatividad de la Constitución, concretamente a los de la constitucionalidad de las leyes y otros actos con rango, fuerza o valor de ley, se han utilizado una serie de vocablos, tales como “defensa”, “control”, “jurisdicción” o “justicia constitucional”. Aunque en estricto sentido tales vocablos no sean sinónimos, se trata, sin embargo, de un problema de carácter terminológico que aquí no se abordará. Y ello, porque todos están tan arraigados –y, como se verá a continuación, confundidos– tanto en la doctrina como en la práctica, que resultaría ocioso tratar de discutir si lo más correcto es la utilización de uno o de otro. Considero, sin embargo, conveniente aclarar desde este momento inicial, a qué instituciones se hace referencia a lo largo del presente trabajo, cuando se utilizan tales términos de defensa, justicia, jurisdicción o control constitucional.

Como es sabido, el término “defensa de la Constitución”, fue consagrado por Carl Schmitt en su célebre libro del mismo nombre³. Algunos juristas italianos, por su parte, hablan de *giurisdizione costituzionale*, entre los que, por citar a uno sólo, podemos encontrar a Mauro Cappelletti⁴, aunque éste también –y en una de sus más conocidas obras– haya utilizado el término de “control”⁵. Otro sector de los doctrinistas italianos se refiere, en cambio, al *processo costituzionale*⁶. Por su parte, los tratadistas franceses, en su mayoría, hacen referencia al “control de la constitucionalidad”, tal es el caso de Maurice Hauriou⁷ y Léon Duguit⁸. Los constitucionalistas alemanes utilizan el término

³ SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Labor, Barcelona, 1931.

⁴ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad, traducción de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Giuffrè, settima ristampa, Milano, 1978 (hay versión en castellano, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, 1966).

⁶ Entre otros, ABBAMONTE, Giuseppe, Il processo costituzionale italiano, tomo I, Casa Editrice Dott, Eugenio Jovene, Nápoles, 1957.

⁷ HAURIOU, Maurice, Principes de droit public, 2ª edición, Sirey, París, 1916, pp. 31 y ss.

⁸ DUGUIT, Léon, Manuel de droit constitutionnel, Fontemoing, París, 1918, pp. 304 y ss.

de “jurisdicción constitucional” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)⁹, y los angloamericanos, el de *judicial review* (revisión judicial).

Siguiendo a Héctor Fix-Zamudio puede decirse que los términos “control” de la constitucionalidad y “defensa” de la Constitución, son los de mayor amplitud, ya que “abarcan todo el conjunto de medios que se utilizan para lograr, tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales, en el supuesto de la violación o desconocimiento de la superlegalidad constitucional”¹⁰, de tal suerte que la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional quedarían incluidas dentro del control y defensa de la Constitución. Así lo señala, recientemente, José Ángel Marín: “... la justicia constitucional debe ser englobada dentro de la defensa constitucional entendiendo por tal el conjunto de instituciones y medidas mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y ordenamiento frente a los peligros que le amenazan desde dentro... la jurisdicción constitucional [...] tiene por objeto resolver problemas suscitados por la observancia de las normas constitucionales...”¹¹. Sucede, sin embargo, que para Pedro Cruz Villalón¹² el control de constitucionalidad aparece inserto dentro de la justicia constitucional.

Héctor Fix-Zamudio prefiere utilizar el término de justicia constitucional al de jurisdicción constitucional ya que considera que este último, “resulta demasiado limitado [...] pues en estricto sentido sólo comprende el estudio de la actividad de verdaderos tribunales, formal y materialmente considerados, que conozcan y resuelvan las controversias de naturaleza constitucional de manera específica, es decir que los citados tribunales están especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional, y aunque la tendencia es creciente hacia la configuración de estos órganos

⁹ Entre otros, LECHNER, Hans, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Beck, München, 1996.

¹⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965, UNAM, México, 1968, pp. 13 y ss.

¹¹ Cfr. MARIN, José Ángel, Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 14.

¹² Cfr. CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 28.

jurisdiccionales especializados, existen numerosos regímenes en los cuales las normas de carácter judicial constitucional se atribuyen a órganos de carácter político, o bien a los jueces ordinarios.”¹³, definiendo dicho autor a la justicia constitucional como: “...el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental.”¹⁴

Por su parte, Rubio Llorente se decanta por la utilización del término de jurisdicción constitucional, a la que define como “...aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder.”¹⁵

No se pretende, obviamente, aportar toda la serie de definiciones que se han dado a los distintos términos comentados, únicamente se citan algunas, para demostrar que los tratadistas designan con distintos nombres a los instrumentos de garantía de las normas de la Constitución. Por ello, a lo largo del presente trabajo, se utilizarán los términos de justicia, control o jurisdicción constitucional entendiéndolos como todo procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la supremacía de la Constitución, bien que sea realizado por el poder judicial en el contexto de su función ordinaria de administración de justicia, o bien por un órgano especializado.

¹³FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴*Ibidem.*

¹⁵ RUBIO Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la Jurisdicción constitucional en Europa”, en RUBIO Llorente, Francisco y JIMÉNEZ Campo, Javier (eds.), Estudios sobre jurisdicción constitucional, Mc. Graw Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998, p. 156

II.- LA CUESTIÓN DEL ORIGEN.

1.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY) SURGIDA COMO CONSECUENCIA DE LAS IDEAS DE SUPREMACÍA Y RIGIDEZ CONSTITUCIONALES.

a) Aproximación histórica a las ideas de rigidez y supremacía constitucionales.

Resulta generalmente aceptada la afirmación de que es en Estados Unidos de Norte América, donde por vez primera se entendió a la Constitución como ley suprema, es decir, como realidad normativa directamente aplicable tanto a los órganos del Estado como a los individuos¹⁶. Ahora bien, para entender correctamente este carácter de ley superior de la Constitución es necesario, siguiendo a Pedro de Vega,¹⁷ hablar de los presupuestos sociales y políticos que configuran en la praxis al poder constituyente americano: el principio democrático de soberanía popular y la idea de limitación del poder del gobernante, como poder constituido en el ámbito de la democracia representativa. Tomando como base el estudio citado¹⁸ –ya un clásico que, en lo esencial, sustituye con ventaja a toda la bibliografía anterior por lo que su cita resulta superflua– a continuación realizaré una breve exposición de las conclusiones relativas a ambos aspectos, dejando para apartados posteriores el debate concreto sobre la forma en que “en los hechos” llegó a surgir un sistema americano de justicia constitucional.

Señala Pedro de Vega que el Estado constitucional, tal como lo entendieron los constituyentes americanos, presenta como estructuras fundamentales dos principios, uno político, que es el principio democrático y otro jurídico, que es el de la supremacía constitucional. Por lo que, en la organización estatal surgida como consecuencia de los procesos revolucionarios burgueses, concurren dos líneas de pensamiento no solamente

¹⁶ Esta afirmación ha sido recientemente impugnada por José Acosta Sánchez en su obra, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, Tecnos, Madrid, 1998, p. 95.

¹⁷ VEGA García, Pedro de, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985.

diversas sino además, en principio, incompatibles. La primera sería la que trata de justificar el poder, cuya construcción teórica se atribuye al iusnaturalismo contractualista y, en especial, a Rousseau; y, la segunda, la que trata de limitarlo, que se encuentra formulada –inicialmente– de manera completa en la obra de Montesquieu.

Para Rousseau, la única Constitución imaginable es el contrato social, y puesto que el pueblo es soberano y la soberanía inalienable, el pueblo sólo debe obedecerse a sí mismo con lo que se justifica un poder ilimitado de la voluntad general. Por ello, para poder hablar de la Constitución como instrumento limitador del poder, “frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista se coloca entonces la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia”(p. 17-18). Es así cómo, en la democracia representativa, al hacerse la distinción entre gobernantes y gobernados y admitirse la separación de poderes, se concebirá a la Constitución como ley suprema, que controlará y limitará, “en nombre de la voluntad soberana del pueblo, la voluntad no soberana del gobernante”(p. 18).

De lo que se concluye que, “el evidente triunfo en la praxis política de la democracia representativa frente a la democracia de la identidad, y la consiguiente aparición de la teoría constitucional, más que obedecer al desarrollo del principio político democrático, a lo que en realidad responde es a la amputación y a la negación más rotunda de sus consecuencias en el terreno de la práctica. Porque se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa.” (p. 19).

En efecto, para salvar el principio democrático, se le asigna al pueblo, como titular único de la soberanía, la facultad de dictar y aprobar la Constitución, pero puesto que el poder constituyente una vez que realiza su cometido desaparece, y con él, el dogma de la soberanía popular, se ve la necesidad de otorgar la supremacía, justamente a

¹⁸ Las citas que aparezcan entre comillas serán extraídas de este libro, salvo que se indique lo contrario, por lo que sólo aparecerá entre paréntesis el número de la página de donde proceden.

la Constitución. Así, “frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge realmente es una auténtica soberanía, como dirían, por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho.” (p. 20).

Por tanto, el mérito principal de la tradición norteamericana, fue el definir claramente al pueblo como el titular del poder soberano, el cual lo ejercitaría, dándose una Constitución, y toda vez que su actuación termina con la aprobación de dicha Constitución, la exigencia jurídica inmediata será que ésta se convierta en ley suprema, ya que sólo así, se puede perpetuar la legitimidad democrática del sistema. “La soberanía política se convierte así en soberanía jurídica” (p. 40).

Como se vera en el siguiente apartado¹⁹, la Constitución Norteamericana de 1787 establece el principio de supremacía constitucional en el artículo 6, cláusula segunda, y puesto que el objetivo es que la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria tenga pleno vigor y efectividad jurídica, surge la noción de rigidez constitucional, concepto que como es por todos conocido, fue consagrado teóricamente por Bryce en su clásica obra “*Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*”²⁰. Las Constituciones rígidas, dirá Bryce, “están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento –o instrumentos– en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial...”²¹.

Así pues, conforme a la idea de rigidez, para la modificación de la Constitución, ya que es considerada una norma suprema, se requiere un procedimiento distinto, más complicado y agravado que para la modificación de las leyes ordinarias. Tal noción de rigidez fue establecida en la Constitución Norteamericana en el artículo 6, donde se

¹⁹ *Vid. infra* p. 25.

²⁰ BRYCE, James, Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, 2ª. Edición, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

²¹ *Ibidem*, p. 20

señala que, para la aprobación de las reformas constitucionales, se requiere el acuerdo de las dos terceras partes del Congreso, así como la aprobación de las tres cuartas partes de las legislaturas de los Estados.

Como puede observarse, la Constitución Norteamericana, reguló tanto la supremacía como la rigidez constitucional, lo que no hizo, fue establecer los mecanismos sancionadores para el caso de transgresiones a la Constitución, tarea acometida por el Tribunal Supremo en el año de 1803, como se verá en el siguiente apartado con mayor detenimiento.

En Europa, la situación es –en principio– diferente a la norteamericana: puesto que se define de manera ambigua y contradictoria al poder constituyente, éste no será considerado como un poder previo y superior a los constituidos. Y es que, debe recordarse, que (tras la breve fase revolucionaria), en el siglo pasado, la mayoría de las Constituciones eran consideradas como concesiones del monarca o como pactos, por lo que los mismos poderes que aprueban la Constitución, son los que luego serán regulados por ella. De esta forma, no existe distinción entre poder constituyente y constituido, por lo que, al coincidir estos dos poderes, la Constitución ya no es obra del poder constituyente y, por tanto, la idea de supremacía deja de tener sentido. “La no distinción, a nivel político, entre poder constituyente y poder constituido, se traduciría, jurídicamente, en la paralela indiferenciación entre Constitución y ley ordinaria. Y, claro es, una Constitución que formalmente no se distingue de la ley ordinaria, podrá ser considerada como ley, pero lo que ciertamente no será es una Constitución” (p. 45).

Ahora bien, la equiparación de Constitución y ley ordinaria debe ser considerada como un segundo momento, como señala Antonio de Cabo de la Vega, ya que, “Los autores que crean el pensamiento revolucionario piensan que la Constitución es el acto inicial de soberanía de la comunidad [...] aquí se trata de “asegurar la permanencia del “Nuevo Régimen” salido de la Revolución y evitar la vuelta al antiguo [...] La Constitución se entendía no sólo como expresión del nuevo orden sino también como su garantía”. Además, la Constitución del 91 (y la Convención con Robespierre a la cabeza)

establecerán la supremacía directa de la Constitución, al menos en relación con los derechos reconocidos [...] La igualación ley-constitución se producirá al incorporar al constituyente a la constitución, bien en forma de Asambleas soberanas, bien en forma de Monarca, o de ambas. Pero éste es históricamente un segundo momento.”²²

En este segundo momento, en Europa, más que la supremacía de la Constitución, lo que cobra protagonismo es la supremacía de la ley (como se verá con mayor detenimiento cuando se trate el surgimiento de la justicia constitucional en Europa²³) y ello porque, siguiendo la teoría de Sieyès, se reconoce como titular de la soberanía no al pueblo, sino a la Nación, que, siendo un ente abstracto, sólo podrá manifestar su voluntad a través de representantes. El poder constituyente ya no será el pueblo, sino las Asambleas, ya que la Nación delega en ellas su competencia. De forma que, frente a la separación clara que se da en Estados Unidos entre poder constituyente y poderes constituidos, “el continente europeo que sigue los esquemas establecidos por Sieyès, introduce una dosis notable de confusión. Al trasladarse a las Asambleas Constituyentes representativas el ejercicio pleno de la soberanía, nada tiene de particular que el poder constituyente soberano se proyecte, o intente perpetuarse, como poder legislativo ordinario, incluso cuando la Constitución es aprobada. Con lo cual se abre la puerta para que el régimen constitucional parlamentario se transforme en régimen convencional o de Asamblea.” (p. 36).

Una vez recordados el esquema general del surgimiento de los conceptos de supremacía y rigidez constitucional, y la manera en como fue concebida en América y en Europa, se puede entrar al estudio del nacimiento de la justicia constitucional, ya que ésta aparece en Norteamérica como consecuencia de considerar a la Constitución como ley suprema y rígida, a diferencia de lo que ocurrirá en Europa, donde al prevalecer la supremacía de la ley sobre la supremacía de la Constitución, el origen de la justicia constitucional tendrá un origen diverso, como se verá en páginas posteriores.

²² CABO de la Vega, Antonio de, Elementos de flexibilidad en una Constitución pretendidamente (super)rígida: rigidez y justicia constitucionales, en prensa, p. 238.

²³ *Vid. infra*, pp. 60 y ss.

a.1) En los hechos: el nacimiento del control judicial de las leyes en Estados Unidos.

La justicia constitucional, en su aspecto medular de control de las leyes por Jueces o Tribunales, surge, pues, en los Estados Unidos a principios del siglo XIX, como consecuencia, primordialmente, del principio de supremacía de la Constitución y de la rigidez de la misma, a diferencia de lo que ocurrió en Europa, donde no lo haría hasta 1920, y por razones muy distintas, como fórmula para resolver los conflictos entre la Federación y los Estados, no consolidándose en realidad hasta después de la Segunda Guerra Mundial, en donde ya definitivamente, pasaría a fundamentarse también en las citadas ideas de supremacía y rigidez constitucionales.

Se debe recordar, en este sentido que, siguiendo las palabras de Cappelletti, “La Constitución norteamericana ha representado, en suma, el arquetipo de las llamadas Constituciones rígidas, contrapuestas a las Constituciones flexibles; o sea el arquetipo de aquellas Constituciones que no pueden ser modificadas o derogadas mediante leyes ordinarias sino, en todo caso, a través de procedimientos especiales de revisión constitucional.”²⁴

Por ello mismo, en este apartado sólo me referiré a la justicia constitucional surgida en Estados Unidos, dejando para un apartado posterior el establecimiento y evolución de la justicia constitucional en Europa. Como se recordaba en la introducción, esta distinción inicial no pretende una veracidad histórica absoluta, sino una clarificación analítica. En la Parte Segunda, al estudiar justamente las “insuficiencias” del modelo clásico, se volverá desde una perspectiva más compleja al repaso de estos mismos asuntos.

El hecho de que el control judicial de las leyes haya surgido en los Estados Unidos, ha sido achacado a diferentes razones:

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 19.

- a) La existencia del sistema jurídico de las colonias americanas anterior a la independencia, por medio del cual ninguna ley de las colonias podía contrariar a las Cartas o Estatutos ingleses, so pena de declarar nulas a las primeras, así como del *Common Law* en donde se da un examen de la adecuación de las leyes a las normas tradicionales.
- b) Una estructura federal, que sin duda favorece la decisión judicial sobre las leyes por las frecuentes contradicciones entre leyes estatales y federales.
- c) Pero sobre todo esto, la razón primordial de tal surgimiento es el establecimiento de un sistema constitucional liberal, basado en una Constitución rígida y suprema, lo cual quedaría claramente expresado en la famosa sentencia dictada por el juez Marshall en el caso de *Marbury v. Madison* de 1803.

Se sigue como razón primordial la presencia de los principios de rigidez y supremacía constitucional, puesto que, y siguiendo a Pedro de Vega García, "...hablar de Justicia constitucional, al menos en su manifestación más importante, como es el control de constitucionalidad de las leyes, sólo cobra sentido en el marco de las constituciones rígidas...Es en el marco de las constituciones rígidas donde, al distinguirse perfectamente entre normas constitucionales y normas ordinarias, se consagra definitivamente el principio de la supremacía constitucional. Lo que significa que, porque la constitución es *lex superior*, en el supuesto de conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango inferior, debe prevalecer, en cualquier caso, el criterio constitucional.”²⁵

Veamos, en primer lugar, la incidencia de los otros factores alegados ya que no cabe la menor duda, por otro lado, de que el concreto sistema americano del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue un resultado de los antecedentes ingleses, porque como acertadamente señala J.A.C. Grant, “Ningún pueblo es completo dueño de su destino, ya que su futuro es moldeado en gran parte por su pasado. Las

²⁵ Cfr. VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en Estudios Políticos Constitucionales, UNAM, México, 1987, p. 283.

instituciones políticas solamente pueden ser comprendidas cuando se las mira históricamente...”²⁶.

Hay quien ha querido ver, en la doctrina sentada por el juez inglés Sir Edward Coke en 1610 el origen de la “*judicial review*”²⁷. Recordemos que Coke, en la sentencia del año 1610 sobre el famoso caso del doctor Bonhams, subrayó la supremacía del “*common law*” sobre la autoridad del Parlamento, colocando al juez como árbitro entre el Rey y la nación y frente al Parlamento.²⁸

Sin embargo, esta posibilidad debe enfrentarse a algunas consideraciones adicionales. Siguiendo a Mario Battaglini²⁹, es claro que Coke quiso reflejar la supremacía del “*common law*” sobre la voluntad regia, y precisamente a partir del tal premisa supeditaría los actos del Parlamento al “*common law*”, pero ello en tanto y cuanto el Parlamento actúa como un órgano de la voluntad del Rey. De tal suerte, que equiparar el “*common law*” al “*fundamental law*” no sería adecuado, ya que lo que Coke pretendía era separar al Parlamento del Monarca, proclamando la supremacía del primero sobre este último.

En conclusión, la sentencia de Coke sobre el caso Bonhams debe interpretarse tomando en consideración el contexto de la época en que fue dictada, es decir, en el siglo XVII, momento en que se mantenía una disputa por la soberanía resumida en el intento de escisión entre monarquía y Parlamento, “... momento de crisis política en el que la

²⁶ Cfr. GRANT, James A., El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política, UNAM, México, 1963, p. 29

²⁷ Entre otros, Jean Beauté en Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke (1552-1634). Ses idées politiques et constitutionnelles, PUF, París, 1975, en donde afirma que: “...en los Estados Unidos existirá un control de constitucionalidad de las leyes que responderá plenamente a las ideas de Coke” (p. 79).

²⁸ Transcribiré, a continuación, un fragmento de dicha sentencia que resulta interesante, respecto al tema que estamos tratando, es decir, el control de constitucionalidad de las leyes: “And it appears in ours books, that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void... . Herle said, some statutes are made against law and right, which those who made them perceiving, would not put them in executio.” en la Colección documental The Founder`s Constitution, Ph. B. Kulrland y R. Lemer (editors), The University of Chicago Press, 1987, vol. 5, p. 303 (grafía modernizada).

²⁹ Cfr. BATTAGLINI, Mario, Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, Giuffrè, Milano, 1975.

soberanía regia resiste y se quiere expresar sobre todo en el proceso de producción de la ley, en el ámbito del Parlamento. Así, la concepción de Coke a la altura de 1610 debe entenderse como respuesta al nuevo absolutismo regio y a favor de lo que más tarde impondría la revolución, la soberanía del Parlamento. Su ataque a la ley, utilizando como arma el *common law*, se dirigía contra la antigua concepción del rey legislando a través del Parlamento, ya inaceptable [...] la doctrina de Coke [...] resulta ser, en rigor, una raíz muy débil de la futura *judicial review* norteamericana, en tanto estuvo determinada, más que por una concepción de limitación del poder legislativo, por la pugna contra el absolutismo monárquico en una época concreta.”³⁰

En donde sí podemos ver un antecedente más claro es en el sistema jurídico vigente de las colonias americanas. Justo antes de la independencia de éstas (y, hasta mucho después, en otros lugares), las Cartas o Estatutos de la Corona Inglesa permitían que las Colonias se dieran sus propias normas siempre y cuando no contradijeran a aquéllas, previendo que, en caso de existir contradicción, los jueces no aplicarían la ley americana, dejando clara la supremacía del Parlamento Inglés y de sus normas.

Un ejemplo del funcionamiento de este modelo colonial lo podemos encontrar en el caso *Winthrop v Lechmere*, que fue conocido en apelación por el Consejo Privado del Rey (Kings Privy Council) en 1727. Siguiendo la esquemática exposición de Grant³¹ podemos ver que: “...Una ley de Connecticut de 1699 disponía que, en la distribución de las propiedades de los que morían intestados, el hijo mayor debería recibir porción doble y que todos los otros hijos deberían heredar porciones iguales. El General Winthrop murió intestado en 1717 dejando una cantidad considerable de bienes raíces en Connecticut. Le sobrevivían un hijo, Juan, y una hija Ana, esposa de Tomás Lechmere. Juan reclamaba todos los bienes raíces bajo la ley común de Inglaterra, mientras que Lechmere, en nombre de su esposa, demandaba un tercio bajo la ley de Connecticut. El tribunal colonial decidió en favor de este último, pero Winthrop apeló al Consejo Privado y obtuvo la revocación de esta sentencia.- La Carta de Connecticut disponía que la

³⁰ ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, *op. cit.*, pp. 37-38.

³¹ GRANT, James A., *op. cit.*, pp. 29-30

colonia podría aprobar “leyes saludables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra”. El Consejo Privado reconoció el argumento de Winthrop, de que una vez que la ley de Inglaterra establecía la primogenitura, la ley de Connecticut “no estaba autorizada por la Carta”. Su resolución sostuvo que la ley de 1699 era “completamente nula (*null and void*) y no autorizada por la Carta de aquella colonia” y, por consiguiente, “sin fuerza o efecto ninguno”. La sentencia del tribunal colonial, que adjudicaba una tercera parte de la tierra a la hija, fue, por consiguiente, invalidada, y toda la propiedad se adjudicó al hijo varón.”

De la lectura del caso antes transcrito, se pueden desprender “...dos rasgos que habían de llegar a ser principios básicos en la ley constitucional norteamericana: 1) una ley contraria a una ley básica superior (hoy día, la Constitución; en este caso, la Carta de la Colonia) es nula; y 2) es el deber de todas las cortes, incluso las cortes de primera instancia, negarse a poner en vigor tales leyes, y si las apoyan estas resoluciones serán declarada inválidas en la apelación.”. Diez años más tarde se asentaría un tercer principio: “la decisión judicial en un caso determinado es definitiva solamente respecto de las partes en litigio.”, ya que en 1737 la colonia de Massachusetts apeló un caso semejante ante el Consejo Privado, y a pesar de que tal colonia tenía idéntico estatuto que el de Connecticut, el Consejo Privado resolvió que la ley de Massachusetts era válida, por no estar en conflicto con ninguna ley inglesa que fuera aplicable a la colonia.³². En terminología moderna: supremacía constitucional, control difuso y efecto *inter partes*.

Con la independencia de las colonias americanas de Inglaterra en 1776, los nuevos Estados mantuvieron la práctica de controlar la adecuación de las leyes, ya no a las Cartas o Estatutos de la Corona, sino a sus propias Constituciones.

Sin embargo, la “*judicial review*”, entendida como el control de la constitucionalidad de las leyes por los órganos jurisdiccionales, no se formalizó en el articulado constitucional de la Constitución Federal de 1787, y ello pese a que dicha posibilidad sí fue abordada en la Convención constitucional, como puede constatar en

³² *Ibidem*, p. 30

los célebres comentarios a la Constitución de Hamilton, Madison y Jay publicados inicialmente en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, y recogidos, como es sabido, con posterioridad con el título de “El Federalista”³³, en formato de libro.

La trascendencia de estos comentarios no puede exagerarse ya que, como recuerda acertadamente Pritchett³⁴, el Juez Marshall citaría en su favor el contenido del artículo LXXVIII de “El Federalista”³⁵, en la sentencia del célebre caso *Marbury v. Madison* de 1803, en la que se va a establecer el concepto de Constitución como realidad normativa, como ley suprema, real y efectiva, que contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos y que por tanto representa la primera aplicación histórica del sistema de “*judicial review*”. Ésta fue la forma en que Hamilton sentaba las bases de la revisión por el Poder Judicial de los actos y leyes contrarios a la Constitución: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto del legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo...- Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí sólo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad.- La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece

³³ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., El Federalista, FCE, 1ª. Reimpresión de la 2ª Edición, México, 1974.

³⁴ Cfr. PRITCHETT Herman, C., La Constitución Americana, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 191

por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”

Tomando en consideración todos los antecedentes históricos, y por su puesto el artículo VI, cláusula 2 de la Constitución Federal de 1787³⁶, que establece la llamada “cláusula de supremacía”, no es de extrañar, que el “Chief Justice” del Tribunal Supremo, John Marshall, en 1803, sostuviera en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison* la Supremacía de la Constitución sobre cualquier tipo de ley, ya sea federal o de los Estados, así como la obligación de los tribunales de no tomar en cuenta las leyes que se le opongan, dando origen de esta manera al sistema de la “*judicial review*”, llamado también control judicial, difuso o americano de la constitucionalidad de las leyes³⁷.

En el caso de *Marbury v. Madison*, tal como señala Pérez Serrano³⁸, la cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía.

Como señala Francisco Fernández Segado, “El Chief Justice Marshall consideró que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución [...] de nada serviría que la Norma suprema acotara a las diferentes ramas del Poder, si el Congreso pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución [...] Marshall se interrogaba

³⁵ HAMILTON, Alexander, artículo LXXVIII de *El Federalista*, *op. cit.*, pp. 330-336.

³⁶ Dicha cláusula establece: “Esta Constitución y las leyes que se hagan en prosequimiento de la misma; y todos los tratados hechos o que se hagan en el futuro bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada uno de los Estados estarán obligados a regirse en conformidad con ella, no obstante cualquier cosa en contrario en la constitución o leyes de cualquier Estado”

³⁷ Querría insistir nuevamente en que, por las razones alegadas en la Introducción, se sigue aquí una línea “clásica” y, por así decir, acrítica, dejando para la Parte Segunda las diferentes alegaciones que sobre la historicidad y viabilidad de esta construcción se han realizado. Allí se alega la bibliografía contraria a esta construcción y se discute su mérito.

³⁸ PÉREZ Serrano, Nicolás, *La noble obra política de un gran Juez: Juan Marshall*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1995, p. 23.

acerca de si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas. La respuesta había de ser negativa en tanto en cuanto la misión de los órganos jurisdiccionales habían de consistir precisamente en decir qué cosa es la ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Ésa y no otra, diría Marshall, es la esencia de la función judicial”³⁹.

En palabras del propio Marshall, en la tantas veces citada sentencia *Marbury v. Madison*⁴⁰: “La cuestión de si una Ley que repugne a la Constitución puede llegar a ser “Ley de la tierra” es una cuestión profundamente interesante para los EE.UU.; pero, felizmente, no tan intrincada proporcionalmente a ese interés. Parece sólo necesario reconocer ciertos principios, supuestamente antiguos y bien establecidos para decidirla: que el pueblo tenga un derecho original de establecer para su futuro gobierno tales principios que, en su opinión, le conduzcan a su propia felicidad, es la base sobre la cual la entera fábrica americana ha sido erigida. El ejercicio de este derecho original es un muy grande esfuerzo; no puede ni debe repetirse frecuentemente. En consecuencia, los principios así establecidos son profundamente fundamentales. Y como la autoridad de la cual proceden es suprema y puede actuar raramente, tales principios se configuran para ser permanentes.- Esta voluntad original y suprema organiza el gobierno y asigna sus poderes a los respectivos órganos. Puede o bien pararse ahí o establecer ciertos límites que no pueden ser trascendidos por dichos órganos o ramas.- El Gobierno de los EE.UU. es de los descritos en último lugar. Los poderes del legislativo son definidos y limitados; y esos límites no pueden ser tergiversados u olvidados, pues la Constitución es escrita. ¿Qué objeto tendría limitar los poderes y consignar esa limitación por escrito si luego tales límites pudiesen en cualquier momento ser transgredidos por aquellos a quienes se intenta limitar?. La distinción entre un gobierno de poderes limitados y otro de poderes

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad” en GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (eds.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson, S.L., Madrid, 1997, p. 57.

⁴⁰ El original de la Sentencia se puede ver en BREST, Paul, Processes of constitutional decisionmaking: cases and materials, Little, Brown, Boston, 1992, pp. 50 y ss. Las secciones que aquí se citan, están sacadas

ilimitados resultaría abolida si dichos límites no vincularen a las personas a las cuales les son impuestos y si actos o leyes prohibidas y actos o leyes permitidas tuviesen igual eficacia. Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga; o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una ley ordinaria.- Entre esa alternativa no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos, y como cualquier otra ley, es modificable cuando al legislativo le plazca hacerlo.- Si el primer término de la alternativa es verdadero entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si fuese verdad el segundo término, entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable.- Ciertamente, todos los que han establecido Constituciones escritas contemplan a éstas como formando el Derecho Supremo y fundamental de la nación y, consecuentemente, la teoría de los respectivos gobiernos debe ser que una ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula. Esta teoría está esencialmente vinculada a las Constituciones escritas y debe ser, consecuentemente considerada de nuestra sociedad [...] ¿Es que si una Ley del legislativo ordinario contraria a la Constitución es nula (puede decirse que) no obstante esa invalidez vincula a los Tribunales y les obliga a darle efecto? ¿O, en otras palabras, aunque no sea Derecho constituye una regla operativa como si fuese Derecho? [...] Es de la competencia y del deber de la rama judicial, dicho con todo énfasis, decir lo que es el derecho. Quienes aplican la norma a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esa norma. Si dos Leyes están en conflicto entre sí los Tribunales deben decidir sobre la eficacia de cada una. Así, si una Ley está en oposición a la Constitución, si las dos, la Ley y la Constitución, son aplicables al caso concreto, el Tribunal debe decidir el caso conforme a la Ley, inaplicando la Constitución, o conforme a la Constitución, inaplicando la Ley; el Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto ha de regir el caso. Esto está en la verdadera esencia de la función judicial.”

de la “Revista Mexicana de Derecho Público”, tomo I, pp. 317 a 343, donde se encuentra una traducción completa de la resolución.

Como puede constatarse de la lectura de parte de la sentencia *Marbury v. Madison*, antes transcrita, el Juez Marshall, fundamenta el control de constitucionalidad de las leyes por los tribunales judiciales, 1) en la consideración de la Constitución como norma superior del ordenamiento a la que éste debe sujetarse necesariamente, como realidad normativa, que contiene normas que son directamente aplicables tanto a los individuos como a los órganos del Estado, y 2) en que para proteger la supremacía de la Constitución, la garantía más adecuada, es sin duda, que todos los órganos del Poder Judicial puedan llevar a cabo el control de la constitucionalidad de las leyes, ya que son ellos los encargados de interpretar las normas y de aplicarlas al caso concreto. A partir de esta sentencia, comenzará, con las salvedades que luego se harán, a desarrollarse un sistema de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, llamado también control difuso, de cuyas características hablaré en un apartado posterior.

Cabe hacer la aclaración de que no fue el juez Marshall el primero en considerar que el control de constitucionalidad de las leyes deberían realizarlo todos los órganos del Poder Judicial. Como ya se dijo, durante los debates de la Convención constituyente y también durante los debates de las convenciones estatales para ratificar la Constitución, prevalecía con claridad la idea de que los posibles excesos del legislativo debían ser controlados por el poder judicial⁴¹. Además, como Grant advierte, “...el Congreso mismo, en la Ley Orgánica de los Tribunales, (Judiciary Act) de 1789, había reconocido el derecho de los tribunales, tanto estatales como federales, a poner en duda la validez de un tratado o de una ley disponiendo que si un tribunal del Estado declaraba inconstitucional tal tratado o estatuto, tal sentencia, a menos de ser revocada por la corte superior estatal, “puede ser reexaminada y revocada o sostenida en la Corte Suprema de los Estados Unidos”.”⁴²

Fueron los tribunales inferiores federales, los primeros que se negaron a poner en vigor una ley del Congreso por considerarla inconstitucional y no la Corte Suprema. Se trataba de una ley aprobada en 1792 que ordenaba a los tribunales de circuito o de turno

⁴¹ Para una consulta sobre los debates en la Convención constituyente y en las convenciones de los Estados, en donde se puede observar claramente la idea de que el poder judicial debía limitar al legislativo, véase: BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Harvard U. P., Cambridge (Mass.), 1969.

⁴² GRANT, James A., *op. cit.*, p. 33.

(circuit courts) que decidieran el caso de ciertas demandas sobre pensiones de inválidos, con sujeción a la revisión del Secretario de la Guerra y del Congreso.⁴³ Igualmente, Gargarella nos recuerda otros casos de importancia, en los que el Tribunal Supremo tuvo un pronunciamiento relevante: "... en "*Vanhome`s Lessee v. Dorrande*", donde el juez Patterson sostuvo que "la Constitución es la suprema ley de la tierra; es soberana con respecto al poder de la Legislatura, y no puede ser revocada o alterada sino por el poder que la hizo [...] y, por consiguiente, [todos los actos de la Legislatura] deben ser conformes a ella, o serán nulos [...] es deber de la Corte conformarse a la Constitución y declarar el acto [contrario a la misma] nulo e ineficaz". De manera similar, el 8 de marzo de 1796, en el caso *Hylton v. Estados Unidos*, la Corte estableció que era su deber decidir en contra de una ley, cada vez que ésta fuese encontrada incompatible con la Constitución. El juez Chase, en dicha ocasión, pronunció su conocida sentencia según la cual sólo iba a declarar la inconstitucionalidad de una ley en caso de que se tratase de un "caso muy claro". En *Ware Administrator v. Hylton*, el juez Chase volvió a enfatizar la primacía de la Constitución respecto de la ley."⁴⁴

Concluyendo, en los doce primeros años, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, inauguró la práctica de la *judicial review*⁴⁵, pero sin declarar la doctrina en que se fundaba, y sin legitimar o fundamentar constitucionalmente dicha función, lo que vino a hacer posteriormente la sentencia del Juez Marshall. En efecto, es sin lugar a dudas, la tantas veces citada, sentencia del Tribunal Supremo, presidido por el Juez Marshall, en el famosísimo caso *Marbury v. Madison*, en 1803, en la que se inicia formalmente la Justicia Constitucional, ya que en ella se establecen sus lineamientos, facultándose a todos los Jueces norteamericanos para dejar de aplicar una ley, aprobada por el Congreso, cuando consideren que la misma es contraria a la Constitución, por ser ésta la Ley Suprema de la Nación⁴⁶.

⁴³ El caso se encuentra resumido por Grant en la obra citada, pp. 33-34.

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 44-45.

⁴⁵ Para una revisión exhaustiva de los casos de anulación de leyes durante este periodo, consultar CURRIE, David P., The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1985.

⁴⁶ Cabe hacer la aclaración, de que existen voces que quieren restarle importancia a dicha sentencia, entre otros Crosskey, el cual sostiene: "...el caso de *Marbury v. Madison* no tuvo nada que ver con la *judicial*

Al respecto, Grant ha dicho que: “...la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política.”⁴⁷

En relación con esta tesis, Cappelletti⁴⁸ opina que: “...en principio puede estimarse como sustancialmente verdadera, pero sin que sea históricamente correcta”. En efecto, el mencionado tratadista, Mauro Cappelletti, considera que “...ha existido también en otros y más antiguos sistemas jurídicos, una especie de supremacía de una determinada ley o de cierto cuerpo de leyes –que con terminología moderna, podemos calificar como leyes “constitucionales” o “fundamentales” (*Grundgesetze*)– en relación con las otras leyes, que siempre con terminología moderna, podemos llamar leyes “ordinarias”.” Señalando como ejemplos el caso del derecho ateniense, en el cual se distinguía entre el *nomos*, que era la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, que era lo que en sentido moderno es el decreto, así como la concepción medieval sobre la supremacía del derecho natural o el *iusnaturalismo* de los siglos XVII y XVIII, para concluir “...que frente al entusiasmo, que por lo demás no es injustificado, del jurista norteamericano [refiriéndose, desde luego, a Grant] orgulloso de las grandes innovaciones aportadas a la ciencia política por el sistema de la *judicial review*, el incrédulo hombre de la vieja Europa estaría tentado a repetir una vez más, el antiguo y escéptico lema, siempre verdadero, aunque sólo en parte: *nihil sub sole novi*; nada es nuevo bajo el sol.”

Sin embargo, se acepta en términos generales, como origen de la justicia constitucional, la obra del Juez Marshall, en el caso *Marbury v. Madison*, porque, como acertadamente opina Pedro de Vega⁴⁹, “...la justicia constitucional, al menos en su manifestación del control de constitucionalidad, sólo es lógicamente articulable en el

review, visto desde cualquier base realista. Su insignificancia al respecto está totalmente demostrada por el hecho de que ninguna ley del Congreso sería declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo en un plazo de cincuenta y cuatro años.” CROSSKEY, William Winslow, Politics and the Constitution in the History of the United States, vol. II, The University of Chicago Press, 1953, p. 1046.

⁴⁷ Cfr. GRANT, James A, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁸ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 19-27.

⁴⁹ Cfr. VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *op. cit.*, p. 286.

marco de las constituciones rígidas, carece de fundamento buscar precedentes históricos con anterioridad al momento en que la constitución se configura positivamente como ley suprema.” Para agregar con posterioridad que “...el concepto de constitución en sentido moderno, como ley superior y suprema, sólo aparece con el triunfo de la Revolución americana y el subsiguiente proceso revolucionario francés, todo lo que sea remontarse en el tiempo más allá de esos dos momentos memorables supone forzar la realidad y destruir la historia.”

Del anterior repaso histórico cabe extraer, a reserva de lo que luego se dirá, las siguientes consecuencias: 1) el derecho norteamericano contaba con instrumentos técnico jurídicos, heredados del Derecho inglés, para asegurar el respeto a la jerarquía de fuentes, por lo que éstos no constituyen una novedad; 2) dichos instrumentos se habían utilizado siempre en contexto de lucha de poderes (Parlamento contra Rey en Inglaterra en el s. XVII; Metrópoli contra Colonias en el siglo XVIII y XIX) por lo que limitarlos a un problema de “teoría de fuentes” oculta (o, cuando menos, reduce) su verdadera naturaleza; 3) los constituyentes (estatales y federales) se vieron enfrentados, por primera vez, a la necesidad de justificar esta práctica heredada en un contexto en el que, a priori, no podía haber enfrentamiento de poderes porque “todos los poderes proceden del pueblo” lo que exigió una nueva fundamentación –ahora ya sí, normativista– del control judicial de las leyes; 4) la importancia de la Sentencia *Marbury v. Madison* reside en la fusión de los puntos primero y tercero, es decir, la aplicación de unos mecanismos conocidos (y ya empleados con anterioridad) con una nueva justificación teórica; 5) la conclusión cuarta es, en buena medida, retrospectiva porque, de facto, no existió control judicial de las leyes hasta 50 años después; y 6) adelantando lo que luego se dirá, la reaparición del control judicial de las leyes coincidiendo con un nuevo enfrentamiento de poderes políticos introduce elementos de duda en la conclusión 3 que (como luego se verá) reciben confirmación en el análisis de los períodos de actividad y deferencia del Tribunal Supremo, dependiendo de la situación política.

Una nota sobre el origen antidemocrático de la justicia constitucional en Estados Unidos.

Toda la explicación anterior respecto al nacimiento de la *judicial review* norteamericana constituye, podríamos decir, su forma “clásica”: aquella en la que es presentada por sus promotores y que aparece ante nuestros ojos como una fórmula clara y sencilla de comprender, a saber: “Porque la Constitución es obra del poder soberano del pueblo, ésta es ley suprema del país y como tal debe ser interpretada y defendida por el poder judicial, para evitar así que el legislativo pueda violar la Constitución a través de las leyes ordinarias”.

Sin embargo, esta fórmula no representa tan diáfananamente los motivos reales por los que la justicia constitucional se instauró en los Estados Unidos y por los que, posteriormente, llegará a establecerse en Europa. En efecto, la clase dirigente norteamericana en las postrimerías del siglo XVIII, comenzó a centrar toda su atención en la necesidad de un defensor de la Constitución, fijándose para tal fin en la función judicial, cuando percibió la gran influencia de la ciudadanía sobre las legislaturas estatales. Así pues, “la Constitución se consolida en Norteamérica como Ley suprema en virtud de la necesidad de las clases dominantes de protegerse del Legislativo, mediante la división de éste, el veto a sus leyes, la autonomía y concentración del Ejecutivo y el control judicial de las leyes.”⁵⁰

Como nos recuerda Roberto Gargarella, en Norteamérica “...desde finales del siglo XVIII, las legislaturas aparecieron como directas “poleas de transmisión” de exigentes demandas de la ciudadanía. Más concretamente, en muchos casos (y forzadas por circunstancias económicas agobiantes...) tales legislaturas se vieron obligadas a tomar medidas económicas perjudiciales para los sectores más acomodados de la sociedad. Este tipo de reacciones legislativas resultaron inaceptables para buena parte de

⁵⁰ ACOSTA Sánchez, José, *op. cit.*, p. 65.

la clase dirigente norteamericana, y dieron origen a los mencionados temores contra las legislaturas.”⁵¹

Así, la clase dirigente, ante la actividad de las asambleas legislativas, que siguiendo las demandas de la ciudadanía, dictaban leyes perjudiciales para sus intereses, juzgaron al poder democrático de las legislaturas como instrumentos de “tiranía”, de “opresión”, en este sentido, “...el notable político Alexander Hamilton denunció la “usurpación” del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en “dictadores perpetuos”...aseguró estar siendo testigo del “despotismo de la Legislatura” lo cual le confirmaba que “no había tiranía más opresiva “ que aquella emanada de “una mayoría victoriosa”.”⁵²

La clase dirigente partía de la idea de que las asambleas legislativas actuaban de manera imprudente, entre otras razones, por el hecho de que sostenían la existencia de “principios verdaderos” que no podían ser percibidos por los “ciudadanos comunes”. Así, Hamilton sostuvo que, siguiendo el pensamiento de Locke⁵³ el cual se refería a las “verdades primarias”, “en las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento, y que se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto es porque existe algún desorden o defecto de los órganos perceptivos, o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio”.⁵⁴ Además señalaban que las mayorías tendían a dejarse llevar por las pasiones más que por la razón, para Madison “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera que sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego,

⁵¹ GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁵² *Ibidem*, p. 25

⁵³ Para ampliar la información respecto de la influencia de Locke en el pensamiento de la clase dirigente norteamericana, consúltese WHITE, Morton, Philosophy, The Federalist, and the Constitution, Oxford U. P., 1987.

⁵⁴ El Federalista, *op. cit.*, artículo XXXI.

cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”⁵⁵.

Varios argumentos apoyaban estos puntos de vista. Entre otros, se afirmaba que la mayoría se dejaba arrastrar por demagogos, y que lo que, finalmente, perseguían las legislaturas eran intereses locales que poco o nada tenían que ver con los intereses superiores de la nación. Tales argumentos tendrían gran influencia en el momento de redactar la Constitución de Norte América.

La idea que, en último término, se desprende de todos los ataques antes aludidos a las mayorías, es la necesidad de defensa de las minorías, lo que, como acertadamente señala Gargarella, “nos resulta aún hoy intuitivamente aceptable. Sin embargo, antes de otorgarle nuestra aprobación convendrá aclarar qué se pretendía decir en aquella época cuando se hablaba de la idea de minorías”.⁵⁶ En efecto, en aquel momento, al hablar de minorías, no se quería hacer referencia a los grupos con escaso poder, ni a los minoritarios en número, sino a uno “y sólo a uno, de los posibles grupos minoritarios de la sociedad: el grupo de los “acreedores”, o grandes propietarios [...] no se estaba hablando de un grupo sin “poder” efectivo, sino del núcleo de los más favorecidos de la sociedad.”⁵⁷

La mayoría de los dirigentes políticos en la Convención constituyente, aceptaban la idea de Madison, respecto a que la sociedad estaba dividida en diferentes grupos, siendo la división más importante la existe entre los ricos y los pobres. “Hamilton aclaraba algo más –que el resto de la clase dirigente inmediatamente compartió– “denle todo el poder a la mayoría [“the many”], y ellas oprimirán a las minorías [“the few”]. Denle todo el poder a las minorías [“the few”], y ellas oprimirán a las mayorías[“the

⁵⁵ *Ibidem*, artículo LVIII.

⁵⁶ GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

many”]. Ambas partes, entonces, deben contar con el suficiente poder, que les permita a cada uno defenderse contra la otra”⁵⁸

Es así como, para lograr que los dos grupos más importantes de la sociedad participen de igual poder político, surge el sistema de “frenos y contrapesos” (el principio de separación de poderes de la teoría de Montesquieu, adaptada para Estados Unidos por John Adams), es decir, el establecimiento de diferentes áreas de poder, independientes entre sí, con facultades que les permitan limitarse entre ellas. De esta manera se explica el veto presidencial, la capacidad de cada una de las Cámaras para vetar las decisiones de la otra y para superar el veto del ejecutivo, y el control judicial de las leyes.

Ahora bien, la participación de la “ciudadanía común” se realizaba en la Cámara de diputados, lo cual había sido percibido por la clase dirigente y, justo por ello, había conducido a la necesidad de establecer mecanismos que limitaran al legislativo. Respecto a la minoría (la de los ricos) “...la clase dirigente política asumía que existían medios institucionales capaces de asegurar la presencia de dicha “minoría” en el Gobierno. Dos instrumentos, al menos parecían mágicamente capacitados para el logro de tal objetivo: las elecciones indirectas y los distritos electorales extensos. En efecto, así como se entendía que a través de las elecciones directas la ciudadanía tendía a dejarse arrastrar por las voces de demagogos y líderes populistas, se presumía que los líderes electos, reunidos en cuerpos pequeños y aislados, quedaban liberados de tales nocivas influencias. Por otro lado se asumía que los distritos extensos iban a impedir la aparición de políticos excesivamente dependientes de sus electores (y, por lo tanto, se iba a prevenir la actuación de políticos excesivamente apegados a intereses muy localistas). Requisitos adicionales como los de la edad avanzada, la exigencia de determinados estudios o (en los casos más extremos) cierta cantidad mínima de propiedades, acabaron asegurando (según se asumió por entonces) la representación de los “ricos y bien nacidos”.”⁵⁹

⁵⁸ Cit. por GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 38.

Así las cosas, lo que permanecía claro en las mentes de los constituyentes era la necesidad de limitar al Legislativo, lugar donde anidaba la “amenaza democrática”, para lo cual se considerará a la Constitución como norma Suprema del país (art. VI Constitucional que establece la “cláusula de supremacía”) y, aunque no se incluyera en el texto finalmente aprobado de manera expresa, la posibilidad del control judicial de las leyes. Como ya se dijo, el propio Juez Marshall recordaría esta intención del constituyente al establecer de manera definitiva el control judicial de las leyes, la “*judicial review*”, piedra angular del sistema constitucional norteamericano en 1803.

Lo que se pretende dejar en claro es precisamente el origen político y antidemocrático de la justicia constitucional en Estados Unidos de Norteamérica: ésta surge, teóricamente, como consecuencia de la consideración de la Constitución como Ley Suprema del país, aunque en la realidad, como se ha visto, la verdadera intención era la de limitar al legislativo, lugar en el que se manifestaban los intereses del pueblo. Y, puesto que no era posible hacerlo a través del veto presidencial, ya que éste no podía ser absoluto, se ideó el control judicial de las leyes. Como acertadamente señala José Acosta Sánchez, “...el control de constitucionalidad no se dirige originariamente a asegurar la supremacía de la Constitución, sino a suplir los mecanismos de defensa del Ejecutivo frente al Legislativo. O sea, la defensa de la Constitución se sitúa en el terreno de las consecuencias y no en el de las causas de la iniciativa constituyente de instituir tal órgano de control de las leyes. No se crea mirando a la Constitución, sino al juego de fuerzas entre el Legislativo y el Ejecutivo, para debilitar al primero y reforzar al segundo.”⁶⁰. En definitiva, es difícilmente sostenible que las funciones constitucionales del Tribunal Supremo guarden alguna relación, en origen, con ningún problema de teoría o jerarquía de fuentes. Y, además de ser una función política, su intención sería la de actuar como elemento antidemocrático. El estudio de la evolución posterior del Tribunal deberá ratificar, excluir o matizar esta afirmación (*vid. infra*).

⁶⁰ ACOSTA Sánchez, José, *op. cit.*, p. 85

En Europa, como se verá más adelante⁶¹, la justicia constitucional surgirá, en principio, como consecuencia de la estructura federal del Estado, y ello más de un siglo después de que naciera en Estados Unidos. Dejando al margen otras consideraciones, resulta interesante recordar el hecho de que, en los países europeos, la aparición de la idea de rigidez y justicia constitucionales corre pareja con la extensión del sufragio. Puede afirmarse que existe una correspondencia entre voto censitario y constitución flexible y sufragio universal y constitución rígida. Si ello es así, parece poder deducirse que la pretendida defensa de las minorías es, con carácter general, sólo relevante para el sistema jurídico cuando dichas minorías son justamente las que ostentan la condición de antiguo grupo dominante y en ningún otro caso. Nuevamente, es la evolución de los hechos posteriores la que deberá, en su caso, resituar a la rigidez y a la justicia constitucional. Parece evidente que durante el siglo XIX no se vio la necesidad de considerar a la Constitución como Ley Suprema, porque en los Parlamentos del Estado liberal existía tal homogeneidad producto del sufragio censitario, que el legislativo no representaba ningún peligro para la clase dominante. Ésta se encontraba representada por los partidos “conservadores” y “liberales”, que llegaban a diferentes formas de acuerdo sin que existiera una lucha política en sentido fuerte. Sin embargo, al reconocerse el sufragio universal en el Estado democrático, y al sentirse amenazadas las clases dirigentes por los partidos socialistas que venían a romper con esa homogeneidad, se ve la necesidad de considerar a la Constitución como Ley suprema y rígida, con la idea de evitar que se modificaran, en perjuicio de la minoría, las reglas básicas del Estado. Aquí vemos cómo, nuevamente, la minoría a la que se hace referencia es a la clase privilegiada, la que había mantenido el poder hasta ese momento. Por ello, se puede decir que el hecho de considerar a la Constitución como Ley Suprema obedece a la necesidad de limitar al legislativo, que podía llegar a representar los intereses populares, cosa que, posteriormente, no sucedió, como se analizará con mayor detenimiento en la segunda parte del presente estudio. Es decir, lo que se quiere evitar es la participación democrática del pueblo, lo cual coincide con lo que se dijo antes del origen de la consideración de la Constitución como Ley Suprema y rígida en los Estados Unidos⁶².

⁶¹ *Vid. infra*. Punto 2.-La justicia constitucional (jurisdicción constitucional de la ley) surgida como consecuencia de la estructura federal del Estado, p. 60.

⁶² *Vid. supra*, pp. 43 y ss.

a.2) En la teoría: las aportaciones hasta Lord Bryce.

En el presente epígrafe se recorre, por así decir, el camino inverso al del anterior. Si los jueces buscaron en la idea de rigidez y supremacía una justificación para una práctica judicial preexistente (el control de la aplicación del sistema de fuentes), hubo también ciertos autores que, al margen de toda aplicación jurisdiccional, predicaron la rigidez y supremacía constitucionales como consecuencia de diferentes razonamientos. Se estudian, pues, aquí algunas construcciones teóricas anteriores a Kelsen. Las de dicho autor se exponen junto con el sistema europeo de jurisdicción constitucional pues, en su caso, su argumentación no es independiente sino que gira en torno a su propio modelo de control jurisdiccional.

Como ya se ha dicho, buscar precedentes teóricos a la rigidez y supremacía “constitucionales” antes de que existan constituciones, no deja de ser un quehacer científico de difícil justificación. La presencia de estas líneas iniciales dedicadas al pensamiento de Vattel se explica por la importancia de sus obras en el desarrollo del pensamiento inmediatamente posterior. De todos modos, sus ideas se aplicaron a un mundo que él ni siquiera pudo imaginar y es dudoso que, de haberlo hecho, hubiera compartido la interpretación que de sus escritos se hizo. En todo caso, es cierto que, desde un punto de vista teórico, el pensamiento más cercano a la consideración de la Constitución como ley suprema, antes de los procesos revolucionarios, es el de Vattel. El cual, décadas antes de que la idea surgiera en Norteamérica, en su libro *Derecho de gentes* (1758), sostenía que: “La nación puede confiar el ejercicio del poder legislativo al príncipe o a una asamblea, o a ambos conjuntamente [...] El problema que se plantea es si ese poder se extiende hasta las leyes fundamentales, si puede o no cambiar la constitución del Estado. Los principios que hemos expuestos conducen a la conclusión de que la autoridad de los legisladores no llega tan lejos y que las leyes fundamentales deben ser sagradas para ellos si la nación no les da muy expresamente el poder de cambiarlas, pues la constitución del Estado debe ser estable; y puesto que la nación primero ha establecido las leyes fundamentales y después ha confiado el poder legislativo a ciertas personas, aquellas leyes se exceptúan de la comisión que éstas han recibido. En

definitiva, si los legisladores reciben su poder de la constitución, ¿cómo podrían cambiarla sin destruir el fundamento de su autoridad?”.⁶³

Como puede observarse, Vattel señala que la nación, primero, ha establecido las leyes fundamentales (noción de poder constituyente), y que, posteriormente, ha otorgado facultades legislativas, ya sea al príncipe o a una Asamblea o a ambos conjuntamente. Legislativo éste, que está limitado por las leyes fundamentales, pues es de ellas de donde recibe su poder, por lo que, para modificar la constitución del Estado, se requiere de un poder específico de reforma que le sea concedido expresamente por las mencionadas leyes fundamentales. Así, Vattel estructura a la Constitución como Ley suprema, ya que distingue entre poder constituyente y constituido, entre leyes ordinarias y leyes fundamentales, estableciendo además un poder de reforma especial para cambiar estas últimas, lo que falta en la teoría de Vattel, es la configuración de la función encargada de interpretar la Constitución y de defenderla de los ataques que pudiera sufrir por parte de las leyes ordinarias.

El pensamiento de Vattel sería recogido en Norte América por Hamilton en la forma antes expuesta al discutirse los diferentes intentos de creación de una jurisdicción de la ley en dicho país. Valgan, pues, las explicaciones que sobre el artículo LXXVIII de El Federalista se dieron antes⁶⁴.

En Europa, por su parte, durante el siglo XIX, –y como quedó señalado anteriormente⁶⁵– la mayoría de las Constituciones eran consideradas como concesiones generosas del monarca o pactos, por lo que la noción misma de poder constituyente quedaba eliminada: los poderes que otorgan o aprueban la Constitución son los mismos que posteriormente aparecen regulados por ella, con lo que, al no considerarse al poder constituyente como previo y superior a los poderes constituidos, no se justificará la

⁶³ VATTEL, Derecho de gentes, Libro I, Capítulo III, parágrafo 34. Cit. por Acosta Sánchez José, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁴ *Vid. supra*, p. 34.

⁶⁵ *Vid. supra* inciso a) Aproximación histórica a las ideas de rigidez y supremacía constitucionales, pp. 23 y ss.

supremacía de la Constitución. Ésta sólo puede entenderse cuando se acepta la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos.

En este contexto, lógico resulta que la producción teórica respecto a la supremacía de la constitución sea prácticamente inexistente. Sin embargo, como nos recuerda Pedro de Vega, "...no faltaron los juristas que, sin poner en duda las premisas políticas de la soberanía compartida o del principio monárquico, pretendieron reconstruir la noción de Constitución como ley suprema."⁶⁶ Tal es el caso de Robert von Mohl que al respecto señala: "Resulta inconcebible que se pueda poner en duda la relación jurídica entre leyes constitucionales y ordinarias, y negar la naturaleza superior de las primeras, cuando las enseñanzas de la historia y las declaraciones de los propios textos son evidentes. Sin embargo, la sofística reaccionaria niega validez a este principio. Ha sido ésta, en particular la tarea en que se afana H. Bischof en la *Deutsche Vierteljahrschrift* (III, 166 ss.), quien considera que establecer una diferencia esencial entre ley constitucional y ley ordinaria va en contra del principio monárquico, porque se trata de una distinción [...] que únicamente es explicable cuando se entiende que la Constitución emana del pueblo soberano. Sin embargo, es notoriamente falso que esto sea así y que el rango superior de la Constitución sólo sea deducible como emanación de la soberanía popular...La superioridad se justifica porque esa cualidad es atribuida por la autoridad legislativa competente. Y no es necesario preguntarse por quién es esa autoridad, sino solamente por su competencia para hacer una declaración en tal sentido..."⁶⁷

Como puede desprenderse de lo anteriormente transcrito, la postura de Von Mohl es poco sólida, ya que el principio de supremacía constitucional sólo cobra sentido en las democracias representativas, en las que al hacerse la distinción entre gobernantes y gobernados, se hace necesario limitar el poder de los primeros para salvaguardar la soberanía del pueblo y eso se logra a través de una Constitución Suprema⁶⁸. No así en los sistemas en los cuales existe identidad entre el soberano y el legislador como es el caso

⁶⁶ VEGA García, Pedro de, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁷ Cit. por *ibidem*, p. 46.

de las monarquías absolutas o de soberanía compartida, en donde resulta obvio el rechazo a la idea de Ley superior.

En conclusión, durante el siglo pasado, la idea de supremacía en Europa tuvo una significación mucho menor a la existente en Estados Unidos, “...incluso en aquellos supuestos en que el sistema constitucional se edificó sobre el postulado político democrático de la soberanía popular, y cuando las propias Constituciones proclamaron la rigidez, estableciendo un procedimiento distinto para su reforma que el regulado para la modificación de la legislación ordinaria.”⁶⁹

A continuación se analizarán las aportaciones teóricas de Bryce que plasmó en su clásica obra “Constituciones flexibles y constituciones rígidas”⁷⁰, ya que, de dicha obra parte la teoría sobre la rigidez constitucional “...y en más de cien años, no parece haber avanzado mucho más allá, considerándosela igualmente válida para la Inglaterra Victoriana, la Alemania de Otto Von Bismark, la Francia del affaire Dreyfus o la España de Alfonso XII, y para la actualidad en cualquier país del mundo.”⁷¹ El pensamiento de Bryce es, pues, sumamente importante, ya que suele citársele como justificación total de la rigidez constitucional, pero por desgracia, –como señala Antonio de Cabo– con una “degradación” de la teoría inicial. “Es decir, que las referencias posteriores a la idea de rigidez van rebajando progresivamente la complejidad del planteamiento inicial y volviéndolo cada vez más trivial.”⁷²

Bryce comienza proponiendo una nueva clasificación de las constituciones existentes, distinta a la clasificación tradicional en escritas y no escritas, ya que considera que los términos no son muy apropiados, “La divisoria que intentan establecer –dice– entre estas dos clases de constituciones, no constituyen una línea bien definida, porque en

⁶⁸ Vid. *supra* inciso a) Aproximación histórica a las ideas de rigidez y supremacía constitucionales, pp. 23 y ss.

⁶⁹ VEGA García, Pedro de, La reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁰ BRYCE, James, Constituciones flexibles y constituciones rígidas, *op. cit.* Cuando se trate de notas tomadas de este libro, sólo aparecerá al final el número de la página de la cual fueron extraídas.

⁷¹ CABO de la Vega, Antonio de, Elementos de flexibilidad en una Constitución pretendidamente (súper) rígida: rigidez y justicia constitucionales, *op. cit.*, p. 182.

toda Constitución escrita [*sic, recte* “no escrita”] debe haber y hay [...] algún elemento de uso escrito; en tanto que en las llamadas no escritas existe una fuerte tendencia a considerar las recopilaciones de costumbres o de precedentes como obligatorias. Esta circunstancia hace que tales escritos sean casi equivalentes a una ley formalmente dictada; a esto podríamos añadir que las Constituciones no escritas, si bien se originaron en las costumbres, siempre contienen algunos estatutos.” (p. 16).

Así, Bryce enuncia ciertos caracteres que distinguen a las constituciones que pertenecen al *Common Law*, las de tipo más antiguo, frente a las estatutarias o de tipo más moderno. Las primeras, dirá, “...están a igual nivel que las otras leyes del país, lo mismo si estas leyes existen sólo en forma de estatutos que si existen en la de decisiones escritas que definen y confirman una costumbre. Tales constituciones proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y son promulgadas o abolidas según el mismo procedimiento que aquéllas. En tales casos, la palabra “Constitución” sólo se refiere a aquellos estatutos y costumbres del país que determinan la forma y disposiciones de su sistema político...”(p. 20), mientras que las segundas (las modernas) “están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento –o instrumentos– en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entre en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder.” (pp. 20-21).

Bryce propone como denominación para designar a cada uno de estos dos tipos de Constituciones, los términos de flexibles, para referirse a las constituciones de tipo más antiguo “...porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales.” (p. 26) y rígidas, para designar las constituciones modernas “...porque su estructura es dura y fija.” (p. 26).

⁷² *Ibidem*, p. 183.

Al realizar el análisis de las características de estas constituciones, Bryce va a introducir elementos sustantivos y no solamente formales de distinción entre Constituciones rígidas y flexibles. Dirá de estas últimas que en ellas "...técnicamente, nos es imposible marcar una distinción entre las leyes constitucionales y las que no lo son. Estrictamente hablando, no hubo Constitución romana, como tampoco existe Constitución británica. Es decir, no existen leyes que de manera definitiva puedan ser consideradas como leyes fundamentales y definidoras y distribuidoras de los poderes del Gobierno, la manera de crear autoridades públicas y los derechos y libertades cívicas." (p. 29).

Como puede observarse, para Bryce la rigidez no es únicamente la distinción entre dos tipos de normas, sino que la Constitución rígida debe tener un contenido concreto, es decir, debe definir y distribuir los poderes del Gobierno y los derechos y libertades, no es pues, una norma cualquiera. Así, se mezclan dos elementos en las Constituciones rígidas, uno normativo que es justamente la rigidez y otro político que es el contenido al que se acaba de hacer referencia, desafortunadamente, esta idea fue quedando en el olvido desde el principio, dándose de esta manera "...una primera fase teórica de la "desrigidificación"...que sería, pues, la de vaciar a la constitución de contenido y hacerla no una norma, sino una ordenadora del sistema de normas (Kelsen), y ahí sí, seguir predicando su rigidez, rigidez que, en todo caso, sería *sui generis* para Bryce, ya que se trataría de una rigidez técnica y no política..."⁷³

Para Bryce, una de las razones por las que, las constituciones flexibles son más anteriores en el tiempo a las rígidas, es que, "...son las más compatibles con una sociedad de condición ruda y en que, emanando de las costumbres, siempre origen de la ley, son la forma más sencilla y clara que una sociedad política natural puede adoptar" (p. 34), agregando más adelante que, "...la creación de una Constitución verdaderamente rígida viene más tarde, cuando aparece algún sistema representativo."(p. 39). Y es que, como se ha venido diciendo, sólo cuando se distingue entre pueblo y representantes de éste, tiene

⁷³ *Ibidem*, p. 186.

razón de ser la existencia de una ley superior, capaz de limitar el poder de los representantes y de esta manera salvaguardar el poder soberano del pueblo.

Las Constituciones rígidas, dirá Bryce, "...han nacido, generalmente, cuando la masa del pueblo estaba ansiosa de asegurar sus derechos contra las extralimitaciones del poder y construir una estructura de gobierno en el cual sus voces tuvieran la seguridad de imponerse. Estas constituciones procuran una protección valiosa a las minorías, que, si no en peligro de ser sojuzgadas por la tiranía de las masas, están, al menos, expuestas a ser acalladas y llevadas al desaliento por las mayorías; por lo tanto necesitan toda la protección que las garantías legales puedan darles." (pp. 158-159) Por ello, sostiene Bryce que tales Constituciones han sido consideradas como características de la democracia, a diferencia de las Constituciones flexibles que "...tienen una natural afinidad con una estructura de gobierno aristocrático." (p. 64).

Sin embargo, Bryce hará notar que ha habido un cambio de opinión respecto de que la rigidez constitucional sea favorable a la democracia, y puesto que este punto es esencial para todo el razonamiento posterior, se incluye aquí una larga cita de las palabras textuales de Bryce:

"En las nuevas democracias de los Estados Unidos y de las colonias británicas autónomas –y lo mismo puede decirse de los países de Europa gobernados popularmente–, el pueblo no teme ya abusos de poder por parte de sus gobernantes. El gobernante es el mismo pueblo, acostumbrado al mimo y a la adulación. No siente ninguna necesidad de la protección que las constituciones rígidas garantizan.

En los Estados Unidos, bajo las restricciones del poder legislativo contenidas en la Constitución federal o en la Constitución del Estado, según los casos, las cuales han rodeado de protecciones aborrecibles los derechos de propiedad y las obligaciones de los contratos subsistentes, causan irritación no solamente al partido llamado socialista, sino a los reformadores de otras clases. Como estas protecciones pretenden algunas veces impedir la aplicación de remedios necesarios y asegurar la impunidad a los abusos que se

han atrincherado tras ellas, las provisiones constitucionales que ya hemos mencionado han merecido la crítica y la censura de diferentes sectores, y se han realizado muchos intentos por el Poder Legislativo, a petición de los que dicen controlar los votos de los trabajadores, para pasar por alto las restricciones o evadirlas.

La acción de los tribunales ha frustrado generalmente estos intentos, de donde resulta que tanto la Constitución federal como las funciones del Judicial son atacadas a menudo en el país que tan profundamente orgulloso estaba con sus instituciones hace medio siglo. Esta lucha entre el tribunal defensor de doctrinas anticuadas contenidas en las provisiones de una Constitución rígida (federal o estatal) y el Legislativo de un Estado que actúa por mandato de un amplio sector de votantes es una característica notable de la América contemporánea.

El significado de este cambio de opinión aumenta de valor cuando nos encontramos con que en el campo opuesto se ha operado un cambio semejante. Las mismas consideraciones que han hecho odiosas a algunos reformadores americanos las restricciones del poder popular, tras las cuales se han atrincherado las grandes corporaciones y los llamados Trust y, en general, los intereses capitalistas, han llevado a no pocos en Inglaterra a aplaudir dichas restricciones, como garantías inapreciables para la propiedad. Un poco tarde se han dado cuenta éstos de que el poder político ha pasado en Inglaterra de unos pocos a muchos, y temen el empleo que estos muchos puedan hacer de él. Alarmados por el precedente que la legislación agraria sentó en Irlanda, están impacientes por encadenar la legislatura británica antes de que sea tarde, valiéndose de provisiones que impidan las injerencias extrañas en el control que un hombre solo ejerce sobre lo que él llama su propiedad, restrinjan la expropiación para usos públicos, aseguren la libertad completa de contratación y prohíban la intervención de los convenios ya hechos.

Otros, en su deseo de preservar las instituciones políticas que consideran en peligro, proponen en Inglaterra detener toda acción popular súbita, poniendo a esas

instituciones en un grupo aislado, fuera del alcance de la actividad ordinaria del parlamento.

En otras palabras: *la idea de establecer en Inglaterra una especie de Constitución rígida ha empezado a ser defendida justamente por las personas menos dispuestas a confiar en la democracia (...)*

Mi intención ha sido sólo poner en claro cuán diferentes son los aspectos que una misma institución puede presentar. Hace un siglo los revolucionarios eran los apóstoles de las constituciones rígidas, y los conservadores, sus enemigos. Todavía hace cuarenta años la flexibilidad de la histórica Constitución británica constituía su gloria para los ojos de los admiradores del sistema británico, y para los demócratas fervientes, la gloria de la Constitución americana era la rigidez” (pp. 159-164).

Como puede claramente apreciarse, Bryce deja clara la idea de que la rigidez es un límite a la acción democrática, límite que se vuelve necesario al incorporar el principio democrático a la organización liberal del Estado. “Esta nueva rigidez –señala Antonio de Cabo– de la que nos habla Bryce [...] es una rigidez especialmente antidemocrática, una defensa frente a las posibilidades transformadoras del sistema parlamentario. La rigidez habría transitado así de bandera revolucionaria (jacobina) a bandera antirrevolucionaria (liberal conservadora).”⁷⁴

Resumiendo, y siguiendo las acertadas conclusiones de Antonio de Cabo, “...Bryce lejos de haberse limitado a decir que son rígidas las constituciones que prevén un mecanismo de reforma más agravado y difícil que el que se sigue para la legislación ordinaria, trató de poner en claro (no sin contradicciones): 1) que las constituciones modernas (o las Constituciones, a secas) tienen un determinado contenido político además de ciertos caracteres formales; 2) que los caracteres formales (la rigidez) están estrechamente vinculados al principio democrático y que, en buena medida, aquéllos se usan como protección frente a ésta pero; 3) que la valoración que se haga de la relación

⁷⁴ *Ibidem*, p. 241.

citada entre rigidez y democracia debe ser, necesariamente, una valoración histórica; y 4) que Inglaterra se encuentra en una situación especial en la que, dependiendo de la evolución política que siga, resultará necesario o no acudir a mecanismos de rigidez.”⁷⁵

Parecen confirmarse, así, las mismas conclusiones provisionales obtenidas del estudio de la jurisdicción constitucional norteamericana: la idea de rigidez nace con una fuerte connotación política y no técnica y, nuevamente, antidemocrática y no garantista. Repitiendo lo antes dicho, sólo la evolución posterior de estas instituciones podrá hacer razonable o no su adopción por otros sistemas jurídicos, pero la mera invocación de su origen, más parece desaconsejarlo que lo contrario.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 192-193.

2.- LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL (JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY) SURGIDA COMO CONSECUENCIA DE LA ESTRUCTURA FEDERAL DEL ESTADO.

a) Origen del control de las leyes en los estados europeos.

Cabe decir en términos abstractos que Europa va a llegar al control de constitucionalidad de las leyes no mediante la aplicación del principio de jerarquía, sino mediante la aplicación del principio de competencia. Efectivamente, como hemos visto, el surgimiento en Inglaterra y luego en Estados Unidos de diferentes sistemas de control de la legalidad partía de un enfrentamiento de poderes, de carácter jerárquico, que se traducían en un enfrentamiento de contenidos normativos. Si el contenido normativo de la ley dictada por el poder de menor rango es contrario al de otra de mayor, dicha norma es nula. El razonamiento en Europa será inicialmente distinto. No se trata de contrastar contenidos normativos, sino de determinar si, atendiendo a la estructura federal del Estado, la norma ha sido dictada dentro de la competencia del órgano emisor. En caso contrario y, al margen de su contenido, dicha norma es nula. Este principio de articulación imprescindible en todo ordenamiento complejo, ha dejado una hondísima huella en la posterior evolución de la justicia constitucional. Efectivamente, la pretensión kelseniana de articular un control formal de las normas deriva, de forma directa, de una noción sobredimensionada del principio de competencia, en virtud del cual, todo contenido normativo es posible si proviene de órgano competente y, en definitiva, cualquier inconstitucionalidad remitiría a un vicio de incompetencia. Al estudio de estas primeras manifestaciones de justicia constitucional en Europa se dedican las páginas siguientes, reservando el estudio del “modelo teórico-práctico” kelseniano al epígrafe final de esta Parte Primera.

Por diferentes razones de realidad política y de teoría constitucional, y por la diferencia existente entre los Estados de Europa y los Estados Unidos, la “*judicial review*” fue criticada desde numerosas posiciones y, por consiguiente, rechazada en aquéllos. En los Estados liberales europeos, en lugar de proclamarse el principio de

supremacía de la Constitución, se proclama el de supremacía de la ley. Se parte de que ésta es aprobada por los representantes del pueblo reunidos en el Parlamento, que expresan la voluntad de la nación, y que por lo tanto los jueces sólo deben limitarse a aplicarla.

A pesar de que periódicamente surgieron teóricos importantes que propusieron alguna forma de control sobre los excesos de los Parlamentos, como Sieyès⁷⁶ y Tocqueville, subsistió el principio de supremacía de la ley sobre el detrimento de la supremacía constitucional.

En Europa, concretamente en Francia, el control de constitucionalidad de las leyes comienza siendo un control de carácter puramente político, como señala Pedro de Vega, “Frente a los realistas y conservadores, y frente a los ideólogos del absolutismo y de la soberanía del príncipe, se engendrará la idea de que el único guardián de la constitución capaz de defenderla tiene que ser el pueblo”⁷⁷. Y, al hablar aquí de carácter político, se hace en sentido fuerte. Es decir, el pueblo no está llamado a resolver ningún problema jurídico, mediante su intervención como órgano político (al modo en que luego sugeriría C. Schmitt), sino a resolver políticamente un enfrentamiento que es también político: la transformación revolucionaria del Estado.

Mauro Cappelletti⁷⁸, ha señalado tres tipos de razones por las que se establece un sistema político y no judicial de control de constitucionalidad en Europa, específicamente en Francia:

a) Razones históricas. Éstas estriban en la confianza ilustrada en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, debido al recuerdo de las graves transgresiones que, antes de la Revolución, perpetraron los jueces al penetrar con

⁷⁶ Para consultar la propuesta de Sieyès sobre la creación de un Tribunal Constitucional, consúltese: SIEYÈS, Emmanuel, Escritos y discursos de la revolución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

⁷⁷ VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁸ Cfr. CAPPELLETI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, pp. 50-53

demasiada frecuencia en la esfera de competencia de los otros poderes de un modo verdaderamente arbitrario y abusivo.

Para dar cuenta de dicha arbitrariedad, Cappelletti nos recuerda que, “...los puestos judiciales eran considerados por los jueces franceses del *ancien régime*, como un *droit de propriété, un droit patrimonial*, poseído por ellos *au même titre que leurs maisons et leurs terres*; es decir, como un bien patrimonial privado que podía ser vendido, arrendado o transmitido por herencia, y que, especialmente debía disfrutarse lo más posible –a cargo, bien se entiende, de las partes litigantes–; de la misma manera como un buen propietario debe saber disfrutar lo más posible de su derecho. No sin motivo los propios jueces se encontraron con posterioridad entre los adversarios más encarnizados de la Revolución, por lo que la guillotina hizo una buena cosecha de sus honorables cabezas.” La institución de la promulgación como supresión del privilegio de “registro judicial” de las normas, la reducción de los jueces a “*bouche de la loi*”, el control centralizado en casación, etc. constituyen los diferentes intentos liberales de acabar con esta situación.

b) Razones ideológicas. De conformidad con la doctrina de la división de poderes, elaborada por Montesquieu, en su más rígida formulación, es inconciliable la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, máxime cuando éste es visto como la manifestación directa de la soberanía popular. De otro lado, el carácter democrático-radical y asambleario que caracterizaba a las instituciones del período revolucionario resultaba inconciliable con el aristocratizante control judicial.

c) Razones prácticas. Al lado de las razones históricas e ideológicas, Cappelletti añade ciertos condicionamientos prácticos: “...constituye un hecho el que las instituciones jurídicas en general, y los organismos judiciales en particular, tienden necesariamente a adecuarse –es decir, a nacer, crecer y morir– según las apremiantes y cambiantes exigencias de la vida práctica, pero a decir verdad con desajustes de demasiada anticipación, o más frecuentemente, de excesivo retardo, respecto al desarrollo de las propias exigencias.-...la exigencia práctica predominante, que se advierte en la

historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido evidentemente y con mayor fuerza que el establecimiento de una protección contra los excesos del poder legislativo, la de asegurar mediante la gloriosa institución del *Conseil d'État*, una tutela contra las ilegalidades del poder ejecutivo, así como, a través de la *Cour de Cassation*, contra las ilegalidades del poder judicial.”

Dejando al margen la particular situación de la Francia revolucionaria, como se señaló anteriormente, la situación política de los Estados europeos durante la mayor parte del siglo XIX, era totalmente distinta a la existente en los Estados Unidos en el momento del surgimiento del control judicial de las leyes. En efecto, las monarquías gobernantes en Europa consideraban a la Constitución no como un pacto político entre los grupos sociales, que era el ideal liberal, sino como una concesión del Rey. Esta situación se va a vivir en Francia, Italia, España y Alemania, a pesar de la existencia de revoluciones liberales efímeras, hasta finales del siglo, no estableciéndose verdaderos sistemas constitucionales hasta las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX. Este Estado liberal, sin embargo, tampoco necesitaba el control de las leyes, puesto que en éste y como consecuencia de estar dirigido por una minoría surgida del sufragio censitario, existía una homogeneidad social que convertía al Parlamento, en el lugar de acuerdo entre sus representantes políticos, liberales y conservadores, y como consecuencia, las leyes son consideradas el convenio entre tales representantes.⁷⁹ Como nos recuerda Cristina García Pascual, “Durante los años del liberalismo, el número de ciudadanos que podían participar en la política era muy reducido como consecuencia del carácter censitario de sufragio; además, [...] todos ellos pertenecían a una misma clase siendo sus intereses y preocupaciones bastante homogéneas.”⁸⁰

Como acertadamente manifiesta Eliseo Aja, “La teoría constitucional liberal europea se fundamenta en el principio de que el Parlamento es soberano porque es elegido por los ciudadanos y representa a la nación (o al pueblo a medida que se amplía el sufragio). Se considera a la ley como resultado de la racionalidad del sistema político y

⁷⁹ PÉREZ Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 41-42.

⁸⁰ GARCÍA Pascual, Cristina, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons El Magnànim, Generalitat Valenciana, Diputació Provincial de València, 1997, p. 142.

fuente de legitimidad de la actuación de los demás poderes, el Gobierno y los Jueces. El principio de legalidad obliga al Juez a someterse a la ley, a limitarse a la aplicación de la ley justamente, para evitar la arbitrariedad de los gobernantes.”⁸¹

En estas circunstancias, siguiendo las palabras de Pedro de Vega, “Hubiera constituido una contradicción insalvable el proclamar, de una parte, al pueblo defensor político de la constitución y entregar, por otro lado, a la justicia, en lugar de al Parlamento, el control de la constitucionalidad, máxime en un momento en que los jueces, fieles servidores del antiguo régimen en el que vendían y compraban sus cargos au même titre que leurs maisons et leurs terres, representaba uno de los estamentos más decididamente beligerantes contra la corriente constitucional.”⁸²

Puede decirse, pues, que si la presencia de jurisdicción constitucional se había demostrado en los sistemas hasta ahora estudiados, síntoma de una reacción conservadora, su ausencia tampoco demuestra una particular democraticidad del sistema. Parece, pues, que ésta aparece no tanto en sistemas democráticos o no, sino en sistemas que se ven impelidos hacia la democracia pero se resisten a alcanzarla. Sobre todo ello, se hablará con más amplitud en la Parte Segunda.

En conclusión, debido a que el sistema existente en Europa, se basaba en la supremacía de la ley y no de la Constitución, la *judicial review* no pudo ser implantada, por lo que el control jurisdiccional de las leyes se introdujo en Europa, no como consecuencia del principio de supremacía de la Constitución, sino, siguiendo las palabras de Eliseo Aja, “...como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a la Federación y los Estados allí donde la Constitución establecía un sistema federal.”⁸³

En efecto, en la segunda mitad del siglo XIX, y debido a la formación de Estados compuestos en Europa central, se planteó la necesidad de crear un sistema jurisdiccional

⁸¹ AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona 1998, p. XIV.

⁸² Cfr. VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución”, *op. cit.*, p. 290

⁸³ AJA, Eliseo (editor), *op. cit.*, p. XIV.

para resolver los conflictos constitucionales existentes entre la Federación y los Estados. Y es así como se sientan las bases para una nueva jurisdicción constitucional, que desembocaría en dos versiones: la de la Alemania de Weimar y la kelseniana, positivizada en las Constituciones austríaca y checa en 1920 (Checoslovaquia, Constitución de 29 de febrero de 1920; Austria, Constitución de 1 de octubre de 1920)⁸⁴ y posteriormente en la española de 1931.

⁸⁴ MARIN, José Ángel, *op. cit.*, pp. 33-34

b) Primeras manifestaciones del control concentrado de las leyes en Europa.

En este apartado analizaré brevemente cinco Estados Europeos, en los que se puede encontrar el origen del “modelo concentrado o europeo” de control de constitucionalidad de las leyes. Tales estados son: Suiza, Alemania, Austria, Checoslovaquia y finalmente España. Todos ellos tienen en común una descentralización política, es decir, un régimen de distribución territorial del poder, desde luego en cada caso con matices propios, lo que nos confirma que dicha estructura ha sido determinante para el surgimiento del modelo europeo de control de constitucionalidad.

El propio Kelsen, manifestaba la íntima relación existente entre el federalismo y la Justicia constitucional, en uno de sus trabajos, que sin duda constituye la contribución más importante de este autor a la Teoría de los Tribunales Constitucionales, me refiero a su artículo de 1928 “*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*”⁸⁵. En el punto 24 de dicho trabajo expresa:

“...ciertamente *es en el Estado Federal donde la Justicia constitucional adquiere una importancia mayor*”⁸⁶. No es exagerado afirmar que la idea política del Estado federal sólo encuentra su plena realización con la instauración de un tribunal constitucional. La esencia del Estado federal –si no se ve en él un problema de metafísica del Estado, sino, con arreglo a una concepción enteramente realista, un tipo de organización técnica del Estado– consiste en un reparto de las funciones tanto legislativas como ejecutivas entre órganos centrales con competencias para el Estado –o su territorio– en su conjunto (Federación, Imperio, Estado) y una pluralidad de órganos locales, cuya competencia se limita a una porción del Estado, a una parte de su territorio (Estados miembros, provincias, cantones, etc.); representantes de estos elementos del Estado, designados de forma mediata –por los Parlamentos del Estado o gobiernos locales– o inmediata –por la población de la circunscripción– participan en la legislación central y, eventualmente,

⁸⁵ KELSEN, Hans, *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, año XXXV, 1928, traducción Juan Ruiz Manero, Escritos sobre la democracia y el socialismo, editorial Debate, Madrid, 1988.

⁸⁶ Subrayado añadido.

también en la ejecución central. *El Estado federal es, dicho de otra forma, un caso especial de descentralización. La regulación de esta descentralización forma entonces el contenido esencial de la Constitución general del Estado*, que determina principalmente qué materias habrán de regularse por las leyes centrales y cuáles por las leyes locales y, asimismo, las materias adscritas a la competencia ejecutiva de la Federación y las que lo están a la competencia ejecutiva de los Estados miembros. *El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federal*. Esto, desde el punto de vista técnico, significa que las Constituciones federales no se limitan a regular el procedimiento legislativo y a establecer ciertos principios relativos al contenido de las leyes, como las de los Estados unitarios, sino que determinan también los objetos asignados a la legislación federal y a la local, respectivamente. *Cualquier violación de los límites así diseñados por la Constitución es una violación de la ley fundamental del Estado federal; la protección de esta frontera constitucional constituye una cuestión política vital, fuertemente vivida como tal en el Estado federal, en el que las cuestiones competenciales dan lugar siempre a luchas apasionadas. Se hace sentir aquí, más que en ningún otro caso, la necesidad de una instancia objetiva que decida estas luchas de forma pacífica, de un tribunal ante el cual puedan sustanciarse estos litigios como problemas de orden jurídico que se deciden como tales, la necesidad, en definitiva, de un tribunal constitucional; porque cualquier violación de la competencia de la Federación por un Estado miembro o de la de los Estados miembros por la Federación es una violación de la Constitución federal que hace que la Federación y los Estados miembros constituyan una unidad global...*⁸⁷

Como última aclaración indicaré que las breves páginas que se dedican a cada uno de los sistemas europeos no pretenden, en absoluto, ser un estudio en profundidad. Se trata tan sólo, e instrumentalmente para lo que luego se dirá en la Parte Tercera, de confirmar cómo el surgimiento de los diferentes sistemas de justicia constitucional aparece íntimamente ligado a la historia política y jurídica de cada nación, por lo que se hace muy difícil la exportación de sistemas de pretendida tecnicidad sin tener en cuenta este condicionamiento político-social. En dicho entendimiento se pasará repaso a los ejemplos antes señalados.

⁸⁷ KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, *op. cit.*

b.1) Suiza. Control de constitucionalidad de la ley en un Estado Federal.

La Constitución Helvética de 1874, estableció un sistema confederal, que posteriormente fue evolucionando hacia un federalismo, y al mismo tiempo introdujo la posibilidad de que una Sala del Tribunal Supremo anulara las leyes cantonales, cuando éstas fueran contrarias a las leyes federales.

De tal suerte que estamos en presencia de uno de los antecedentes del que posteriormente será llamado control concentrado de constitucionalidad de las leyes o sistema europeo, más aun y según las palabras de Pedro Cruz Villalón, “El ordenamiento constitucional suizo es el primero en superar en Europa el estricto enfoque judicial de la cuestión del control de constitucionalidad (*Prüfungsrecht/Prüfungsverbot*), incorporando algunos institutos que, aunque escasamente –o nada– sistemáticos, suponen sin duda los primeros pasos en la formación del que será el sistema europeo.”⁸⁸ En palabras de José Acosta Sánchez, “El Derecho Constitucional federal que se crea en Suiza con la Constitución de 1848 y se consolida a partir de la “revisión total” de 1874 es el primero en establecer en Europa una jurisdicción constitucional, a cargo del Tribunal federal, pero caracterizada por un control de constitucionalidad limitado a las leyes de los Cantones, y, aun así, funcionando de forma incompleta sobre las mismas y teniendo como finalidad esencial la defensa de los derechos fundamentales.”⁸⁹

En efecto, la Constitución Federal Helvética de 1874, que es producto de una reforma total de la Constitución de 1848, establece un modelo de control de constitucionalidad autónomo, concentrado y con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes, pero sólo de las cantonales y nunca de las federales, de tal suerte que el control es de federalidad más que de constitucionalidad, pues lo que se pretende es adecuar los ordenamientos cantonales al ordenamiento federal. Otra de las situaciones relevantes de la garantía suiza de la Constitución, es que la Federación asume, a través del recurso de derecho público, la protección de los derechos

⁸⁸ CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939) *op. cit.*, p. 49.

⁸⁹ ACOSTA Sánchez, José, *op. cit.*, p. 230.

fundamentales frente a los cantones. Así pues, el control concentrado de la legislación cantonal, se lleva a cabo a través de dos institutos: primero, la “reclamación de derecho público”, que sirve para resolver conflictos de competencias entre la Federación y los cantones; y segundo, el “recurso de derecho público” que es un recurso de amparo de derechos constitucionales. De ambos recursos conoce la Sala de derecho público del Tribunal Federal, que es, al mismo tiempo, Tribunal Supremo en materias civiles, penales y administrativas.⁹⁰

Al lado de esta garantía jurisdiccional de la Constitución Helvética, quedan restos de garantía política de la Constitución de 1848, como es la homologación de las Constituciones cantonales por parte de la Asamblea Federal y las competencias de ésta en un resto del amparo de derechos fundamentales.⁹¹

⁹⁰ Cfr. CRUZ Villalón Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939) *op. cit.*, pp. 49-64.

⁹¹ El tema de la Constitución Federal Suiza y su garantía, aparece ampliamente tratado en Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, pp. 49-69.

b.2) Alemania. Control de constitucionalidad en la República de Weimar.

La cláusula de primacía del Derecho federal sobre el estatal, se estableció también en Alemania, en el artículo 13.1 de la Constitución de Weimar, del 11 de agosto de 1919, de tal suerte que las leyes de los Länder eran sometidas a un control de constitucionalidad federal ante el Tribunal del Reich.

Pero además, bajo la vigencia de la Constitución de Weimar (1919-1933), y según nos recuerda Cruz Villalón, “Los tribunales alemanes, en una de las operaciones políticas de mayor alcance de la República de Weimar, proclamarán y se arrojarán el derecho-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich.”. Más adelante este mismo autor indica que: “...la consecuencia más relevante del principio de primacía en Weimar desde el punto de vista de la formación del “sistema europeo” es la organización de un control concentrado (sobrepuesto al difuso) de la constitucionalidad federal de las leyes de los Länder ante el Tribunal del Reich (Reichsgericht), con eficacia *erga omnes*, con base en la fuerza legal de estas sentencias (art. 13.2 CW)...”⁹².

La aportación de Weimar, siguiendo a Pedro Cruz Villalón⁹³, es en primer lugar, la existencia de una jurisdicción constitucional federal, a través de la cuál se llegará a un control de constitucionalidad de las leyes, tanto del Reich como de los Länder, ante un Tribunal *ad hoc*, que es el Tribunal de Estado del Reich. Se trata de un control de normas concentrado pero que tiene siempre un elemento de control incidental ya que surge como jurisdicción de conflictos constitucionales. En segundo lugar, en Weimar nos encontramos ante un modelo de control autónomo o abstracto de control de normas, esto es con un proceso cuyo objeto único y exclusivo es decidir acerca de la validez de una norma con efectos generales o *erga omnes*, pero como garantía de la supremacía del Derecho del Reich sobre los de los Länder, esto es del principio de supremacía del derecho federal y no de la Constitución, que es conocido por el Tribunal del Reich. En

⁹² *Ibidem*, p. 72

⁹³ En su obra La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, *op. cit.* puede consultarse ampliamente todo lo relativo al control de constitucionalidad de las leyes en la República de Weimar, pp. 71-227

tercer lugar, se garantiza en el interior de cada uno de los Länder un desarrollo del proceso político sometido al principio de solución jurisdiccional, a través de los conflictos constitucionales⁹⁴.

⁹⁴ Cfr. CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, p. 224.

b.3) Austria. El modelo de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes.

En Austria (Constitución de 1920), al igual que en Suiza y Alemania, el origen del control de las leyes, no es la imitación del sistema americano, sino el resultado de la estructura federal del Estado. Hay que recordar, que en estos tres países, existían sistemas federales, que admitieron la anulación por parte de un sólo Tribunal, en el caso de Suiza por una Sala del Tribunal Supremo, de las leyes de los Cantones y los Länder.

Ahora bien, la Constitución Austríaca de 1920, avanzó mucho más, ya que junto a la anulación de las leyes de los Länder, se permitió la anulación de las leyes federales, cuando resultaran contrarias a la distribución de competencias señaladas en la Constitución. Permittiéndose, además, que el propio Tribunal Constitucional pudiera decidir el enjuiciamiento de las leyes en cualquier proceso del que entendiera y en el que tuviera que aplicar una ley inconstitucional. Debido a que las competencias jurisdiccionales del Tribunal Constitucional eran relativamente extensas y, sobre todo, debido a su competencia en materia de amparo de los derechos fundamentales, terminaría por erigirse en garante de la primacía de la Constitución. Conviene aclarar, sin embargo, que el origen del control no es, en estricto sentido, la supremacía de la Constitución, sino la solución de los conflictos competenciales entre la Federación y los Länder. El hecho de que se convirtiera en garante de la primacía de la Constitución es consecuencia, como queda dicho, de las competencias que se dieron al Tribunal Constitucional, pero no de un original control constitucional de las leyes.

Acertadamente señala Eliseo Aja que: “La implantación de la justicia constitucional en los países europeos...no obedeció a la idea abstracta de que las leyes pueden ser injustas y los Jueces deben controlarlas, alternativas que se rechazaban en Europa por sólidas razones de teoría constitucional, sino que surgió otorgando a unos Tribunales centrales la facultad de anular las leyes de los Cantones y Länder que se excedieran de sus competencias e incrementando progresivamente sus funciones, primero, extendiendo el objeto de control también a las leyes federales y, después, ampliando su parámetro de control, para incluir cualquier norma constitucional y no sólo

las que distribuían las competencias. Inicialmente se perseguía, no tanto garantizar la supremacía de la Constitución como la prevalencia del derecho federal. En la propia Austria, el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1920 tenía la potestad de controlar las leyes de la Federación y de los Länder sólo cuando sean impugnadas por los Gobiernos de uno u otro nivel y de oficio, pero no existía ni el recurso directo de una minoría parlamentaria ni siquiera la cuestión de inconstitucionalidad. Hay que esperar a la reforma de 1929 para que se introduzca la cuestión de inconstitucionalidad, y aun sólo para el tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo Superior y será preciso esperar hasta la reforma de 1975 para que se admita la presentación del recurso de inconstitucionalidad por una parte del Parlamento y se extienda la cuestión de inconstitucionalidad a los Tribunales de casación.”⁹⁵

El ejemplo austríaco es particularmente relevante porque en él se concentró el gran debate constitucional sobre la protección de la Constitución, surgido, en parte, como consecuencia de la aparición de las primeras Constituciones verdaderamente democráticas (la Constitución de Weimar de 1919 y la Austríaca de 1920).

En efecto, al reconocerse el sufragio universal se introduce, indudablemente, un cambio fundamental en el Estado liberal decimonónico. En el Parlamento, junto a los partidos liberales y conservadores, aparecerán los partidos socialistas con lo que dejará de existir la homogeneidad anterior, producto del sufragio censitario, dando paso, en su lugar, a fuerzas sociales y políticas antagónicas. Esta nueva situación va a hacer surgir el temor de que, en la lucha por el poder, y al alcanzar la mayoría alguno de estos nuevos partidos, puedan cambiar las reglas fundamentales del Estado. Es así, como surge la necesidad de que las Constituciones sean rígidas, es decir que no puedan ser modificadas por las leyes ordinarias, sino sólo a través de procedimientos agravados, como son la exigencia de mayorías cualificadas, referéndum, etc., y por supuesto, es también la misma razón, por la que surge la discusión teórica sobre el control constitucional de las leyes dictadas por el Parlamento. Desde este punto de vista, la rigidez constitucional se

⁹⁵ Cfr. AJA, Eliseo (editor), *op. cit.*, Prólogo p. XVII.

presenta como presupuesto teórico indispensable del control de constitucionalidad de las leyes.

Surge así, el debate constitucional en la cultura jurídica germánica (Merkl, L. Adamovich, Anschütz, Mende, Smend, Radbruch, Heller, Schmitt, Kelsen, etc.), precisamente durante la vigencia de la Constitución de Weimar. No en vano Cruz Villalón señala como una de las grandes aportaciones de dicha Constitución al control de constitucionalidad de las leyes, “la reflexión sobre las grandes cuestiones implicadas en el control de constitucionalidad”⁹⁶ para, más adelante, añadir que: “La reflexión alemana de estos años[refiriéndose a la vigencia de la Constitución de Weimar, esto es de 1919 a 1933] sobre el control de constitucionalidad abarca tanto las cuestiones que pueden ser consideradas como “constantes” (límites de la “judicialización” de la política, p. e.) como problemas más específicos (composición del órgano, legitimación activa, adopción de medidas provisionales, control de disposiciones de excepción). Pero si hubiera que reducir a un solo punto la aportación teórica de Weimar al control de constitucionalidad, ésta sería, sin duda, la de haber puesto de manifiesto la relación dialéctica existente entre Constitución y jurisdicción constitucional. En Weimar, de una parte, se va a advertir como el significado de la jurisdicción constitucional sólo puede alcanzarse a partir de la Constitución cuya supremacía le corresponda asegurar. Muy concretamente: es algo muy distinto la jurisdicción constitucional según que se inserte en una Constitución exclusivamente reguladora de los órganos del Estado y de la distribución territorial de competencias, que el que lo haga en una Constitución que consagra además derechos fundamentales y principios constitucionales. De modo semejante, y aunque esto aparezca hoy una evidencia, en Weimar surgirá la conciencia de que el significado de la Constitución es cualitativamente distinto según que exista o no jurisdicción constitucional: el ser o no ser de la “segunda parte” de la Constitución dependía de ello.”⁹⁷

En esta misma línea Eliseo Aja afirma que en el debate constitucional de esta época, aparece “...la necesidad de proteger a la Constitución como eje de la convivencia

⁹⁶ CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939) *op. cit.*, p. 224.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 226-227.

política e impedir que las mayorías parlamentarias variaran su contenido a través de las leyes.”⁹⁸

Tanto en Austria como en Alemania se fue extendiendo la idea, de que los Tribunales Constitucionales anularan todas las leyes contrarias a la Constitución, por cualquier motivo y no sólo por violar cuestiones competenciales, es decir, se comenzó a reconocer el principio de supremacía de la Constitución, y la propuesta de justicia constitucional que tuvo éxito, no fue la de la “*judicial review*” norte americana, sino la de encomendar tal función a un Tribunal específico, que por cierto ya existía y que había nacido por exigencias del *federalismo*.

En la Constitución Austríaca de 1 de octubre de 1920, Kelsen va a introducir un sistema de “jurisdicción concentrado” de constitucionalidad de las leyes, frente al de “control difuso” americano, iniciándose así la formación del que con posterioridad va a ser conocido como el “sistema europeo o kelseniano” de control de constitucionalidad de las leyes.

El sistema austríaco, siguiendo a Joaquín Brage Camazano⁹⁹, presenta tres momentos evolutivos diversos:

1.- La Ley austríaca de 25 de enero de 1919.

En esta ley, en cuyos trabajos preparatorios, por cierto, participó Kelsen, por primera vez se crea un Tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional y es justamente por este nombre por lo que la ley reviste importancia, tal como señala Cruz Villalón¹⁰⁰, ya que no se trata de un Tribunal de control de normas sino que, “La Ley de 25 de enero lo que pretende, mucho más simplemente, es proveer a la sucesión del antiguo Reichsgericht, del que el nuevo Tribunal Constitucional va a recibir las

⁹⁸ AJA, Eliseo (editor), *op. cit.*, Prólogo, p.XVI.

⁹⁹ Cfr. BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998, pp. 62-64.

competencias e incluso su composición personal. Como dice su exposición de Motivos, redactada por Kelsen [...] aunque es generalmente reconocida la necesidad de ampliar la jurisdicción del antiguo Tribunal creando un Tribunal “al servicio de la Constitución en todas direcciones”, ésta es una tarea que debe quedar reservada a la Asamblea Nacional Constituyente...” Así las cosas, hasta que no tuvo lugar la Asamblea Nacional Constituyente el control de constitucionalidad seguía siendo el mismo que bajo el Imperio: “prohibición absoluta del control judicial de las leyes correctamente promulgadas”.¹⁰¹

2.- La Ley Constitucional de Representación Nacional de 14 de marzo de 1919.

En esta Ley se introduce, el primer control normativo que existió en Austria, siendo el punto de partida del modelo de jurisdicción constitucional especializada, que se plasmará en el artículo 140 de la Constitución austríaca de 1920. Tal control surge, precisamente, como consecuencia de los conflictos competenciales que se suscitan entre la Federación y los Länder, es decir, por la estructura federal del Estado.

Se trataba de un control previo de la competencia legislativa de los Länder. El artículo 14 de dicha Ley establecía la obligación de presentar las leyes aprobadas por los Landtage, antes de su promulgación, al Gobierno del Estado, quien disponía de 14 días para oponerse al proyecto. Si esto ocurría, la ley sólo podía ser promulgada tras una nueva deliberación del Landtag. Por su parte, el artículo 15 de la misma Ley otorgaba al Gobierno del Estado la facultad de impugnar ante el Tribunal constitucional, como inconstitucional, los Proyectos de Ley ya citados, en igual plazo (14 días). Dicha facultad podía ejercerse frente al Proyecto inicialmente aprobado, así como frente al ratificado en segunda deliberación del Landtag. Si el Proyecto de Ley era impugnado por el Estado

¹⁰⁰ Cfr. CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, p. 249.

¹⁰¹ En estas citas textuales sigo a CRUZ Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, pp. 249 y 250.

ante el Tribunal Constitucional, el Land sólo podría promulgarlo en el caso de que el Tribunal lo declarase constitucional.¹⁰²

El control que establecía el artículo 15 de la Ley que se comenta, nacía con ciertas limitaciones: “a) ante todo, se trataba de un control previo: sólo podían impugnarse proyectos de ley, nunca leyes válidamente aprobadas; b) sólo podían impugnarse proyectos legislativos de los Länder, nunca de la Federación; c) era un control competencial, concretamente de la competencia legislativa de los Länder.”¹⁰³

De cualquier manera, y pese a estas limitaciones, como señalé anteriormente, este tipo de control servirá de pauta para el establecimiento del sistema de control concentrado en la Constitución Austríaca de 1920.

3.- Finalmente, la consagración de un sistema de justicia constitucional autónoma y concentrada en un único tribunal. Un Tribunal Constitucional que controla, de manera concentrada y abstracta, la constitucionalidad de las leyes. Dicha consagración se materializó en el artículo 140 de la Constitución Austríaca de 1920.

Sin embargo, dicho control autónomo de la constitucionalidad de las leyes, como ya se ha mencionado anteriormente, se establece en la Constitución Austríaca de 1920, como consecuencia de los conflictos competenciales entre la Federación y los Länder, y no por el principio de supremacía de la Constitución, y sólo gracias a una modificación propuesta por Kelsen, este sistema va a permitir que el control de constitucionalidad supere dicho límite.

En efecto, no se opta por la cláusula de prevalencia, puesto que ésta implicaría un control únicamente de las leyes de los Länder respecto de las leyes de la Federación, sino que se prefiere el equiparar de rango a las leyes de la Federación y las de los Länder, esto traerá como consecuencia un control de constitucionalidad tanto de las leyes federales

¹⁰² *Ibidem*, pp. 250-251.

¹⁰³ BRAGE Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 63

como de las de los Länder. Pero además, lo relevante es, que se incorpora el control de oficio por parte del Tribunal Constitucional de las leyes que le sirvan de presupuesto de las sentencias que dicte (artículo 140 de la Constitución austríaca de 1920), con lo cual, dada la amplitud de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, y muy especialmente del amparo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional austríaco, será desde un primer momento, el que garantice la supremacía de la Constitución.

Pedro Cruz Villalón, al respecto dice: “El control autónomo de la constitucionalidad de las leyes se inserta en el ordenamiento de la República austríaca en el contexto de la tensión competencial legislativa federal-competencia legislativa de los Länder. Sólo en un último momento, como consecuencia de una modificación técnica propuesta por Kelsen, se introduce el elemento que permitirá al control de constitucionalidad superar el estrecho ámbito competencial. Pero, esencialmente, la cuestión del control de constitucionalidad aparece subordinada a la relativa a la posición a ocupar por las leyes de los Länder respecto de las de la Federación.”¹⁰⁴

Como anteriormente señalé, el control de constitucionalidad en la Constitución Austríaca de 1920, se consagró en el artículo 140, el cual literalmente quedó en los siguientes términos:

1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de Land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

2. El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de Land o federal.

¹⁰⁴ CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939) *op. cit.*, p. 251.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una Ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente (Landeshauptmann) de Land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses.

4. Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

El sistema concentrado de jurisdicción constitucional, establecido en la Constitución Austríaca de 1920, sufre modificaciones, debido a dos reformas importantes de la Constitución, una en 1925 y otra en 1930.¹⁰⁵

La reforma de 30 de julio de 1925 a la Constitución Austríaca, es de carácter predominantemente técnico. En el nuevo artículo 138.2 se prevé una “consulta previa de competencia”, por parte tanto de la Federación como de los Länder, ante el Tribunal Constitucional, acerca de la titularidad de una competencia determinada. “La novedad cualitativamente importante es que la respuesta del Tribunal a esta consulta asume la forma de un precepto (Rechtssatz), que de hecho viene a completar o integrar la Constitución, por lo que con toda razón podrá hablarse de una “interpretación auténtica” de la misma.”

Por su parte, la reforma constitucional de 1929 en relación con el control de constitucionalidad, es tanto de carácter técnico, como de carácter político. En el primer caso, hay que mencionar la introducción, si bien de manera restringida, de lo que se llamará “control concreto”, –lo que en España recibe el nombre de “cuestión de inconstitucionalidad” (consulta que los jueces realizan sobre la constitucionalidad de una ley que es fundamental en el fallo del caso que conocen)–, que había sido propuesta por Kelsen, un año antes en la reunión de Viena de los profesores de Derecho público, sólo

¹⁰⁵ En las citas de estas reformas se sigue a Pedro Cruz Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, pp. 265-269.

que con carácter general. “La reforma de 1929 incorpora esta variante de control de constitucionalidad, si bien limitada al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo como únicos facultados para plantearla (art. 140.1 LC.F.)” Además, el término máximo fijado para la entrada en vigor de la derogación de una Ley declarada inconstitucional es ampliado a un año (art. 140.2) y un nuevo apartado tercero del art.140 regula la entrada en vigor, tras la derogación de una ley declarada inconstitucional, de las disposiciones legales que habían sido declaradas derogadas por aquélla.

La modificación de carácter político, a raíz de la reforma constitucional de 1929, “...se presenta a sí misma con el propósito de disminuir el ascendiente de “los partidos políticos” en la composición del Tribunal, si bien su consecuencia efectiva es la de reforzar, desequilibrándolo, este ascendiente. El nuevo art. 147 L.C.F., a la vez que constitucionaliza el número de los magistrados y suplentes, debilita decididamente la intervención de las cámaras en el nombramiento de aquéllos, reforzando con la misma intensidad la intervención del Gobierno federal. En adelante, las cámaras se limitarán a proponer ternas al Presidente de la República para el nombramiento de seis magistrados y tres suplentes. El Presidente, el Vicepresidente y los restantes magistrados y suplentes serán nombrados a propuesta del Gobierno federal. Lo que sí se hace es generalizar la incompatibilidad entre la función de parlamentario y la de magistrado o suplente del Tribunal, que hasta ahora sólo alcanzaba a sus dos terceras partes. Pero es evidente que con la modificación producida lo único que se obtiene es el desequilibrio del Tribunal Constitucional, a favor del partido gobernante, en este caso los cristianosociales. Otro elemento que contribuye a debilitar la independencia de los miembros del Tribunal es la sustitución de su carácter vitalicio por el principio general de los miembros del poder judicial de jubilación con la llegada de la edad reglamentaria. La “Ley de transición” que acompaña a la reforma dispuso, en su art. 25, el cese de todos los miembros del Tribunal con fecha de 15 de febrero de 1930. De este modo se ocasionaba una ruptura en la composición del Tribunal que ni siquiera la revolución de 1918 había llegado a ocasionar.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Para un análisis de la constitucionalidad de esta disposición, véase lo que se dice luego en la Parte Tercera, II, apartado 2, p. 332.

b.4) Checoslovaquia. Primer ejemplo del “modelo europeo”.

En la Constitución Checoslovaca de 29 de febrero de 1920, se introduce el que será denominado “sistema europeo” de control de constitucionalidad, adelantándose, por tanto, a Austria, que promulgó su Constitución en octubre de 1920.

Pedro Cruz Villalón dice al respecto, que: “Checoslovaquia no es sólo el primer Estado que introduce en su ordenamiento el que será “sistema europeo” de control de constitucionalidad, adelantándose unos meses a Austria, sino que además lo hace con el más puro de los modelos: un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes. El modelo tiene unos caracteres tan “cartesianos” que el primero de los preceptos que configuran el ordenamiento constitucional está dedicado a la proclamación del principio de primacía de la Constitución, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opongan a aquélla, el segundo atribuye la garantía de este principio a un Tribunal Constitucional y el tercero aborda la composición del mismo.”¹⁰⁷

Sin embargo la doctrina austríaca ha tratado de restarle importancia a la Constitución Checoslovaca, en la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, como señala Cruz Villalón¹⁰⁸. En realidad hay razones para que se atribuya el origen a la Constitución de Austria y no a la de Checoslovaquia, como indica Brage Camazano, “hay razones de peso que explican y justifican ese relativo “desinterés”, referidas especialmente a la “eficacia y capacidad de perfeccionamiento” del sistema austríaco por contraposición al checoslovaco, y su experiencia prolongada en el tiempo, así como a la labor de “teorización, de divulgación y, no en último término, de participación directa de Hans Kelsen”.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ BRAGE Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 62.

En efecto, es importante resaltar que el Tribunal Constitucional checoslovaco no llegó a ejercer el control de constitucionalidad bajo la I República checoslovaca, y por lo tanto no creó ninguna jurisprudencia durante su existencia (dieciocho años), además y como resalta Rodolfo Reyes “...ella [refiriéndose a la teoría kelseniana] inspiró leyes provisionales de Austria anteriores a la Constitución checoslovaca; por eso, aun cuando ésta sea en unos meses anterior a la austríaca, el sistema se llama fundadamente “austríaco”.”¹¹⁰

¹¹⁰ REYES, Rodolfo, La Defensa de la Constitución, Espasa-Calpe, Madrid, 1934, p. 46.

b.5) España.

En la Constitución de la República española del 9 de diciembre de 1931, se establece un control autónomo de constitucionalidad, sirviéndole de punto de partida el sistema austríaco: se crea, así, el Tribunal de Garantías Constitucionales. Sin embargo, en su Ley orgánica de 1933, la pureza del modelo austríaco comienza a desaparecer, y es que el modelo español, en palabras de Cruz Villalón, “...no es el resultado de un proyecto político claro, sino más bien el resultado final de un proceso acompañado de altibajos y bruscos cambios de rumbo que se extienden de 1931 a 1933.”¹¹¹

La Constitución de la República Española de 1931 se va a pronunciar a favor de un control jurisdiccional de las leyes concentrado en un órgano *ad hoc*, que será el Tribunal de Garantías Constitucionales, a través de un proceso autónomo de constitucionalidad que puede tener su origen tanto en una consulta (control concreto) de los órganos de la administración de justicia, como en la impugnación directa por parte de una serie de personas y órganos (control abstracto). Es importante señalar que la cuestión de inconstitucionalidad o “control concreto” será la principal aportación española al “sistema europeo”, y es que, si bien es cierto que en la reforma de 1929 a la Constitución Austríaca de 1920 ya se había establecido la cuestión de inconstitucionalidad, ésta sólo podía ser interpuesta por el Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo Superior¹¹², mientras que en España y de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de 1931, la consulta judicial sólo se ve condicionada en el caso de los jueces municipales, quienes deberán obtener el dictamen favorable del Juez de primera instancia del partido (art. 33. 2, párr. 2).

La competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales quedó integrada por el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad y de amparo (protección de los derechos fundamentales), los conflictos de competencia Estado-regiones, la validez de las

¹¹¹ CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, p. 309.

¹¹² *Vid. supra*, b.3) Austria. El modelo de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes, pp. 73 y ss.

actas de los compromisarios en la elección presidencial y la responsabilidad criminal de las supremas magistraturas ejecutivas y judiciales, según lo establecido en el artículo 121 de la Constitución de la República Española de 1931.

Sin embargo, los constituyentes de 1931, idearon el Tribunal de Garantías Constitucionales, de manera precipitada y con el objeto de que las luchas políticas se resolvieran por medios jurídicos, lo que acarrearía que siempre estuviera inmerso en las confrontaciones políticas de la época. En palabras de Rosa M^a. Ruiz Lapeña, "...el Tribunal de Garantías se llevó a la Constitución de 1931 en un "clima de confusión" acerca de lo que significaba un órgano de justicia constitucional tal y como ahora lo entendemos..."¹¹³

En conclusión, El Tribunal de Garantías Constitucionales se convirtió en un órgano marcadamente político, por varias razones¹¹⁴: por un lado, su composición era más propia de una Cámara Alta que de un órgano jurisdiccional; por otro, al atribuirle la competencia relativa a la responsabilidad criminal de las supremas magistraturas ejecutivas y judiciales, se le estaba involucrando en un campo marcadamente político. Todo esto trascendería en los resultados de sus fallos.

No es mi intención, como ya se dijo, estudiar en detalle la experiencia española de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes establecido en la Constitución de 1931, que, pese a su interés, rebasaría los objetivos del presente estudio. Lo que interesa resaltar es, sencillamente, que esta experiencia junto con la austríaca y la checoslovaca, y en cierta medida la alemana de Weimar y la Suiza, serán el germen del "sistema europeo" de control de constitucionalidad que se consolidará con posterioridad a la segunda guerra mundial. Y que, todas ellas, tienen características peculiares derivadas de la configuración política y jurídica de sus respectivos órdenes constitucionales.

¹¹³ RUIZ Lapeña, Rosa M^a., El Tribunal de Garantías constitucionales en la II República española, Bosch, Barcelona, 1982, p. XVII de la introducción.

Respecto a estas tres experiencias, la austríaca, la checoslovaca y la española transcribiré algunas consideraciones que al respecto realiza Pedro Cruz Villalón, para contrastarlas con algunas hipótesis vertidas antes.

“Más allá de los presupuestos jurídico-formales del control de constitucionalidad conviene tener en cuenta la necesidad de unos determinados presupuestos “político-constitucionales”, los cuales hacen referencia a la posición asumida por la Constitución en el sistema político, en una palabra, al significado político de la Constitución. Desde esta perspectiva cabe afirmar que ni Checoslovaquia ni España se encontraban *maduras* para una garantía jurisdiccional de la Constitución.- En el caso de Checoslovaquia la Constitución aparecía como el fundamento de un Estado nuevo, surgido *ex novo*, y, más concretamente, de un Estado *nacional*, es decir, como la expresión jurídica de la recién adquirida independencia de la afirmada nacionalidad “checoslovaca”. Esta *Constitución nacional*, producto de una revolución nacional, nace y se afirma de forma muy especial frente a diversas minorías étnicas, muy importantes cuantitativamente, pero más todavía cualitativamente, en particular frente a la hasta entonces política dominante minoría alemana. Una Constitución de estas características encuentra su garantía *natural* en aquellos órganos que mejor expresan el proyecto político contenido en la misma –el Estado nacional checoslovaco–, es decir, el Presidente de la República y la Asamblea Nacional. En comparación con esta garantía política, la garantía jurisdiccional deberá asumir de hecho una posición no sólo secundaria, sino incluso subordinada.- En el caso de España la Constitución es, ante todo, la Constitución *de* la República, es decir, la expresión jurídica de una revolución democrática y laica que no por pacífica pierde su naturaleza de tal. La Constitución es la fórmula en la que se plasma una revolución ante la cual, sin necesidad de que se excluya de la misma a nadie, se sienten cuando menos ajenos muy importantes sectores sociales. La Constitución no es el punto de referencia común de los protagonistas básicos del proceso político. De ahí que las palabras de Álvaro de Albornoz en junio de 1933 expresen con toda propiedad lo que *en el fondo* se piensa: que la defensa de esta Constitución compete ante todo a la opinión pública, y al

¹¹⁴ Sobre todo el proceso constituyente y la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales, consúltese Pedro Cruz Villalón, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, pp. 301-340.

Presidente de la República como su elemento más visible de integración. En relación con esta garantía política, la garantía jurisdiccional sólo debía ser posible una vez asumido el significado político de esta Constitución.- Mucho más favorables eran las condiciones político constitucionales de partida en Austria. La L.C.F. de 1920 era una Constitución de equilibrio, de consenso diríamos hoy, entre la tendencia unitaria y la tendencia federal que al mismo tiempo, no se olvide, incorporaba la tensión progresismo-conservadurismo. El pacto sobre la distribución territorial del poder político, unido a la renuncia a una tabla nueva de derechos, hacía de la L.C.F. una Constitución *neutral*. Su garantía se convertía, en buena medida, en la tarea de arbitraje entre las respectivas esferas territoriales de poder. Es ese enfoque *competencial* del control de normas lo que, en definitiva, puede explicar la peculiaridad de la eficacia de las sentencias austríacas. En una palabra, lo que podemos llamar el presupuesto político-constitucional sólo se daba propiamente en Austria. Ello no quiere decir que la garantía jurisdiccional de la Constitución “lo tuviera fácil”. La experiencia demostraría que en toda esta época las posibilidades del control de constitucionalidad eran mucho menos claras que sus límites.- En definitiva, será Austria quien se encargue de demostrar que la garantía jurisdiccional de la Constitución es *posible* en el continente, así como de asegurar la *continuidad* entre el período de entreguerras y el que sigue a 1945. Lo cual no debe llevar a infravalorar las otras dos experiencias. Los tres ordenamientos franquearon el punto de no retorno al permitir que un órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional declarase con efectos frente a todos la invalidez de normas legislativas *perfectas*. Con ello abrían una nueva época en el constitucionalismo europeo.”¹¹⁵

Efectivamente, como ya se indicó antes, parece existir una relación directa entre posibilidad de pérdida del poder político y establecimiento de alguna forma jurídica de control de la rigidez constitucional y, por ello, de la constitucionalidad de las leyes. Aquellas experiencias en que, de facto, ya se ha producido dicha transformación (Checoslovaquia, España) la defensa tiende a hacer en términos políticos e incluso cuando reviste forma exterior jurídica, funciona en realidad como un órgano de “defensa

¹¹⁵ Cfr. CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), *op. cit.*, pp. 417-419.

existencial” de la Constitución¹¹⁶. Sólo en aquellas experiencias (Weimar, Austria) en que existía el riesgo de una transformación social por vía legislativa, se impuso una forma jurídica de control. Sobre todo ello, en todo caso, véase lo que, con más amplitud se discute en la Parte Segunda.

¹¹⁶ La llamada por Pedro de Vega, defensa en “una dimensión política total”, en “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *op. cit.*, p. 289.

III.- FORMAS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

Con el fin de disponer, luego, de un marco teórico adecuado para el análisis de la incipiente experiencia mexicana en materia de control abstracto de constitucionalidad, en las páginas siguientes se abordan, brevemente, sus diferentes modelos. Es decir, estudiado el origen concreto en las experiencias norteamericanas y europea, se procede, ahora, a exponer los diferentes sistemas creados como consecuencia de tal origen para la defensa de la primacía constitucional. Existe, indudablemente, un sinnúmero de clasificaciones de las formas de defensa de la Constitución. Clasificaciones que, desde luego, sólo sirven para fines puramente didácticos, ya que son, en primer lugar, un tanto arbitrarias y, en segundo lugar, suelen ignorar la necesaria especificidad histórica para privilegiar la apreciación sistemática.

Como se indicaba al principio, el concepto de defensa de la Constitución ha recibido muy diferentes definiciones no siempre coherentes entre sí. Por lo general suele utilizarse no en el sentido de jurisdicción constitucional de la ley, sino con un sentido más amplio, como genérico que abarca en su interior a la jurisdicción constitucional o justicia constitucional. Es decir, –y siguiendo a Héctor Fix-Zamudio– “...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido [tanto] para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la Constitución formal a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En esta dirección nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución real.”¹¹⁷

¹¹⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1994, p. 16.

En este contexto, Fix-Zamudio considera que el concepto genérico de defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales: la primera como “protección de la Constitución” y la segunda como las “garantías constitucionales”.

La protección de la Constitución, señala dicho autor, “...se integra por todos aquellos factores políticos, económicos y sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados, es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad”.¹¹⁸ Dentro de estos instrumentos protectores de la Constitución, se encuentran, la división de poderes, la participación de los grupos sociales y de los partidos políticos, la regulación de los recursos económicos y financieros y los principios jurídicos de la supremacía de la Constitución y el procedimiento dificultado de reforma.

Las garantías constitucionales, dice más adelante Fix-Zamudio, “...entendidas no en el concepto tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores [...] los cuales pueden ser insuficientes en determinadas hipótesis para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales.”¹¹⁹

Por su parte, el doctrinista alemán Jorge Jellinek calificó a los instrumentos de defensa de las normas fundamentales de “garantías de derecho público” y las dividió en

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 17-18

¹¹⁹ *Ibidem*.

tres sectores: sociales, políticas y jurídicas, concebidas como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento supremo del Estado.¹²⁰

León Duguit, dividió las garantías constitucionales en “preventivas” y “represivas”, afirmando, que las primeras tendían a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero que cuando eran insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional era necesario recurrir a las segundas, que eran las únicas que en determinados supuestos servirían de freno a la arbitrariedad del Estado, añadiendo, que dichas garantías represivas deberían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia cuyo saber e imparcialidad estarían a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados e inclusive el mismo legislador.¹²¹

Sin entrar en la anterior polémica y para objeto de este estudio, en este punto se atenderá a una clasificación ampliamente aceptada por los constitucionalistas, es decir, aquella que habla de formas políticas y formas jurídicas de defensa de la Constitución, con las subdivisiones que a continuación se estudiarán.

¹²⁰ Cfr. JELLINEK, Jorge, Teoría general del Estado, traducción de Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, 2 ts., pp. 529-537 del t. II.

¹²¹ DUGUIT, León. Cit. por FIX-ZAMUDIO, Héctor, Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución..., *op. cit.*, p. 42.

1.- FORMAS POLÍTICAS.

Las formas políticas o modelos políticos de defensa de la Constitución, reciben este nombre, porque el control de constitucionalidad se confía, precisamente, a un órgano político, que puede ser: 1) el Parlamento; 2) un órgano político especial; o 3) un poder neutro (también llamado moderador o armónico).

Estos modelos de defensa son, generalmente, –como señala Mauro Cappelletti– “de carácter preventivo, o sea que operan antes de que la ley entre en vigor y no con posterioridad a su expedición y promulgación; y en algunas ocasiones, pueden constituir, además un control con función *meramente consultiva*, es decir, de una simple opinión que carece de fuerza obligatoria para los órganos legislativos o de gobierno.”¹²²

1).- Cuando el Parlamento es el defensor de la Constitución nos encontramos dentro de la más pura tradición jacobina, de tal suerte que la sede legislativa se convierte en juez y parte de sus propias decisiones.

Dentro de esta tradición aparece el mito de la Asamblea (la Convención) como expresión absoluta de la voluntad general, por lo que, consecuentemente, dicha Asamblea debe ser soberana y, como tal, resolver ella misma sobre la constitucionalidad de las leyes que dicta, es decir, no puede haber nada por encima del órgano que es representante de la voluntad general.

En palabras de García de Enterría, la Asamblea, en el jacobinismo es “...el lugar donde se posa el Espíritu Santo, o en términos más secularizados, el espíritu colectivo infalible y certero, en una suerte de unión mística lograda a través del debate incesante y de la catarsis que éste procura.”¹²³

¹²² Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 8

¹²³ GARCÍA de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y Perspectivas.”, en VV. AA., El Tribunal Constitucional, volumen I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 61

Este modelo político de defensa de la Constitución, se implantó después en los sistemas de inspiración marxista, y, en la actualidad, existe en algunos países occidentales, limitado a una función preventiva. En todo caso, como acertadamente señala Pedro de Vega¹²⁴, estos sistemas no se diferencian de los no políticos por el carácter del órgano que ejerce el control, sino también por la naturaleza misma del control. En estos casos no se trata de contrastar normas buscando el respeto a la jerarquía de fuentes, sino, por lo común, de enfrentar “logros revolucionarios” frente a “amenazas involucionistas”. La lógica de estos sistemas es, por ello, muy alejada de la de todos aquellos que, de una forma más o menos vaga, se inspiran en el pensamiento kelseniano y su control formal.

2).- La garantía de la Constitución a través de un órgano político especial, nace y se desarrolla en las Constituciones francesas, como consecuencia, sobre todo, del pensamiento de Sieyès.

A continuación, y toda vez que Francia es el país prototipo de control político de la constitucionalidad de las leyes, se hará un relato breve de las Constituciones francesas en las que se estableció una garantía política de defensa de la Constitución.

Sieyès, tomando en cuenta los excesos a los que podía conducir la omnipotencia de una Asamblea única, y que, de hecho, ya había conducido en la llamada época del “Terror”, propone, en 1795, la creación de un “jurie constitutionnaire”, que tendría como función principal el velar por la vigencia de la Constitución, y al que considera como una especie de Tribunal de Casación en el orden constitucional, una suerte de órgano de elaboración de propuestas con vistas a las posibles reformas que el tiempo podría exigir en la Constitución y, finalmente, un suplemento jurisdiccional frente a los posibles vacíos de la jurisdicción positiva.¹²⁵

¹²⁴ Vid., VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *op. cit.*

¹²⁵ SIEYÈS, Emmanuel, Escritos y discursos de la revolución, *op. cit.*

Surge así, en la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799), un órgano político especial, el Senado Conservador, integrado por 80 miembros vitalicios e inamovibles, al que se le confió la tutela de las disposiciones constitucionales facultándole para juzgar los actos supuestamente inconstitucionales.¹²⁶

Con posterioridad a las Cartas Constitucionales francesas de 1814 y 1830, en donde no se institucionalizó mecanismo alguno para el control de constitucionalidad de las leyes, y a la Constitución de 1848, en la que el Tribunal de Casación francés va a ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes (momento histórico único, por cierto), la Constitución de 14 de enero de 1852 restablecerá el Senado¹²⁷, al cual se le faculta para oponerse a la promulgación de las leyes que fueran contrarias o violatorias de la Constitución, por lo que, la naturaleza preceptiva de su función lo aproxima a un control de carácter político.

En la Constitución del 27 de octubre de 1946, tras la Segunda Guerra mundial, se creó el “Comité Constitutionnel”¹²⁸, estableciéndose nuevamente un control de naturaleza política, que se integraba por políticos o por personas nombradas por órganos que tenían esa característica, a las que no se exigía que tuvieran preparación jurídica alguna. El control que realizaba era preventivo, es decir, con anterioridad a la promulgación de la ley, y se excluía de dicho control, el Preámbulo de la Constitución donde se garantizaban los derechos individuales. Además, el control preventivo sobre la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional que realizaba el Comité Constitucional, tenía ciertas peculiaridades. En efecto, si el señalado Comité considerara que alguna de las citadas norma contradice la Carta Fundamental y el Parlamento insiste en su intención de expedirla, se modificaba la Constitución para suprimir la contradicción.

Finalmente, en la Constitución de 1958, se crea el Consejo Constitucional Francés, que aunque se asemeja más a los Tribunales Constitucionales de influencia

¹²⁶ Para ampliar información sobre el Senado Conservador francés, cfr. BLONDEL, André, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique comparative: États-Unis-France, París, 1928, pp. 173 y ss.

¹²⁷ Sobre el Senado que instituyó la Constitución francesa de 1852, cfr. MOREAU, Félix, Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel, 9ª. Edición, Sirey, París, 1921, p. 100.

kelseniana, por sus funciones sigue teniendo cierto carácter político. Se trata de funciones amplias, que no sólo se limitan a garantizar la primacía de la Constitución, sino también, por ejemplo, a controlar la regularidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias¹²⁹. Además de que el control de constitucionalidad sigue siendo preventivo, unas veces facultativo y otras no. El control es obligatorio cuando se trata de leyes orgánicas y de las reglamentarias del Parlamento, y es facultativo respecto de cualquier otro ordenamiento. Esta función preventiva del control de las leyes se inserta, en palabras de Mauro Cappelletti, "...en el íter mismo de la formación de las leyes francesas; o sea, que en resumen, constituye, no un verdadero y propio control (a posteriori) de la legitimidad constitucional de una ley, para determinar si ella es o no válida, y por tanto aplicable, sino más bien un acto (y con mayor precisión, una decisión obligatoria) que forma parte del procedimiento mismo de elaboración de la ley, y asume, por tanto, la misma naturaleza de ese procedimiento."¹³⁰ Así se dirá, que "la invención del Consejo Constitucional... [establece] un verdadero derecho de veto sobre las leyes que impide la promulgación de éstas"¹³¹, o que el Consejo Constitucional es "un poder supremo de veto confiado a nueve personas totalmente irresponsables y arbitrariamente designadas"¹³².

Por otra parte, la forma de selección de sus miembros, denota la naturaleza más bien política que judicial del órgano. En efecto, el Consejo Constitucional se integra por los ex Presidentes de la República, y por otros nueve miembros, tres de los cuales son designados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.

¹²⁸ Acerca del Comité Constitucional francés, cfr. BURDEAU, Georges, Droit Constitutionnel et institutions politiques, París, 1975, pp. 90 y ss.

¹²⁹ Para obtener mayor información sobre estas funciones, consúltese WALINE, Marcel, "The Constitutional Council of the French Republic" en *The American Journal of Comparative Law*, 12, 1963, pp. 483 y ss.; y, especialmente, LOIC, Philip, Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises : de la verification des pouvoirs par les chambres au controle juridictionnel du conseil constitutionnel, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1961. Actualizado en, FALCÓN Pardo, Javier, El Consejo Constitucional francés: la jurisdicción constitucional en la Quinta República, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, ROUSSILLON, Henri, Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, París, 1991.

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, pp. 12.

¹³¹ EMERI, Claude, "Gouvernement des juges ou veto des sages", en *Revue de Droit Public*, número 2, 1990, pp. 339-340.

Mauro Cappelletti ha dicho que en el control de constitucionalidad que se da en Francia, “...el carácter propiamente “jurisdiccional” de los debates permanece aún en la ambigüedad y cuyos límites son bien conocidos; los mismo límites a los que el profesor Duverger no vacilaba en calificar de “enfermedad congénita” y consistentes sobre todo en el carácter preventivo y, por tanto, bastante abstracto del control del Consejo Constitucional.”¹³³

Debe señalarse que, el Consejo Constitucional francés, ha aumentado su poder y su prestigio, a partir de la decisión tomada por dicho Consejo, el 16 de julio de 1971, mediante la cual, incorporó a la Constitución de 1958, formando parte del bloque de constitucionalidad, la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946, que contiene una declaración de derechos económicos y sociales y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república, anteriores a 1946. “La fecha es histórica porque marca el punto de partida de la metamorfosis del Consejo Constitucional, que será consagrada por la reforma constitucional de 1974”¹³⁴, en tal reforma constitucional, se permite a sesenta diputados o a sesenta senadores instar el control de constitucionalidad de leyes (anteriormente sólo tenían legitimación para hacerlo, el Presidente de la República, el del Gobierno, o los presidentes de las Cámaras –art. 62 de la Constitución–). De cualquier manera, el control constitucional sigue siendo un control abstracto a priori, desligado de los casos concretos. Para Mauro Cappelletti, “La legitimación limitada a algunos personajes políticos y desde 1974 a ciertos miembros del Parlamento, acentúan el carácter “político” y oscurece la naturaleza “judicial” del Consejo; convierte al Consejo en un órgano bastante híbrido, en el que las características del legislador de una “tercera Cámara” legislativa predominan sobre las del juez...”¹³⁵

¹³² LACHARRIÈRE, René de, “Opinion dissidente”, en *Pouvoirs*, núm. 13, 1991, p. 142.

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, en VV. AA., *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, traducido por: Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 627

¹³⁴ LUCHAIRE, Francois, “La décision du 16 de Juillet 1971”, en *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, vol. VII, 1991, Economica/PUAM, París, 1993, p. 77.

Sobre todo ello se volverá posteriormente al hablar de la evolución del sistema francés.

Cabe destacar que, otro ejemplo de control de constitucionalidad por órgano político, no jurisdiccional, lo encontramos, como después se verá en la Tercera Parte, en México, en el *Supremo Poder Conservador*, que fue creado por la segunda de las “Siete Leyes Constitucionales” de 29 de diciembre de 1836. Dicha institución se inspiró, como se sabe, en el Senado Conservador de la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII (13 de diciembre de 1799).

3).- Finalmente, tenemos como forma política de defensa de la Constitución, la depositada en un poder neutral, moderador o armónico, que interviene como una especie de árbitro para resolver los conflictos entre el Parlamento y el Gabinete (gobierno). Este sistema tiene su origen doctrinal en los principios divulgados por Benjamin Constant, a principios del siglo XIX, en su obra *Cours de politique constitutionnelle*¹³⁶. Dicho autor creyó descubrir este sistema en Inglaterra, y particularmente en el papel desempeñado por la Corona británica. Se deposita, así, la defensa de la Constitución, en el rey, cuando se trata de una Monarquía Constitucional, o en el presidente de la República, en una Democracia Constitucional. Al respecto nos dice, Pedro de Vega que: “La gran polémica sobre el titular último de la soberanía, monarca o pueblo, la resuelve así el pensamiento liberal doctrinario convirtiendo al monarca, en cuanto poder neutral, en guardián de la constitución y reservando al pueblo su irrenunciable derecho de sujeto soberano.”¹³⁷

Este modelo político de defensa de la Constitución, influyó en la Carta Fundamental de Brasil de 1824, la cual en su artículo 98 decía que: “El Poder Moderador es la clave de toda organización política, y se atribuye privativamente al emperador, como el jefe supremo de la Nación y su primer representante, para que incesantemente

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, *op. cit.*, p. 661.

¹³⁶ CONSTANT, Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle*, tomo I, París, 1836, pp. 3 y ss. (la primera edición de esta obra es de 1815).

¹³⁷ VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución”, *op. cit.*, p. 291.

vele sobre el mantenimiento de la independencia, equilibrio y armonía de los demás poderes públicos”¹³⁸, así como también en la de Portugal de 1926 (artículo 71)¹³⁹.

En los años posteriores a la primera gran guerra, Schmitt¹⁴⁰ resalta la posición del Presidente del Reich, como poder neutral, derivada de los artículos 45-49 de la Constitución Alemana de Weimar (de 11 de agosto de 1919), señalando que: “Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich. Tanto su estabilidad y permanencia (mandato por 7 años, dificultad de su revocación, independencia con respecto a las cambiantes mayorías parlamentarias) como también al género de sus atribuciones [facultad de disolver el Reichstag, promover un plebiscito, el refrendo y promulgación de leyes, la ejecución por el Reich y la protección de la Constitución] tienen por objeto en el orden político, como consecuencia de su relación inmediata con el conjunto del Estado, crear una institución neutral que como tal sea protectora y garante del sistema constitucional y del funcionamiento adecuado de las instancias supremas del Reich, institución que además se halle dotada, para caso de necesidad, con atribuciones eficaces que le permitan realizar una defensa activa de la Constitución...”

Esta atribución de facultades moderadoras al presidente, también las encontramos en la Constitución de la República Española de 1931, en los artículos 76-80 y 83.¹⁴¹

Fix-Zamudio¹⁴² nos recuerda, que: “...cuando ha adquirido mayor importancia esta función armonizadora del jefe del Estado, es en varias de las Cartas Fundamentales de carácter parlamentario de esta segunda posguerra, en las cuales se advierte la intención de lograr un equilibrio entre el parlamentarismo desorbitado del siglo XIX y la hipertrofia del Ejecutivo que se advierte en los años inmediatos anteriores a la Segunda Guerra

¹³⁸ Cfr. ARINAS de Melo Franco, Alfonso, “El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX”, traducción de Enrique Helguera Soiné en el volumen colectivo VV.AA., El constitucionalismo a mediados del siglo XIX, tomo I, UNAM, México, 1957, pp. 319 y ss.

¹³⁹ Cfr. SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, *op. cit.*, p. 197.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 163 y ss., la cita esta sacada de la página 194.

¹⁴¹ Cfr. PÉREZ Serrano, Nicolás, La Constitución Española (de 9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 246-265.

Mundial, confiándose al presidente de la República, como organismo moderador, la delicada actividad de resolver con su *arbitraje* los conflictos constitucionales entre las dos funciones más poderosas, las de el organismo legislativo y el gobierno.” Señalándonos dicho autor como ejemplos, las atribuciones que se le otorgan al Jefe de Estado en las Cartas Fundamentales de la República Italiana (artículo 85 y siguientes), en la de la República Federal Alemana (artículos 63 y 68, fracción I), y en la Constitución francesa de 1958, resaltando esta última, como aquella “...en la cual se advierte con mayor precisión esta doctrina del poder moderador y del arbitraje...que en este aspecto ha tenido extraordinaria divulgación en las nuevas Cartas Fundamentales de los países africanos de ascendencia francesa.-El artículo 5º de la citada Constitución francesa de octubre de 1958 expresa de manera muy clara esta concepción del referido poder moderador: “El presidente de la República vela por el respeto de la Constitución. Asegura, con su *arbitraje*, el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado. Es el garante de la independencia nacional, de la integridad del territorio y del respeto a los acuerdos de la comunidad y a los tratados.”” Como se verá en la Segunda Parte, sin embargo, este tipo de sistemas se encuentran, desde un punto de vista doctrinal, en franca decadencia. Combinan casi todas las críticas posibles a un sistema de jurisdicción constitucional (carácter abstracto, contramayoritario, etc.) sin aportar ventajas evidentes. No parece probable que este sistema vaya a incrementar su vigencia en el futuro.

¹⁴² Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965, *op. cit.*, pp. 67-68

Una nota sobre el recurso de casación.

Para concluir con las formas de defensa política de la Constitución, puede hablarse del recurso de casación, ya que esta institución de origen francés, como, entre otros, ha recordado Cappelletti, “nació como una institución de “control constitucional” carente del carácter jurisdiccional, aunque se transformó radicalmente con posterioridad”¹⁴³.

En efecto, la casación moderna¹⁴⁴, nace en el plano legislativo, como consecuencia de la Revolución Francesa, al llevar a la práctica las ideas expuestas por Rousseau y Montesquieu, en relación con la superioridad de la ley, la igualdad de los ciudadanos frente a la misma y la estricta separación de los poderes. Por estas razones, el juez, como *boca de la ley* que era, sólo podía limitarse a aplicar la ley al caso concreto, sin poder hacer ninguna interpretación de la misma. Es decir, su actividad era simplemente mecánica, sin tener desde luego nada de creativa.

Así se crea El Tribunal de Cassation por Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, como *órgano de control constitucional*, pero más bien de naturaleza legislativa y política, que judicial. Su función era controlar que los jueces no invadiesen la esfera del legislativo, al no aplicar de manera estricta y textual las leyes al caso concreto, de tal suerte que si las sentencias se hubieran dictado contraviniendo el texto de las leyes, dicho Tribunal, y con el objeto de no invadir las funciones de los órganos judiciales, no se pronunciaba sobre la interpretación de la ley o sobre la decisión en conflicto, sino que se limitaba a remitir el asunto al llamado “juez de reenvío”, para que dictara una nueva resolución. En esta nueva decisión, dicho juez podía, incluso, no hacer caso de la casación, pero si esto ocurría, y se volvía a someter nuevamente tal decisión (la segunda) al Tribunal de Cassation, y éste la anulaba, y si el segundo juez de reenvío

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁴ Mauro Cappelletti habla de que el arquetipo del actual juicio de casación puede encontrarse en la *querela nullitatis* del derecho estatutario italiano medieval y en la *demande en cassation*, existente en Francia antes de la Revolución, consúltese en El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, pp. 13-14

insistía en no hacer caso de la consideración del Tribunal de Cassation, respecto de la ilegitimidad de su postura, se planteaba ante el cuerpo legislativo el llamado *référé obligatoire*, para que dicho cuerpo emitiera un decreto de interpretación de la ley, el cual ya era obligatorio para el tercer juez de reenvío.¹⁴⁵

A principios del siglo XIX, el Tribunal de Casación francés, al que se denominó con posterioridad *Cour de Cassation*, va transformándose de manera radical. En efecto, en el Código de Napoleón, se le reconoce a los jueces el poder de interpretación de las leyes, y así, la *Cour de Cassation* se convertiría en un verdadero órgano judicial supremo de control de legalidad (es decir de control de los errores de derecho cometidos por los jueces inferiores), que, al suprimirse el *référé obligatoire*, podía en su segunda decisión emitida en pleno, anular la resolución en conflicto, además de obligar al segundo juez de reenvío a acatar su determinación. Tal institución, ya transformada, se fue introduciendo en otros países como Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Grecia y España.¹⁴⁶

Es importante resaltar que en México, como más adelante se analizará, a través del juicio de amparo, se realiza tanto el control judicial de legalidad –o sea, lo que en los países europeos corresponde a los Tribunales de Casación–, como el control judicial de constitucionalidad.

¹⁴⁵ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, pp. 14-16

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 16-17

2.- FORMAS JURÍDICAS.

Las formas jurídicas de defensa de la Constitución, son, como es obvio, aquellas que utilizan métodos de Derecho para proteger a la Carta Fundamental. Es decir, aquellas en las que el control de constitucionalidad tiene naturaleza jurisdiccional, y que aparecen insertas dentro de lo que se denomina “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”, tendentes a hacer efectiva la supremacía jurídica de la Constitución y la consiguiente subordinación a la misma del resto del ordenamiento jurídico.

Existe una diversidad muy grande en cuanto a la organización concreta de la justicia constitucional. Sin embargo, es generalmente aceptado¹⁴⁷, para efectos estrictamente didácticos, la reagrupación de los diferentes sistemas de control judicial de la legitimidad constitucional de las leyes ordinarias, en dos grandes modelos. A saber:

1.- El sistema “americano” –también conocido como “control difuso”, “control incidental” o en términos de la doctrina sajona, como “*judicial review*”– en el que se confía al Poder Judicial ordinario la salvaguarda del orden constitucional, por vía incidental, teniendo sus resoluciones efectos particulares y;

2.- El sistema o modelo “europeo”, “concentrado”, “austríaco” o “kelseniano”, que se caracteriza por encomendar la defensa de la Constitución a un órgano *ad hoc*. Es decir, una jurisdicción especialmente constituida con este fin, por vía principal y con efectos generales de sus decisiones de inconstitucionalidad (efectos *erga omnes*).

Ahora bien, estos dos modelos, el “americano” y el “europeo” –los llamados “modelos clásicos de jurisdicción constitucional” o los modelos “originarios” en palabras de Domingo García Belaúnde¹⁴⁸– no existen en la actualidad en estado puro, sino que se

¹⁴⁷ Entre otros, y sólo por poner un ejemplo de alguien que ha tratado el tema con especial maestría, por Mauro Cappelletti, en su clásica obra, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, *op. cit.*, pp. 34 y ss. en la que considera dos grandes sistemas de carácter judicial, el “americano” y el “austríaco” o “europeo”.

¹⁴⁸ GARCÍA Belaúnde, Domingo, “La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, núms. 181-182, t. XLII, enero-abril de 1992, p. 63.

han ido entremezclando atendiendo a diferentes peculiaridades nacionales que influyen tanto en las funciones como en los procedimientos para mantener el orden constitucional. Surgen así otros modelos que, siguiendo la terminología de García Belaúnde¹⁴⁹ que antes se apuntaba, podríamos llamar derivados. El actual sistema mexicano responde, como se verá, con intensidad a este proceso sincrético de los modelos de justicia constitucional. Como se verá, también, en la Parte Segunda este proceso sincrético no deja de ser sorprendente si se atiende al origen estudiado de los modelos en los que éstos se consideraron incompatibles entre sí.

Sin embargo, para los fines del presente estudio, se realizará un breve repaso de las características de tales modelos, ya que son los paradigmas que se utilizan para el análisis comparado de los diversos sistemas existentes en la realidad, dejando para las Partes Segunda y Tercera su crítica y la exposición concreta del sistema mexicano. Se trata, por tanto, de dejar sentadas con la mayor claridad posible las líneas de cada sistema, para ver, con posterioridad, en qué medida dichos sistemas pueden haber entrado en crisis.

¹⁴⁹ Domingo García Belaúnde, en su artículo “La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado”, *op. cit.*, pp. 63-64, habla de modelos originarios y derivados, y dentro de éstos últimos señala que existen dos tipos: el mixto y el dual o paralelo. El mixto es el que nace como producto de una fusión entre otros sistemas, creando uno nuevo, distinto al originario, mientras que el dual o paralelo es un sistema que encierra a dos o más modelos, que coexisten sin interferencias.

a) El sistema o modelo americano de justicia constitucional.

El sistema americano¹⁵⁰, recibe este nombre porque es, como se vio, en Estados Unidos donde surge, además de que ha imperado con mayor o menor fuerza en otros países del Continente Americano. No debe olvidarse que durante el siglo pasado se extendió a casi todos los países latinoamericanos, en los que se adoptó, de una o de otra forma, la *judicial review* norteamericana con diferentes peculiaridades. Así ocurrió en Argentina en 1860, México en 1857, Venezuela en 1858, Brasil en 1890, República Dominicana en 1844 y Colombia en 1850. Cabe hacer la aclaración de que el sistema argentino es todavía hoy el más parecido al norteamericano, ya que en los demás se entremezcla con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, o se introducen instituciones propias creando sistemas mixtos.

En efecto, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tiene su nacimiento formal en los Estados Unidos de América, como anteriormente quedo anotado¹⁵¹, en el citado caso de 1803, de *Marbury v. Madison*, en el que la construcción del juez Marshall, teniendo como marco de referencia la Constitución de 1787, faculta a todos los jueces del país a no aplicar las leyes que consideraran inconstitucionales por contrarias a la Constitución, por ser ésta la norma jurídica suprema de todo el país.

Ahora bien, según la doctrina sentada por Marshall, la esencia de este método de control constitucional, radica en la noción de supremacía de la Constitución y en su garantía efectiva, de tal manera que si hay actos que choquen con la Constitución, serán nulos, y como tales deben ser considerados por los Tribunales, ya que son éstos precisamente los encargados de aplicar las leyes.

¹⁵⁰ Así es llamado por Héctor Fix-Zamudio, que es uno de los tratadistas que ha estudiado en México ampliamente el tema de la justicia constitucional, en varias de sus obras, por ejemplo: en Venticinco años de evolución de la Justicia Constiucional 1940-1965, *op. cit.*

¹⁵¹ *Vid. supra* punto a.1) En los hechos: el nacimiento del control judicial de las leyes en Estados Unidos, pp. 29 y ss. No se discutirá aquí la veracidad histórica de este posible origen, sino que, dándolo por bueno, se expone el sistema que de él surge.

Para realizar el breve análisis de este sistema, de igual manera se hará con el “europeo”, siguiendo el método señalado por Cappelletti¹⁵², se tomarán en cuenta como elementos estructurales, primero, los órganos a los cuales corresponde el poder del control, segundo, la forma en que se plantea y resuelve la duda de constitucionalidad y tercero, los efectos que se derivan de la decisión judicial sobre la duda de constitucionalidad.

¹⁵² Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes..., *op. cit.*, p. 34

a.1) Órganos a los cuales corresponde el poder del control.

En el sistema americano de control de constitucionalidad, el poder de control corresponde a todos los jueces y tribunales, independientemente de su posición jerárquica. Por ello, es denominado también control “difuso”. Así lo hace, por ejemplo, Mauro Cappelletti quien al respecto señala: “Cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad, se pretende significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país.”¹⁵³

En el sistema difuso, en conclusión, todos los órganos judiciales, inferiores, superiores, federales o locales, pueden o, mejor dicho, deben, desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento. El fundamento de tal control, se encuentra en la famosa doctrina establecida por el juez Marshall y de la que ya se ha hablado con anterioridad, es decir en la consideración de la Constitución como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en vista de que todos los jueces pueden decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes, podría pensarse en una situación de incertidumbre jurídica, ya que, lo que para un juez es inconstitucional para otro puede no serlo. En el sistema de los Estados Unidos, se salva esta situación al encontrarse vinculados todos los tribunales del país al principio del *stare decisis*, es decir, al principio anglosajón de la obligatoriedad de los precedentes. Principio que, como es sobradamente sabido, no existe en los sistemas jurídicos llamados del *civil law*, o sea, los de tradición romanista, como lo son los países de Europa Continental. Desde el punto de vista de organización jurisdiccional ello puede explicar porque el sistema difuso de control de constitucionalidad origina notables dificultades cuando se pretende exportar a Europa. Con todo, algunos sistemas del *civil law*, sí han establecido el control difuso, gracias a la introducción de mecanismos, que permitan la consideración obligatoria de los

¹⁵³ *Ibidem*, p. 37.

precedentes. Por ejemplo, en México, a través de la jurisprudencia obligatoria, tema del que se hablará con posterioridad.

Atendiendo al principio de *stare decisis*, “... aún cuando pueden surgir divergencias entre los diversos tribunales estadounidenses (locales y federales) en cuanto a la constitucionalidad de una determinada ley, a través del sistema de las impugnaciones, la cuestión de constitucionalidad puede ser decidida por los órganos judiciales superiores, y particularmente, por la *Supreme Court* federal, cuya decisión será, desde ese momento en adelante, *obligatoria para todos los órganos judiciales* –o por lo menos, para todos los otros órganos judiciales– de aquel país”¹⁵⁴

Como se puede observar, el principio del *stare decisis*, da como resultado, que las decisiones de inconstitucionalidad terminen teniendo eficacia general o *erga omnes*, y no sólo respecto del caso concreto, ya que si una ley es desaplicada por la Suprema Corte Norteamericana, por considerarla violatoria de la Constitución, todos los demás tribunales están obligados a no aplicarla en los casos iguales o similares, por lo que la desaplicación de la ley termina siendo una verdadera anulación de la misma.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

a.2) Forma en que se plantea y resuelve la duda de constitucionalidad.

El deber que tienen todos los tribunales, en el sistema americano, de desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales, implica que dicho deber judicial sólo pueda cumplirse *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto del cual el juez ya esté conociendo, y en el que la constitucionalidad de la ley no es ni el objeto, ni el asunto principal de dicho proceso. De ahí que se afirme que el control difuso o americano, se realiza a través de la vía incidental.

La anterior afirmación se traduce en que, en el modelo difuso, las dudas de constitucionalidad de las leyes no pueden ser sometidas a la decisión de los órganos judiciales de manera directa, o en vía principal, esto es, no se puede realizar el control de constitucionalidad de las leyes, a través de un proceso constitucional específico y autónomo. No hay, en conclusión, una acción especial *ad hoc*; sino que, para que se pueda ejercer dicho control difuso, se requiere la existencia de un proceso concreto ante un Tribunal, sin importar la materia, siempre que en tal proceso, se discuta la constitucionalidad de una ley cuya aplicación o no sea considerada por el Juez como relevante para la decisión del caso que es el objeto principal del proceso. Por ello, como queda dicho, las dudas de constitucionalidad sólo pueden plantearse de manera incidental, sin que la decisión judicial sea la consideración en abstracto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley o su aplicabilidad o inaplicabilidad, sino la decisión de un caso concreto. Lo cual significa, además, que, en términos generales, la competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes corresponde al mismo órgano judicial que debe conocer y resolver el caso particular en el que ha surgido el problema de constitucionalidad.

Por último, respecto a este tema, sobre si el control de constitucionalidad que todos los tribunales realizan en el método difuso, debe ser de oficio o a petición de parte, Allan R. Brewer Carías señala que: "...si se trata de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y desaplicar, para su decisión, la ley que consideren inconstitucional, los jueces deberían poder considerar de oficio las cuestiones de

constitucionalidad, a pesar de que ninguna de las partes en el proceso las haya planteado [...] en el caso de que la cuestión constitucional se formule por una parte en el proceso efectivamente debe tratarse de una parte con la legitimación necesaria para actuar como tal, y con el interés requerido para plantear la inaplicabilidad de la ley inconstitucional en el caso concreto [...] en general, las normas procesales de la mayoría de los países prohíben a los Tribunales considerar de oficio, al decidir un caso concreto, cualquier cuestión, incluso las cuestiones de inconstitucionalidad. En tal sentido en Brasil, al igual que en Argentina, conforme al modelo norteamericano, los jueces no tienen el poder de juzgar *ex officio* la constitucionalidad de las leyes, la cual debe ser alegada como una excepción o defensa por una de las partes en el procedimiento.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Cfr. BREWER Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, *op. cit.*, pp. 129-130.

a.3) Efectos de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad.

En el sistema americano de control de constitucionalidad de las leyes, la decisión judicial de inconstitucionalidad tiene efectos *declarativos* y como lógica consecuencia su eficacia opera *ex tunc*, o *pro praeterito*, lo que se traduce en que los efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue promulgada, o lo que es lo mismo, la ley declarada inconstitucional se considera como si nunca hubiera existido.

En efecto, si un Juez estima que la ley es inconstitucional y por ello la inaplica en el caso concreto de que conoce, lo hace justamente, porque la considera como absolutamente nula y sin valor (*null and void*), y por tanto ineficaz, por lo que dicho juez no anula la mencionada ley, sino que simplemente declara una nulidad pre-existente, es decir, declara que una ley es inconstitucional y que lo ha sido desde que se dictó.

Debe hacerse la aclaración de que, respecto a los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley y a fin de evitar el caos y la inseguridad jurídica, en los países en los que se ha establecido el control difuso, los actos que se han celebrado con anterioridad a tal declaración, son válidos. Se respeta la autoridad de la cosa juzgada, es decir, los efectos firmes que han producidos los actos apoyados en las leyes declaradas posteriormente como inconstitucionales, con excepción de la materia penal, en la cual, no opera la autoridad de la cosa juzgada, cuando se hubiera impuesto pena alguna apoyándose en una ley que, con posterioridad, se declara inconstitucional.

Otro de los efectos de la decisión judicial de inconstitucionalidad, en el método americano que ahora se estudia, es que sólo tendrá eficacia frente a las partes del proceso concreto en el que se adopta dicha decisión, esto es, que los efectos sólo serán *inter-partes*. En otras palabras, el juez deja de aplicar una ley al resolver un caso concreto, por estimar que dicha ley va en contra de una norma superior como lo es la Constitución, pero no la invalida, ya que puede aplicarse en otros casos. Lo que significa que sólo será considerada inconstitucional, nula y sin valor, en relación con el proceso particular y con

las partes que en él intervinieron, sin que, por la decisión judicial de inaplicación de la norma al caso concreto, se expulse a dicha norma del ordenamiento.

Sin embargo, como anteriormente se dijo¹⁵⁶, debe resaltarse que la eficacia limitada a las partes del proceso, en el método difuso, queda superada, en gran medida, en virtud del principio del *stare decisis*, en los países del *common law* (como es el caso de los Estados Unidos), o a través de los distintos mecanismos legales que, para evitar la contradicción y la incertidumbre jurídica a que puede conducir dicho método, se han desarrollado en los países del *civil law* no sujetos al referido principio¹⁵⁷.

¹⁵⁶ *Vid. supra* a.1) Órganos a los cuales corresponde el poder del control, pp. 106 y ss.

¹⁵⁷ Un tratamiento muy completo de esta materia en ROTUNDA, Ronald D., NOWAK, John E., YOUNG, J. Nelson, Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1986, vol. I, secciones 1 y 2, pp. 1-199.

- b) El modelo europeo de control de constitucionalidad de las leyes.

Recibe el nombre de modelo europeo, porque fue en Europa donde surgió, en la Primera posguerra, consagrándose, concretamente, en las constituciones austríaca y checoslovaca de 1920¹⁵⁸. Ha sido, además, en los países europeos en donde se ha generalizado con mayor rapidez, sobre todo después de la Segunda Gran Guerra. Se denomina también *austríaco* por ser Austria el país en el que se configuró el prototipo de dicho modelo de justicia constitucional, en la Constitución Federal austríaca de 1 de octubre de 1920 que, con diversas modificaciones, sigue en vigor hasta la actualidad, habiendo sido suprimida a mediados de la década de los años 30, durante la ocupación nacional socialista en la Última Gran Guerra, y reinstaurada en 1945.

También se le conoce como modelo *kelseniano*, en homenaje al ilustre jurista vienés Hans Kelsen, que, como es sabido, influyó decisivamente en las constituciones austríaca y checoslovaca de 1920 para la introducción de tal modelo (sobre todo en la primera, ya que su participación en la redacción fue directa), además de ser el mayor teórico de dicha institución. No en vano se afirma que es su construcción doctrinal la que ha permitido que el mencionado modelo de justicia constitucional se haya ido instaurando en el continente europeo y expandiendo posteriormente a varios países del mundo. Al respecto, Louis Favoreu, señala que: “En total, hoy, unas cuarenta instituciones se valen de la categoría de tribunales constitucionales tanto en Europa como en Asia (Corea por ejemplo), en América Latina (Chile, Perú) o en África (Madagascar, África del Sur)...”¹⁵⁹, habría que agregar también, aquellos países en los que a pesar de no establecer una institución que reciba el nombre de Tribunal Constitucional, siguen, en lo esencial, el modelo teorizado por Kelsen, como es el caso de Uruguay, Panamá y Honduras, donde se atribuye el carácter de único juez de la constitucionalidad de las leyes a la Corte Suprema, o el caso de Paraguay, Costa Rica y el Salvador, en donde tal atribución se le hace a una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, además

¹⁵⁸ Vid. *supra*, b.3) Austria. El modelo de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes, pp. 73 y ss.

¹⁵⁹ FAVOREU, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”, en La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, *op. cit.*, pp. 99-115, especialmente p. 99.

de aquellos países en los que al lado del control difuso aparece el concentrado, como es el caso de Venezuela, Brasil y a partir de las reformas de 1994, el caso de México, en donde se atribuye el control concentrado de constitucionalidad de las leyes a la Suprema Corte de Justicia.

A continuación, se realizará un breve resumen del modelo europeo de control de constitucionalidad, siguiendo el mismo método establecido respecto al modelo americano, que anteriormente se elaboró, dejando, también en este caso, su crítica para la Parte Segunda.

b.1) Órganos a los cuales corresponde el control.

El poder de control, en el sistema europeo, corresponde a un órgano único y específico, *ad hoc*. Por ello se dice que el poder de control es “concentrado”, ya que se centraliza en un sólo órgano, razón que explica esta segunda denominación.

En efecto, el control es ejercido por un órgano especial, por el Tribunal Constitucional (en términos kelsenianos), el cual monopoliza la competencia para conocer los procesos relativos a la constitucionalidad de las leyes. A diferencia del sistema americano, en el sistema europeo o concentrado de constitucionalidad de las leyes, la inconstitucionalidad y consecuentemente la invalidez de la ley, no puede ser declarada por cualquier juez. Es más, los jueces comunes (civiles, penales, sociales o administrativos) son considerados incompetentes para tal labor, incluso en los casos concretos de que conocen, de tal suerte que deben limitarse a aplicar la ley sin hacer ninguna valoración sobre su constitucionalidad. Sin embargo, respecto a la anterior afirmación, debe aclararse que, en algunos países en los que se ha establecido el modelo europeo, se permite, como en el próximo punto se verá, que los jueces suspendan el proceso del cual conocen, con el fin de elevar ante el juez constitucional, la cuestión de constitucionalidad surgida con motivo de ese proceso. Así ocurre, por ejemplo, en Austria, Alemania, Italia y España, entre otros.

Debido a que los jueces ordinarios, no pueden conocer sobre la constitucionalidad de las leyes, se dice que, en el sistema europeo, existe una verdadera presunción absoluta de validez de las leyes, para todos los jueces, con excepción claro está, de los jueces constitucionales.

b.2) Forma en que se plantea y resuelve la duda de constitucionalidad.

En el sistema europeo de control de constitucionalidad, el examen de constitucionalidad de una norma no se realiza a través de un incidente suscitado en el curso de un proceso ordinario ante los tribunales, como es el caso del modelo americano, sino que, por el contrario, constituye el objeto de un proceso específico, es decir, es un control que se ejercita por *vía principal*, por *vía de acción*.

Se trata pues, de un proceso autónomo de constitucionalidad, cuyo contenido se agota precisamente, en la obtención de una resolución acerca de la validez o constitucionalidad de una norma sometida a control, de tal suerte que la demanda es autónoma y especial. Se solicita al órgano ad hoc que se pronuncie respecto de la constitucionalidad o no de una determinada norma, en terminología alemana, se está en presencia de un *control abstracto*, a diferencia del *control concreto* que se da en el modelo americano de justicia constitucional.

Sin embargo, este sistema de control de la constitucionalidad de las leyes sólo por *vía de acción*, se ha atenuado, permitiéndose en la actualidad, en algunos de los países que han instaurado el modelo europeo, un control por vía de excepción, es decir aquel que se da en el transcurso de un procedimiento ordinario ante los tribunales comunes. Lo cual no quiere decir que se permita a todos los jueces llevar a cabo el control, de lo que se trata es de permitirles que suspendan el proceso en el que se suscita la controversia de constitucionalidad, siempre y cuando dicha controversia sea sobre una ley que resulta indispensable o esencial para la solución del caso de que conocen, para que se consulte sobre la misma al Tribunal Constitucional. Como se señaló anteriormente¹⁶⁰ es lo que se conoce con el nombre de cuestión de inconstitucionalidad.

En efecto, el control de constitucionalidad exclusivamente en vía de acción, se modificó ya en la Constitución austríaca de 1920, a través de la ley austríaca de revisión

¹⁶⁰ Vid. *supra* b 5) España, p.84.

constitucional de 1929¹⁶¹, la cual sigue teniendo vigencia en la actualidad. La ley de reforma antes mencionada, modificó el artículo 140 constitucional, legitimando a dos de los órganos judiciales ordinarios (anteriormente sólo estaban legitimados órganos políticos, y su legitimación era y sigue siendo por vía de acción), a la Corte Suprema para las causas civiles y penales y a la Corte Suprema en materia administrativa, para acudir ante el Tribunal Constitucional a instaurar un proceso de control de leyes, pero sólo en vía incidental o de excepción. Lo cual quiere decir que pueden acudir, dichos órganos judiciales, ante el Tribunal Constitucional, únicamente en el curso de un proceso ordinario que se tramite ante ellos, y siempre y cuando la ley, cuya constitucionalidad se discute, sea fundamental para su solución.

En otros países que han establecido el modelo europeo, como, por ejemplo, Alemania (Constitución de 1949), Italia (Constitución de 1948) y España (Constitución de 1978), la facultad, antes señalada, de acudir ante el Tribunal Constitucional a fin de consultar sobre la constitucionalidad de una ley, que es necesaria para la resolución de un caso concreto del cual conocen, compete a todos los jueces, inclusive los inferiores, los cuales, como ya se ha dicho con anterioridad, deberán suspender el proceso hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley.

Como puede fácilmente apreciarse, en la *cuestión de inconstitucionalidad* del modelo europeo, se asiste a una aproximación del mismo al “sistema americano” de la *judicial review*, ya que si bien es cierto que, en el primero de los modelos mencionados, no todos los jueces pueden realizar el control de constitucionalidad, no es menos cierto que pueden suspender el proceso y solicitar al Tribunal Constitucional que se pronuncie respecto de la constitucionalidad de una ley que consideran indispensable para el pronunciamiento del fallo en el caso concreto. Lo cual, por otra parte, parece lo más lógico, ya que son los jueces, los que al aplicar la ley al caso concreto, pueden

¹⁶¹ Vid. *supra* b.3) Austria. El modelo de control autónomo de la constitucionalidad de las leyes, pp. 73 y ss.

encontrarse con mayor frecuencia ante la posible inconstitucionalidad de la ley, o mejor dicho, pueden percatarse de la inconstitucionalidad de la misma.

Desde luego debe destacarse, que la diferencia entre el sistema “americano” y el “europeo”, sigue existiendo, ya que en el modelo europeo, al lado de esta facultad de todos los jueces de acudir en consulta ante el Tribunal Constitucional, continúa existiendo la legitimación de otros órganos no jurisdiccionales, para acudir en “vía de acción”, ante el Tribunal Constitucional, es decir, sigue dándose un control abstracto de la constitucionalidad de las normas.

b.3) Efectos de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad.

En el modelo “austríaco” de control de constitucionalidad, la sentencia del Tribunal Constitucional es de naturaleza *constitutiva*, esto es, no declara una nulidad existente, como en el caso “americano”, sino que anula una ley que hasta ese momento es válida y eficaz, no obstante su inconstitucionalidad, de allí que los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, operen *ex nunc* o *pro futuro*.

Es más, en relación con lo antes dicho, el Tribunal Constitucional austríaco (si se acude tanto al ejemplo austríaco, es porque, como ya se dijo, es el prototipo del modelo europeo de control de constitucionalidad), tiene la facultad discrecional de disponer que la anulación de una ley opere a partir de una fecha posterior a aquélla en la que se publicó la sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de tal ley, siempre y cuando dicho diferimiento no sea superior a un año.

Ahora bien, en el sistema austríaco, las resoluciones de inconstitucionalidad, además del carácter *constitutivo*, tienen eficacia *general o erga omnes*, lo cual resulta lógico, al tratarse de un proceso autónomo o abstracto, donde la declaración de inconstitucionalidad afecta de modo inmediato a la validez de la ley estimada inconstitucional.

Así pues y frente a lo que ocurre en el sistema “americano”, en el modelo “europeo”, con la sentencia de inconstitucionalidad, se priva a la ley controlada, de efectos de manera general, como si hubiese sido abrogada por una ley posterior. Se suprime para todos y no solamente se desaplica en el caso concreto.

Ahora bien, respecto a los efectos *ex nunc* o *pro futuro* de las sentencias del Tribunal Constitucional, en algunos países como en Italia o Alemania, no solamente pueden producirse dichos efectos, sino que también puede operar la eficacia *ex tunc* o *pro praeterito*, es decir, una eficacia retroactiva. Es más, en Austria también existe una atenuación respecto a los efectos sólo para el futuro, ya que a partir de la reforma

constitucional de 1929, de la que ya se ha hablado, se admite, aunque sólo de manera limitada al caso concreto en el que ha surgido la cuestión de inconstitucionalidad, que la ley declarada inconstitucional no sea aplicada respecto a los hechos que dan origen al proceso ordinario en el que se suscita dicha cuestión de inconstitucionalidad, lo cual resulta por otra parte coherente, ya que de lo contrario no existiría interés por parte de los jueces (en el caso austríaco del Tribunal Supremo y el Tribunal Administrativo), de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El propio Kelsen resalta la necesidad de los efectos retroactivos, al señalar que: “...Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica porque, si no se diera, las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho no tendrían un interés inmediato y, por ello, suficientemente fuerte, en provocar la intervención del tribunal constitucional. Si esta intervención se produce exclusiva o principalmente a petición de estas autoridades judiciales y administrativas, hay que animarlas a presentar estas solicitudes atribuyendo en este caso a la anulación un efecto retroactivo limitado.”¹⁶²

¹⁶² KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, p. 147.

- c) Kelsen y su teoría sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo, base teórica de la discusión posterior.

En los puntos 1) y 2) del apartado II se ha puesto de relieve cómo los iniciales sistemas americano y europeo surgen como evolución parcial de ciertas instituciones preexistentes. Igualmente, se ha podido comprobar cómo estas instituciones tomaron en consideración ciertas elaboraciones doctrinales (epígrafe II 1 a.2)) para justificar sus nuevas misiones. Kelsen y el Tribunal Austríaco constituyen, sin embargo, una excepción. En este caso, coinciden el surgimiento de la teoría de apoyo y el del órgano jurisdiccional encargado de aplicarla. Este doble carácter de legislador y estudioso en la persona de Kelsen explican que se haya desdoblado aquí lo que fue el surgimiento legal del sistema austríaco (epígrafe II 2 b.3)), de su justificación doctrinal. Dado que la discusión posterior, como se verá en la Parte Segunda, ha entrado en diálogo más con el Kelsen teórico que con el Kelsen legislador (es decir, más con la teoría que con la realidad de los Tribunales Constitucionales anteriores a la Segunda Guerra Mundial), se ha reservado para este epígrafe final el resumen de su aportación teórica.

Como se ha repetido, pues, innumerables veces, Kelsen fue, en gran medida, el creador intelectual del método *concentrado* de justicia constitucional, además de ser su más importante teórico y divulgador. Por ello resulta conveniente, señalar, aunque sea a grandes rasgos, su doctrina al respecto. Desde luego, que el pensamiento de este genial jurista, sería motivo de sobra para un trabajo especial, como de hecho existen en buen número¹⁶³, por ello se advierte que en este apartado no se pretende agotar el tema, ni mucho menos, su finalidad tan sólo es exponer de manera general su teoría respecto del tema que nos ocupa, la jurisdicción constitucional de la ley, para poder abordar con mayor rigor las afirmaciones sobre su “insuficiencia”.

¹⁶³ Numerosas referencias, por ejemplo, en VV. AA., Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion: Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis. 27. September 1981 abgehaltenen International Symposium, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982. *Vid.* también, GIANFORMAGGIO, Letizia, Estudios sobre Kelsen, Fontamara, México, 1996, o el reciente, PAULSON, Stanley L. y LITSCHIEWSKI Paulson, Bonnie, Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes, Clarendon Press, Oxford, 1998, con una amplia bibliografía.

Como anteriormente se dijo¹⁶⁴, el trabajo elaborado por Kelsen en 1928 “La garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, es la aportación más importante de dicho jurista a la teoría de los Tribunales Constitucionales. En él plantea un modelo innovador de justicia constitucional, que si bien es cierto, está influido por la experiencia austríaca (lo cual resulta totalmente lógico si tomamos en cuenta que es él quien influyó en la elaboración de la Constitución austríaca de 1920, en la que se introdujo, también por su influencia, el Tribunal Constitucional, y del cual formó parte como miembro y ponente permanente durante varios años), tiene la pretensión de presentarlo como un modelo que tenga valor general para todos los países. Es, básicamente sobre este artículo, sobre el que se realizará la exposición de sus ideas en relación con la justicia constitucional.

En dicho trabajo, Kelsen señala que, para poder resolver la cuestión de la garantía y la forma de la garantía de la Constitución, se requiere tener una noción clara de Constitución, que sólo la teoría de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico es capaz de proporcionar.

Al respecto, debe recordarse que para Kelsen¹⁶⁵, el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, las cuales se hallan unas al lado de otras, en un mismo nivel, sino que, por el contrario, se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas (conocida popularmente como “pirámide normativa”), cuya unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo, se encuentra determinada por otra de grado superior, la que, a su vez, es determinada por otra todavía más alta. La unidad del sistema la constituye la circunstancia de que tal “regressus” termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Y es que para Kelsen, tanto la Constitución, como la ley, el reglamento, la sentencia y el acto administrativo son normas jurídicas, las tres primeras generales y las

¹⁶⁴ *Vid. supra* b) Primeras manifestaciones del control concentrado de las leyes en Europa, p. 66.

¹⁶⁵ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo García Máynez, 3ra. Reimpresión, UNAM, México, 1983.

dos últimas individuales, de ahí que afirme que el derecho no cesa de concretarse en el camino que él mismo recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material.

Así, Kelsen, resalta la naturaleza diferente de la Constitución respecto a las demás normas, a la que define como “...el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución –y la noción coincide bajo este prisma con la de forma de Estado– es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas [...] Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal, así como de aquéllas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma en que estos órganos deben proceder, es decir, en suma, la base fundamental del ordenamiento estatal.”¹⁶⁶

De esta noción de Constitución, es decir, del considerarla como base del ordenamiento jurídico, dirá Kelsen, surge la idea de asegurarla, de darle la mayor estabilidad posible, diferenciándola de las leyes y sometiendo su revisión a un procedimiento especial. Ahora bien, puesto que las Constituciones modernas no se limitan solamente a establecer reglas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino que también contienen un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales, la Constitución dispone que las leyes no solamente deberán ser elaboradas en la forma que ella prescribe, sino también que no podrán contener ninguna disposición que atente contra esos derechos fundamentales, esto es, la Constitución ya no es únicamente regla procedimental sino también una regla sustantiva, consecuentemente, “...una ley puede ser inconstitucional bien por razón de una irregularidad de procedimiento en su elaboración [inconstitucionalidad formal], bien por razón de su contenido contrario a los principios o directivas formulados en la Constitución, cuando la

¹⁶⁶ Cfr. KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, pp. 114-115.

ley en cuestión vulnere los límites establecidos por la Constitución [inconstitucionalidad material].”¹⁶⁷

Así, entiende Kelsen que, “puesto que las disposiciones constitucionales referentes al procedimiento y al contenido de las leyes no pueden precisarse más que por medio de las leyes, las garantías de la Constitución no son más que medios contra las leyes inconstitucionales”, aunque, a partir de que la noción de Constitución se ha extendido a otros objetos distintos del procedimiento legislativo y de la determinación del principio del contenido de las leyes, “es posible que la Constitución se concrete por medio de formas jurídicas distintas de las leyes, en particular por medio de reglamentos o incluso por medio de actos jurídicos individuales, por lo que hay no solamente normas generales –leyes o reglamentos– sino también actos individuales que están inmediatamente subordinados a la Constitución y que pueden ser, por consiguiente, inmediatamente inconstitucionales”.¹⁶⁸

Dentro de las garantías generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado respecto a la regularidad de los actos estatales en general, es decir las garantías preventivas o represivas, personales u objetivas, Kelsen señala a la anulación del acto inconstitucional, como la principal y más eficaz garantía de la Constitución, la que debe encomendarse a una *jurisdicción o tribunal constitucional*, independiente de los demás órganos constitucionales.

Aquí puede apreciarse claramente, cómo el sistema kelseniano introduce un cambio básico respecto del sistema americano de control de constitucionalidad de las leyes, tal cambio consiste en concentrar dicho control en un solo Tribunal, consagrándose así un nuevo sistema a saber, “el concentrado o europeo”, frente al “difuso o americano”. Como señala García de Enterría, “este cambio estructural esconde en realidad una

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 115-116.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 116-117. Argumento relativamente contradictorio y que demuestra la dificultad de una argumentación puramente teórico-formal ante el derecho constitucional real..

almendra bastante más profunda...”¹⁶⁹, que es el considerar al Tribunal Constitucional como un legislador negativo y no como un verdadero tribunal.

En efecto, Kelsen, al defenderse de una de las objeciones tradicionales al modelo de jurisdicción concentrada, concretamente a aquella que señala que dicho modelo atenta contra el principio de separación de poderes, concebirá al Tribunal Constitucional no como un verdadero tribunal, sino como un legislador negativo. Dirá que: “...el órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba –por la independencia de sus miembros– la organización propia de un tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales, mientras que aquélla sólo crea normas individuales. Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo.”¹⁷⁰

Una vez, que ha afirmado el carácter de legislador negativo, que posee el Tribunal Constitucional, Kelsen, no ve ningún problema en el hecho de que el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales sea un tribunal, ya que su independencia respecto al legislativo y al ejecutivo es un postulado evidente, puesto que son ellos los que participan en el procedimiento legislativo y por tanto son ellos los que deben ser controlados.

Sin embargo, le parece importante distinguir entre la elaboración y la simple anulación de las leyes. Al respecto Kelsen señala que: “La anulación de una ley se

¹⁶⁹ GARCÍA de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *op. cit.*, p. 34

¹⁷⁰ KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, p. 130.

produce, esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. Está ausente casi por completo aquí la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales–, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal; pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto, de algo propiamente jurisdiccional...”¹⁷¹

Posteriormente, Kelsen, tras aceptar que la organización de la jurisdicción constitucional habrá de adaptarse a las particularidades de cada Constitución, expone algunas ideas respecto de la composición de los Tribunales Constitucionales, “...algunas consideraciones de valor y alcance generales: el número de sus miembros no habrá de ser demasiado alto, dado que está llamada a pronunciarse esencialmente sobre cuestiones jurídicas y debe cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los métodos de selección particularmente típicos, no es posible encomiar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento, ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o por el gobierno. Podrían, quizás, combinarse ambos métodos, haciendo, por ejemplo, que los jueces fueran elegidos por el Parlamento a propuesta del gobierno, quien habría de proponer varios candidatos para cada uno de los puestos a ocupar, o a la inversa. Es de mayor importancia conceder a los juristas de profesión una presencia adecuada en la composición de la jurisdicción constitucional...Es igualmente importante excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que se tratan de controlar...”¹⁷²

De aquí en adelante, Kelsen analiza los diferentes elementos de la justicia constitucional, de una manera amplia y detallada. Así, señala que las leyes de las que se

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 131

¹⁷² *Ibidem*, pp. 131- 132.

alega inconstitucionalidad constituyen el objeto principal de la justicia constitucional, entendiéndose por leyes todos los actos así denominados por los órganos legislativos. “Deben estar sometidos al control de la jurisdicción constitucional todos los actos que reciban la forma de ley, aunque no contengan más que normas individuales, y también, por ejemplo, el presupuesto y todos los demás actos que la doctrina tradicional se inclina, por cualquier razón, a ver como simples actos administrativos a pesar de su forma de ley...- Deben estar, asimismo, sometidos al control de la jurisdicción constitucional todos los actos que pretenden valer como leyes [...] así como los actos que no pretenden ser leyes, pero que debieran serlo según la Constitución y que...han sido inconstitucionalmente revestidos de otra forma, bien votados por el Parlamento como simples resoluciones no publicadas, bien publicados como simples reglamentos...”¹⁷³

Pero, además, señala que la competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes, sino que ha de extenderse a los reglamentos que tienen fuerza de ley, como los reglamentos de necesidad, a los tratados internacionales, a los actos concretos que la Constitución regula, como los nombramientos de altos cargos, y a las formas indirectas y mixtas de inconstitucionalidad, como el control de legalidad de los reglamentos, cuando ésta deriva de la Constitución.¹⁷⁴

Respecto al criterio que la jurisdicción constitucional debe aplicar en el ejercicio del control de constitucionalidad, Kelsen dice que: “...para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, lo que ha de controlarse es su constitucionalidad, mientras que para los actos sólo mediatamente subordinados es su legalidad. O, en términos más generales, que, respecto de todo acto, lo que ha de verificarse es su conformidad con las normas de grado superior. También va de suyo que el control ha de versar tanto sobre el procedimiento con arreglo al cual ha sido elaborado el acto como

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 132-133.

¹⁷⁴ Cfr. KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, pp. 116-120 y 132-139.

sobre el contenido del mismo, si es que las normas de grado superior contienen también disposiciones sobre este aspecto.”¹⁷⁵

Además, en relación con el mencionado criterio de control de constitucionalidad, Kelsen, realiza un análisis de dos problemas que, desde su punto de vista, se presentan, en este punto. El primero, relativo a si pueden utilizarse las normas de Derecho internacional como criterio de control y, el segundo, respecto a si es posible la aplicación de normas distintas de las normas jurídicas, de normas “suprapositivas”, es decir, de las llamadas normas de Derecho natural.

Respecto al primer problema, esto es, si es posible que el Tribunal Constitucional utilice como criterio de control de constitucionalidad a las normas de derecho internacional, Kelsen manifiesta que tal aplicación del derecho internacional está limitada a que las Constituciones reconozcan expresamente la integración en el ordenamiento estatal de reglas generales del derecho internacional, puesto que, en este caso, la voluntad de la Constitución es que estas reglas sean también respetadas por el legislador. Por el contrario, si la Constitución no contiene dicho reconocimiento del derecho internacional general, o aun conteniéndolo, si se trata de leyes constitucionales contrarias al derecho internacional, ya sea general o convencional, el Tribunal Constitucional no podrá utilizar como criterio de control el mencionado derecho internacional, ya que es la Constitución quien ha creado al Tribunal y es ella la que le otorga facultades. En palabras de Kelsen, “Una ley constitucional no puede atribuir esta competencia a un tribunal constitucional; un tribunal constitucional que anulara una ley constitucional o incluso, no habiéndose recibido las reglas del Derecho internacional, una ley ordinaria por violación de las mismas, no podría ya ser considerado jurídicamente como un órgano del Estado cuya Constitución lo ha creado, sino tan sólo como órgano de una comunidad jurídica superior a este Estado, y ello sólo en sus intenciones, porque la Constitución de la comunidad jurídica internacional no contiene ninguna norma que habilite a un órgano estatal para aplicar las reglas del Derecho internacional general.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 139.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 141. Esta reflexión ofrece interesantes perspectivas desde el punto de vista de la recepción del Derecho Comunitario. Sobre este asunto, *Vid.* MARTÍNEZ Sierra, José Manuel, El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura, Tesis Doctoral, Universidad

En relación con las reglas de derecho natural, Kelsen es muy tajante al decir que la aplicación de reglas distintas de las normas jurídicas debe considerarse radicalmente excluida, de tal suerte que, si los principios de derecho natural se encuentran plasmados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico, podrán tomarse en consideración, ya que tales principios son aplicados con las normas jurídicas en las que se encuentran plasmados, pero, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas jurídicas positivas, no deberán servir como criterio, ya que no son jurídicamente obligatorios, puesto que no expresan más que intereses de determinados grupos.

Ahora bien, el hecho de que en las Constituciones se introduzcan estos principios, con fórmulas vagas, como la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., representa un grave peligro en el ámbito de la justicia constitucional, ya que si el tribunal constitucional anulara una ley por ir en contra de alguno de estos principios, su poder sería tan grande, que habría que considerarlo insoportable. En este caso, dice Kelsen, “La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político...”, por lo que recomienda que, con la finalidad de evitar un desplazamiento semejante del poder del Parlamento a una instancia distinta como es el tribunal constitucional, en donde pueden presentarse fuerzas políticas totalmente diferentes: “...la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.”¹⁷⁷

Complutense de Madrid, Madrid, 2000. Véase, además, en general, lo que luego se dice sobre el constitucionalismo postsocial y su relación con los procesos de integración regional, *infra*, pp. 189 y ss.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 141-143.

Kelsen, al entrar en el análisis de los principales elementos del procedimiento de control de constitucionalidad, resalta la importancia primordial de la legitimación para iniciarlo, ya que de ella depende el hecho de que el Tribunal cumpla con su misión de garante de la Constitución. Reconoce, además, que la garantía más fuerte sería autorizar una *actio popularis*, es decir, que el Tribunal Constitucional debiera proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción a instancia de cualquiera. No obstante, rechaza dicha legitimación argumentando que la misma entrañaría un peligro excesivo de acciones temerarias y una sobrecarga para el Tribunal. Estudia la posibilidad de que todas las autoridades públicas, que tengan que aplicar una norma de cuya constitucionalidad duden, estén legitimadas para acudir al Tribunal Constitucional, una vez que hayan suspendido el procedimiento referente al caso concreto de que conocen, para que éste se pronuncie al respecto. Legitimación que también podría reducirse a algunas autoridades superiores o supremas, o sólo a los tribunales, aunque no ve razón suficiente para excluir a la administración, puesto que sus procedimientos, se acercan cada vez más a los de los tribunales. Ahora bien, la sentencia que dicte el Tribunal en este tipo de casos, tendrá efectos retroactivos limitados, justamente para animar a las autoridades a que presenten ese tipo de solicitudes. Es, como se señalaba anteriormente, una excepción a la regla general de la irretroactividad de los efectos de la sentencia¹⁷⁸. Considera también oportuno, legitimar a las partes de un procedimiento judicial o administrativo, para interponer el recurso contra las leyes, cuando crean que los actos de las autoridades públicas se han realizado en aplicación de una ley o de un reglamento inconstitucional, si bien dicha legitimación no sería directa, sino que se requeriría que la autoridad judicial o administrativa se adhiriera a la opinión de la parte en cuestión y presentara, consecuentemente, la solicitud de anulación. En los Estados Federales, opina que el derecho a interponer el recurso debería concederse a los gobiernos de los Estados miembros contra los actos emanados de la Federación y al gobierno federal contra los actos de los Estados miembros. Examina, también, la creación de un defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional, como el Ministerio público en el proceso penal, que instara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad, así como la legitimación a una minoría parlamentaria contra la ley aprobada por las Cámaras, como

¹⁷⁸ Vid. *supra*, b.3) Efectos de la decisión judicial sobre la cuestión de constitucionalidad, p. 118 y ss.

mecanismo de protección de las minorías, y por último, la conveniencia de que el Tribunal Constitucional pueda iniciar de oficio el procedimiento de control contra una norma general que deba aplicar en un determinado caso, y respecto de la cual tenga dudas sobre su constitucionalidad.¹⁷⁹

En la parte final de su trabajo y bajo el título de “La significación jurídica y política de la justicia constitucional”, Kelsen plantea una serie de ideas generales, que pueden considerarse el presupuesto de su construcción teórica.

En primer lugar, resalta la importancia de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, si se quiere afirmar jurídicamente la supremacía de la Constitución y evitar que ésta sólo sea vista como un documento con buenos deseos pero carente de toda fuerza obligatoria. Por ello, afirma que: “Una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico.”¹⁸⁰ Si no es posible anular las leyes inconstitucionales, dice Kelsen, cualquier ley, cualquier reglamento e incluso cualquier acto jurídico general realizado por los particulares, resulta superior a la Constitución. Entonces, ¿qué sentido tiene la rigidez constitucional? ¿Para qué establece la Constitución el procedimiento legislativo y principios sobre el contenido de las leyes?.

En segundo lugar, hace notar la gran importancia que la justicia constitucional tiene en la República Democrática: “Al asegurar la elaboración constitucional de las leyes y en particular su constitucionalidad material, la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría... Si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría y, como consecuencia de ello, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los

¹⁷⁹ Cfr. KELSEN, Hans, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, pp. 146-148.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 150.

intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.”¹⁸¹

Finalmente, Kelsen destaca la íntima relación que existe entre el federalismo y la justicia constitucional. Como anteriormente se dijo¹⁸², para él, es en el Estado Federal donde la justicia constitucional adquiere una mayor importancia, ya que a través de ella se resuelven los conflictos competenciales habidos entre la Federación y los Estados miembros, conflictos éstos que constituye una cuestión política vital en los Estados federales.

El mérito principal, y también la razón de su éxito, de la elaboración kelseniana es haber sabido encontrar una justificación democrática a una práctica que, como se comprobó anteriormente, solía ir ligada a los intentos de evitar la profundización de la propia democracia. En qué medida esta justificación es inatacable desde el punto de vista democrático, y desde otros, tanto en el plano teórico como en el de la actuación histórica real, será objeto de exposición en la Parte Segunda.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 152.

¹⁸² *Vid. supra*, c) Kelsen y su teoría sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo, base teórica de la discusión posterior, p. 120.

PARTE SEGUNDA:
LA EVOLUCIÓN POSTERIOR.
EUROPA O LA OBSESIÓN POR EL
LEGISLADOR NEGATIVO –
ESTADOS UNIDOS O LA OBSESIÓN
CONTRAMAYORITARIA

Si en el capítulo anterior se pretendió dejar claro el origen del control de constitucionalidad de la ley, así como la manera clásica en la que éste se ha entendido y cómo se ha explicado, en el presente capítulo, se abordarán todos aquellos problemas que han ido surgiendo respecto de los modelos originales de tal control de constitucionalidad. A tal fin, se analizará de manera breve la situación de la jurisdicción constitucional en Europa hasta la actualidad, que, en términos generales, se identifica con el modelo de control concentrado de constitucionalidad de la ley, así como el caso de Estados Unidos, prototipo del control difuso. A pesar de que, como se ha venido mencionando a lo largo del presente estudio, cada uno de estos modelos se haya ido acercando al otro, estableciéndose modelos mixtos, por razones metodológicas, este estudio se realizará por separado, respectivamente, en los epígrafes primero y segundo de esta Segunda Parte.

Adelantando lo que serán las conclusiones correspondientes a esta Segunda Parte, cabe decir que podemos entender la evolución histórica de la jurisdicción constitucional en Europa y en Estados Unidos como un camino paralelo –desde cierto punto de vista, de sentido inverso– y marcado, en ambos casos, por una idea fuerza.

Europa transita un camino que va de la teoría a los hechos, determinado por su idea fuerza: la obsesión por el legislador negativo. Estados Unidos, por su parte, realiza su evolución desde los hechos a la teoría, dando como resultado el surgimiento de su propia obsesión: la obsesión contramayoritaria.

La evolución europea, en efecto, aparece desde su propio surgimiento marcada por el sello indeleble de la obra de Kelsen. En concreto, el tradicional temor y desconfianza ante los tribunales heredado de la experiencia revolucionaria, va a adoptar una muy particular modulación cuando se cruce con la experiencia alemana del estado fuerte y la teoría kelseniana pura del derecho. Para evitar que los jueces puedan convertirse en obstáculo a la determinación política en el Parlamento se les excluye del control de constitucionalidad. Para evitar que la política prescinda de los procedimientos del derecho se crea un supertribunal con competencias constitucionales.

Para evitar que una y otra cosa resulten incompatibles se crea la teoría del legislador negativo. La pregunta que se presenta inmediatamente es ¿constituye dicha teoría del legislador negativo una respuesta adecuada a este problema? Las permanentes dificultades de los Tribunales Constitucionales en Europa a la hora de justificar su actuación en dichos términos, por las razones que luego se verá, han obligado a una deformación extrema de los conceptos en que ésta se basa (nulidad, control abstracto, etc.) hasta hacerlos prácticamente irreconocibles, socavando de esta forma la legitimidad típica de los tribunales de este tipo: la legitimidad formal, técnico jurídica.

O los Tribunales respetan las bases teóricas del modelo kelseniano y son, por tanto, legítimos desde el punto de vista jurídico formal, pero su actuación se vuelve materialmente insostenible, o no las respetan adquiriendo cierta legitimidad material pero socavando su propia legitimidad técnico jurídica. A este dilema es al que se denominará “obsesión por el legislador negativo”, es decir, la obsesión por *poder ser* un legislador negativo. El camino ha sido, en efecto, de “la teoría a los hechos”. Primero, se tuvo el modelo, luego surgieron las dificultades materiales.

La evolución americana, por su parte, aparece igualmente marcada desde fecha muy temprana (como luego se estudiará con cierta amplitud) por la obsesión contramayoritaria. Los Tribunales en diferentes momentos de su historia (por su puesto no en todos ni tampoco en la mayoría de ellos) han actuado contrariando abiertamente los designios de los representantes populares (generalmente, en forma conservadora) sin contar, realmente, con una base teórico doctrinal para su actuación. De la misma forma que el Tribunal Supremo comienza a ejercer su actividad sin base legal (constitucional), ésta se desarrolla sólo a partir de una noción sumamente vaga de supremacía constitucional. La “obsesión”, en este caso, por parte de la doctrina y del propio tribunal ha sido la de justificar por qué un órgano de carácter no democrático puede imponer sus interpretaciones sobre la Constitución a otros que sí lo son. La justicia y la doctrina son presa, pues, de la objeción contramayoritaria. De la objeción por encontrar una teoría que justifique lo que realmente se hace (o, por mejor decir, lo que en ocasiones se ha

hecho y, por tanto, puede volver a hacerse en el futuro). Parece justificado, pues, hablar, en este caso, de un camino de los hechos a la teoría.

La finalidad global de esta Segunda Parte es, pues, la de superar los planteamientos clásicos a la hora de encontrar modelos de referencia reales para evaluar el funcionamiento de la Suprema Corte en México y su posible evolución. Ya que no tiene sentido seguir comparando las recientes reformas mexicanas con los modelos clásicos (como sigue haciéndose), cuando dichos modelos han dejado de funcionar incluso en los países en que inicialmente se generaron.

I.- LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA. DE LA TEORÍA A LOS HECHOS: LA OBSESIÓN POR EL LEGISLADOR NEGATIVO.

Como se verá a lo largo de esta Segunda Parte, la jurisdicción constitucional no podía dejar de reflejar en Europa importantes tensiones teóricas, prácticamente, desde su reinstauración tras los fascismos. Efectivamente, la situación constitucional que se vive en los procesos constituyentes de la Europa de posguerra es casi el reverso perfecto de la imaginada por Kelsen. Constituciones cargadas de valores, donde los derechos humanos operan con una suerte de superconstitucionalidad y en una sociedad marcadamente corporativa, pondrían enseguida de relieve las limitaciones de la teoría que, sin embargo, se alega como casi única justificación teórica para los nuevos Tribunales Constitucionales. Las dificultades, sin embargo, no habían hecho más que empezar. El giro social del constitucionalismo europeo (reflejado o no en los textos constitucionales en sentido formal), supuso una nueva vuelta de tuerca en las tensiones entre la realidad constitucional y la teoría en que ésta decía fundarse. El intervencionismo estatal, el crecimiento y multiplicación de las funciones públicas, la dimensión proyectiva del ordenamiento, etc. suponían nuevas impugnaciones al modelo del legislador negativo. El constitucionalismo postsocial, por último, con una noción atenuada de normatividad (*soft law, diritto mite*), una delegación en los poderes privados de las funciones públicas, una desvirtuación de los confines estatales en favor de organizaciones regionales basadas justamente en la ausencia de definición jurídica (el crecimiento por *spill over* de la Unión Europea, etc.) parece igualmente difícil de compatibilizar con la *Grundnorm* kelseniana y su *Verfassungsgericht*.

En todo caso, tras la Segunda Guerra Mundial, en Europa, y como consecuencia del triunfo de la democracia liberal (reimplantación del principio de soberanía popular) sobre el fascismo, así como de la ampliación de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos, y de la incipiente aparición, en algunos casos, del principio social del Estado, en las nuevas Constituciones o en las reformas a las Constituciones existentes, va a generalizarse la aparición de los Tribunales Constitucionales.

El hecho de retomar la idea del Tribunal Constitucional como órgano de control de constitucionalidad de las leyes, que había sido adoptado, como quedó señalado anteriormente¹⁸³, en la Constitución austriaca de 1920 (perfeccionada en la reforma de 1929), en la Constitución Checoslovaca del mismo año y en la Constitución Española de 1931, se debió a la trágica experiencia del legislador como violador de todos los derechos (poniendo en peligro tanto las bases sociales del estado liberal burgués, como al propio el Estado de Derecho), vivida en varios países, primordialmente en Alemania, Italia y Austria, como consecuencia de las experiencias nazi y fascista.

Debido a estas vivencias, los constituyentes comienzan a ver la necesidad de establecer Tribunales Constitucionales que garanticen la aplicación de la Constitución y el respeto a la misma por parte del legislador, es decir, se empieza a considerar a la Constitución como Ley Suprema que requiere garantías de protección. Así se recuperó el Tribunal Constitucional austriaco tras la restauración de la Constitución de 1945 y, de manera particular, se crearon Tribunales Constitucionales en las nuevas Constituciones democráticas de Italia (1948) y Alemania (1949), Tribunales que podían anular las leyes contrarias a cualquier tipo de normas constitucionales.

Desde luego las funciones y los procedimientos de los Tribunales Constitucionales que se establecieron en las diversas Constituciones fueron distintos, y pese a los debates que respecto a su creación se dieron en el seno de las discusiones constituyentes, dichos tribunales fueron aceptados mayoritariamente. Como nos recuerda Eliseo Aja, “A las reflexiones teóricas de la época de Weimar, fundamentadoras de la superioridad de la Constitución sobre cualquier ley, se había añadido de forma decisiva la experiencia de los regímenes fascistas. No sólo era evidente que las leyes podían ser injustas, y por tanto el control de su constitucionalidad aparecería como una garantía esencial de la democracia, sino que la nueva fase histórica del Estado democrático y social –es decir, la participación en el Estado de las clases trabajadoras a través de los partidos socialistas y comunistas– exigían un reforzamiento

¹⁸³ Al tratar el tema de las primeras manifestaciones del control concentrado de las leyes en Europa, *vid. supra*, p. 73 y ss.

de la Constitución, entendida ahora, sobre todo, como garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.”¹⁸⁴

Es así como los Tribunales Constitucionales se consolidarán en Alemania, Italia y Austria en los años cincuenta y sesenta, para posteriormente irse extendiendo a las nuevas democracias europeas, primero al norte de Europa, en los años setenta, a las democracias del sur de Europa, Grecia, Portugal y España y, más recientemente, como consecuencia de la caída del muro de Berlín, a las democracias del Este.

Ahora bien, en casi todos los países en los que se ha establecido el Tribunal Constitucional, éste “...se ha convertido en una pieza fundamental del sistema político y jurídico.”¹⁸⁵, puesto que garantiza, se dice, la aplicación directa de la Constitución, al considerársela como norma suprema, siendo la teoría del legislador negativo, diseñada por Kelsen, la que “...ha servido para explicar y fundamentar sus funciones respecto al legislador, [aunque] en las últimas décadas se han producido cambios en las instituciones que cuestionan su validez, al menos en la forma en que se ha venido formulando”.¹⁸⁶

En efecto, en las últimas décadas, los Tribunales Constitucionales han aumentado sus funciones considerablemente, por varias razones, como son el gran desarrollo sufrido en los principios democráticos y sociales, así como de los derechos fundamentales hasta tal punto que ya no se puede hablar de ellos como legisladores negativos, sino que, a través de sus sentencias (interpretativas, aditivas, apelativas, etc.), se han convertido en auténticos legisladores positivos. Ello genera, como es lógico, tensiones entre los Tribunales Constitucionales y los Parlamentos, problema que al no poder ser abordado, por las razones que luego se expondrán, desde el modelo teórico diseñado por Kelsen, ha provocado que se cuestione la validez tanto de la acción de los

¹⁸⁴ AJA, Eliseo (editor), *op. cit.*, prólogo p. XXIII.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. XXVI.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. XXVII.

Tribunales como de la teoría que los sustenta, sin que se haya dado una respuesta satisfactoria, situación que a continuación se analizará con mayor detenimiento.

1.- LA INSUFICIENCIA DEL MODELO TEÓRICO Y EL IMPACTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La idea kelseniana del legislador negativo ha sido y continúa siendo la manera en que tanto política como doctrinalmente se explica y justifica a la Justicia Constitucional, en los Estados europeos, "...basta consultar los manuales del Derecho Constitucional de mayor difusión, que siempre contienen una referencia inicial a la teoría de Kelsen, a menudo contrapuesta al sistema estadounidense. En el ámbito político –en el Parlamento, en el propio Tribunal– no hay tanta necesidad de cuestionarse cada día la función y la legitimidad del Tribunal Constitucional, pero reverdece el mito del legislador negativo cada vez que una sentencia polémica se enfrenta claramente con la mayoría del Parlamento."¹⁸⁷

En efecto, y con el objeto de superar la tradicional oposición del liberalismo europeo al control de las leyes por parte de los jueces y tribunales ordinarios introducido en Estados Unidos en 1803 (sentencia *Marbury v. Madison*), que como se ha venido repitiendo a lo largo de este estudio, se presentó durante todo el siglo XIX en los países europeos, por considerar que tal función vulneraba la voluntad popular manifestada a través del Parlamento, así como la división de poderes, Kelsen, al teorizar sobre los Tribunales Constitucionales, que en principio surgieron para resolver conflictos competenciales, elabora la doctrina del legislador negativo que fundamenta la legitimidad del Tribunal Constitucional en el control de leyes aprobadas por el Parlamento (representante del pueblo) y que le servirá de dirección al propio Tribunal para el ejercicio de sus funciones.

En la teoría del legislador negativo, como se analizó anteriormente¹⁸⁸, el Tribunal Constitucional se limita a anular leyes contrarias a la Constitución, por lo que su función no es una función judicial que invada la esfera del Parlamento, sino más bien se trata de una función legislativa, "...un reparto del poder legislativo entre dos

¹⁸⁷ AJA, Eliseo y GONZALEZ Beilfuss, Markus, Conclusiones, en AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸⁸ *Vid. supra* p. 120.

órganos...”¹⁸⁹, ahora bien, justamente este carácter de los Tribunales Constitucionales como legisladores negativos, es lo que marca el límite de su incidencia sobre las leyes: “La anulación de una ley se produce, esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. Está ausente casi por completo aquí la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar –y tan sólo por medio de principios o directivas generales– la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional, está por el contrario absolutamente determinada por la Constitución. Y es precisamente por ello, por lo que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal pues se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho y, por tanto de algo propiamente jurisdiccional.”¹⁹⁰

De tal suerte que, en el modelo kelseniano de justicia constitucional, el Tribunal Constitucional únicamente se encarga de llevar a cabo un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos, pero además y debido a que Kelsen considera a la Constitución como norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas, donde la determinación material del contenido de leyes futuras apenas tiene cabida¹⁹¹, en dicho juicio de compatibilidad queda “...excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología...”¹⁹².

Por ello, Kelsen rechaza de manera contundente las proposiciones de principios ambiguos, tales como los ideales de justicia, libertad, equidad, igualdad, etc. puesto que “...no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un

¹⁸⁹ KELSEN, Hans, “La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *op. cit.*, p. 130.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 131.

¹⁹¹ Cfr. KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho (1960), traducción de R. Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232 y ss.

principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley [...] Para evitar un desplazamiento semejante [...] del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenidos de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.”¹⁹³

Es esta idea del legislador negativo, la que “...ha sido, y es, tan fuerte que constituye el eje central de las regulaciones que las Constituciones dedican a los respectivos Tribunales Constitucionales. Naturalmente, se admite desde el principio que la anulación de una ley modifica el ordenamiento, y por tanto las sentencias constitucionales tienen también consecuencias activas, modificadoras del mismo. También se acepta que las sentencias “concretizan” la Constitución, mediante la interpretación, a través de la formulación de normas subconstitucionales. Pero éstos son efectos positivos de una función esencialmente negativa de los Tribunales Constitucionales. El Parlamento elabora y aprueba las leyes y el Tribunal Constitucional se limita a anular los preceptos que sean contrarios a la Constitución.”¹⁹⁴

Sin embargo, los Tribunales Constitucionales actualmente existentes, desde hace tiempo, han actuado no como legislador negativo, sino como auténticos creadores de derecho, la razón de ello se debe a una serie de cambios que se ha dado en el conjunto de las instituciones estatales, como el aumento de funciones del Estado como

¹⁹² GASCÓN Abellán, Marina, “La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, número 41, mayo-agosto de 1994, p. 65.

¹⁹³ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, *op. cit.*, pp. 142-143.

¹⁹⁴ AJA, Eliseo y GONZALEZ Beilfuss, Markus, Conclusiones, en AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, pp. 258-259.

consecuencia de la idea del Estado social y democrático, en ramas como la justicia, la educación, la salud o en los sectores económicos, lo cual ocasiona un gran crecimiento en la Administración Pública y una producción normativa mayúscula. Por ello, los Tribunales Constitucionales “...acrecientan su protagonismo y convierten la anulación de las leyes no en una acción extraordinaria y aislada, sino en un acto cotidiano al que ya no se presta atención excesiva, salvo que la sentencia sea muy polémica.”¹⁹⁵ Pero, sobre todo, por la profundización y ampliación de los derechos, a tal punto que es por todos conocido que, “... la aplicación jurisdiccional de las declaraciones de derechos constituye hoy en día la parte más considerable, en veloz desarrollo, de la jurisdicción constitucional en países como la República Federal de Alemania, Austria [e] Italia...”¹⁹⁶, e incluso en Francia, sobre todo a partir de decisión tomada por el Consejo Constitucional en 1971¹⁹⁷, así como en España y Portugal.

En efecto, a partir de que las declaraciones de derechos, tanto nacionales como las internacionales –piénsese, por ejemplo, en la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales de 1960 cuya garantía la lleva a cabo el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo–, han dejado de ser simples declaraciones, para convertirse en realidad al confiarse su aplicación a los Tribunales Constitucionales, ha aumentado considerablemente la participación de los jueces constitucionales en la creación del derecho, y ello es así porque las Constituciones sobre todo en lo que a derechos fundamentales se refiere, “...son necesariamente sintéticas, vagas, alusivas; sus preceptos se expresan con frecuencia en términos a la vez ambiguos y cargados de valores, tales como la libertad, la democracia, la justicia, la dignidad, la igualdad; verdaderamente, su fin radica más en la realización de valores que en la ordenación de procedimientos, más en la descripción de programas que en la definición de poderes.”¹⁹⁸, lo que obliga al juez constitucional a ocupar un amplio campo de creación del derecho al dotar a dichos conceptos y valores vagos e

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 260

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, *op. cit.*, p. 614.

¹⁹⁷ *Vid. supra* p. 96.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional”, *op. cit.*, p. 618.

imprecisos de sustancia, situación totalmente contraria a la expuesta por Kelsen en su teoría del legislador negativo.

Los derechos fundamentales son, pues, para los Tribunales Constitucionales a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las normas, “el punto de referencia más importante”¹⁹⁹. Al considerar a la Constitución como una verdadera norma, y no como un simple programa, que no sólo establece reglas procedimentales, sino que también regula los derechos fundamentales que se conciben como núcleo de la misma²⁰⁰, esto lleva “...a que la protección o tutela de esos derechos fundamentales constituya el eje central sobre el que gire toda la jurisdicción constitucional, no ya sólo a través de mecanismos específicos de tutela de esos derechos (como pueda ser el amparo español y latinoamericano o la *Verfassungsbeschwerde* alemana), sino también [...] por medio del control normativo (concreto y abstracto) de la constitucionalidad.”²⁰¹, en palabras de Rubio Llorente, “...la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la conciencia generalizada de su vigencia plena permiten formalizar a través de esta vía [el recurso de amparo en Alemania y en España, o la cuestión de inconstitucionalidad en Italia] cualquier litigio constitucional imaginable y reducen a un papel muy secundario (y en cierto sentido también muy débil, en cuanto que no abiertas a la generalidad de los ciudadanos, sino sólo a los órganos políticos), todas las demás [o sea, el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, los conflictos competenciales, y cualquier otra función que lleve a cabo la jurisdicción constitucional dependiendo de cada país].”²⁰²

Lo anterior puede comprobarse fácilmente, al analizar las estadísticas de los Tribunales Constitucionales de los distintos países, en donde los recursos para la protección de los derechos son una mayoría abrumadora que “amenaza con colapsar a

¹⁹⁹ BACHOF, Otto, Jueces y Constitución, traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y prólogo de Tomás Ramón Fernández, Madrid, Cuadernos Civitas, 1987, p. 32

²⁰⁰ Idea que va en contra de la concepción que Kelsen tiene sobre la Constitución, ya que para él ésta es ante todo una norma organizativa cuya función primordial es regular la producción de normas generales, pero sin la utilización de fórmulas vagas o valorativas ya que éstas obligarían al intérprete a ser subjetivo.

²⁰¹ BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, p. 198-199.

²⁰² RUBIO Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa”, *op. cit.*, p. 170.

los Tribunales y genera reformas legislativas para poder asumir semejante avalancha de trabajo (las más notables en Alemania en 1986 y 1998).”²⁰³. Ello sucede tanto en los países que cuentan con un recurso individual para la protección de los derechos como es el recurso de amparo en Alemania, Austria y España, como en los que no cuentan con dicho recurso por ejemplo, en Italia en donde como nos señala Pizzorruoso²⁰⁴, la cuestión de inconstitucionalidad predomina de una manera clara.

Ahora bien, “la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos como principal tarea de los Tribunales constitucionales supera los procedimientos previstos para ellos, impregna todas las funciones de los Tribunales y lleva al control de las leyes criterios nuevos. Ésta es la principal causa de la aparición de nuevas categorías jurídicas y del surgimiento de nuevos tipos de Sentencias. Categorías de origen y naturaleza tan distintas entre sí como el contenido esencial de los derechos, los intereses difusos y el efecto expansivo de los derechos, se están generalizando a todos los países por la tendencia común en los Tribunales de superar la legislación para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. La misma orientación se refleja en el uso creciente por los Tribunales de los derechos como elementos objetivos del ordenamiento y en su traslado a las relaciones entre particulares.”²⁰⁵

Es justamente al asumir una postura tan activa en la protección de los derechos, cuando los Tribunales Constitucionales se ven en la necesidad de acudir a nuevas formas de sentencias, que reciben diferentes nombres según los países:

Así, por ejemplo, Heinz Schäffer y Thomas Haas²⁰⁶ nos señalan que el Tribunal Constitucional Austriaco utiliza *sentencias de interpretación conforme a la*

²⁰³ AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, Prólogo, p. XXVIII.

²⁰⁴ PIZZORRUSSO, Alessandro, “El Tribunal Constitucional Italiano” en VV. AA., Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

²⁰⁵ AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, Prólogo, pp. XXVIII-XXIX

²⁰⁶ SCHÄFFER, Heinz y HAAS, Thomas, “La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”, en Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

*Constitución*²⁰⁷, el método utilizado consiste en “...elucidar de todas las interpretaciones posibles de la ley aquella que es irreprochablemente constitucional, la dada por el intérprete supremo (lo que significa reducir a una todas las posibles interpretaciones)...”²⁰⁸ y *sentencias aditivas*, a través de las cuales, “ocasionalmente el TCA [Tribunal Constitucional Austriaco] ha derivado directamente normas de la Constitución que complementan una ley ordinaria, convirtiéndola de esta forma en una ley constitucional.”²⁰⁹

En Italia, se habla de *sentencias interpretativas*, que “según la clase y alcance de las modificaciones que introducen [...] se agrupan en *restrictivas*, *constructivas* y *directivas*. [...] Los dos últimos tipos o categorías son los de mayor trascendencia, en cuanto a su grado de incidencia en la obra del legislador, y más propiamente responden a las sentencias que [...] se llaman *manipulativas* [...]”- Las sentencias interpretativas restrictivas actúan “directamente sobre el contenido de la disposición de la ley restringiendo su alcance, permitiendo al juez constitucional “purgar” de alguna manera la ley reduciendo su capacidad normativa”, y pudiendo llegar tal depuración al grado extremo de “reducir a la nada el contenido de la ley, dejándola desvitalizada, reducida a una concha vacía, aplicable en apariencia pero en realidad ineficaz”[...]”-Las sentencias interpretativas constructivas, o “manipulativas” [que se subdividen en aditiva, sustitutivas y de delegación o habilitación] [...] “tienen por objeto enriquecer el contenido normativo de la disposición de la ley en cuestión mediante una extensión de su alcance [...] le introducen un *quid novi* que permite salvarla, ponerla en conformidad con la Constitución”[...]”- Las sentencias interpretativas directivas [son aquellas que contienen] directrices dirigidas a las autoridades aplicadoras de la ley, distintas a las directrices dirigidas al legislador”²¹⁰.

²⁰⁷ Igualmente ocurre en Alemania como lo señala WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, E. (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 81.

²⁰⁸ ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional, *op. cit.*, p. 262.

²⁰⁹ SCHÄFFER, Heinz y HAAS, Thomas, “La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”, *op. cit.*, p. 36.

²¹⁰ ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, *op. cit.*, p. 290-292 (subrayado añadido).

En fin, todo este tipo de sentencias, ya sean interpretativas, aditivas, manipulativas, etc.²¹¹, que se dan, no sólo en los países antes citados (Austria e Italia) como ejemplos, sino también y en gran medida en el Tribunal Constitucional alemán, en el Tribunal Constitucional español, en el portugués y en el Consejo Constitucional francés, y sobre las que se volverá luego, “...reinterpretan las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitan algunos efectos de las propias sentencias, incluyen nuevos sectores sociales en leyes que no les afectaban, dirigen mandatos al legislador...”²¹² en conclusión, los Tribunales Constitucionales se convierten en una gran cantidad de ocasiones en legisladores positivos, que no sólo se limitan a anular el precepto legal contrario a la Constitución (función de legislador negativo), sino que incorporan una nueva norma al ordenamiento.

El problema, pues, de la Justicia Constitucional contemporánea en Europa consiste en que ya no es posible compaginar ésta –que según las propias palabras de Kelsen requiere de una normativa constitucional clara y objetiva– con las características que, como hemos venido señalando, se dan actualmente en los modernos ordenamientos constitucionales (declaraciones dogmáticas ambiguas, potenciación del constitucionalismo garantista, aparición de un constitucionalismo programador y transformador de estructuras sociales y económicas, etc.). Ello provoca que la legitimidad de la Justicia Constitucional en el sistema político democrático existente en Europa se vea cuestionada profundamente y se manifieste en forma de “tensiones” entre el Tribunal Constitucional y el legislativo, tema en el que se profundizará en el siguiente apartado.

²¹¹ Cabe destacar que, “En el Informe General de la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Lisboa en 1987, se reconoce la generalización, en todos los países, de las “sentencias intermedias”, entendidas como aquellas que no se limitan a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada sino que introducen normas nuevas en el ordenamiento, y por tanto suponen una actividad de legislación positiva.”, AJA, Eliseo y GONZALEZ Beilfuss, Markus, Conclusiones Generales en AJA, Eliseo (editor), Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, pp. 260-261.

²¹² AJA, Eliseo (editor), Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, Prólogo, p. XXIX.

2.- LAS FORMAS DE “TENSIÓN” ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER LEGISLATIVO.

a) Introducción.

Cada vez que los jueces constitucionales analizan la constitucionalidad de una ley se da una tensión entre éstos y el parlamento creador de la misma, ya que surgen distintas interrogantes respecto de la legitimidad de los primeros para controlar la actuación de los parlamentos anulando las leyes que consideren inconstitucionales y, más aun, cuando actúan tomando una actitud activa en la legislación.

En un sistema democrático como el que actualmente prevalece en la organización estatal, podemos legítimamente preguntarnos ¿cómo es posible que los jueces constitucionales tengan la facultad de anular una ley que ha sido aprobada por el parlamento, órgano que representa la voluntad de la mayoría del pueblo?, ¿cómo se explica que la voluntad de unos cuantos, como son los jueces constitucionales, que no son elegidos por la ciudadanía y que por tanto no tienen responsabilidad política ante ésta, prevalezca sobre la de los representantes del pueblo?

Esta tensión existente entre el sistema democrático y la función judicial de revisar las leyes ha sido reconocida por buena parte de los constitucionalistas y politólogos contemporáneos. En los Estados Unidos de Norte América dicha polémica ha tomado un gran protagonismo y no sólo a partir de la instauración de la justicia constitucional sino desde las discusiones para la aprobación de la Constitución Norte Americana²¹³. Desde hace varios años se han elaborado distintas doctrinas que hacen referencia a la “dificultad contramayoritaria”²¹⁴ que se presenta en estos casos, es decir, “la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes”²¹⁵.

²¹³ Situación que será analizada en un apartado posterior.

²¹⁴ Frase acuñada por el jurista Alexander Bickel en su famoso libro The Least Dangerous Branch, Yale University Press, New Haven, 1962. Sobre la que luego se volverá ampliamente.

²¹⁵ GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno, *op. cit.*, p. 13

En Europa la polémica sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional, como es lógico, ha surgido a partir del gran protagonismo que toman los Tribunales Constitucionales desde la Segunda Guerra Mundial, por las causas señaladas en el apartado anterior, aunque previamente y en la famosa discusión entre Schmitt y Kelsen ya se puede vislumbrar dicha polémica. Dedicaremos, pues, unas breves páginas a este problema para poner de relieve cómo la previsión teórica de los problemas que luego se analizarán se realizó desde el surgimiento mismo de los Tribunales Constitucionales en Europa.

Esta suerte de debate *avant la lettre* entre Kelsen y Schmitt pone de relieve este carácter señalado de la evolución europea de la teoría a los hechos. Es más, en este caso, de teoría sin hechos. Puesto que si dejamos al margen la defensa coyuntural de Schmitt de las facultades del Presidente de la República, parece evidente que muchos de sus argumentos resultan más pertinentes con “constituciones dirigentes” o de trama normativa “densa” que no con las constituciones “liberales” o “ligeras”, vigentes en el momento de la discusión.

b) Kelsen v. Schmitt.

En efecto, en los años treinta, como es por todos conocido, surge el enfrentamiento entre estos eminentes juristas respecto a la protección o garantía de la Constitución²¹⁶.

Carl Schmitt publica “La defensa de la Constitución”²¹⁷, donde arremete en contra de las ideas kelsenianas sobre el control constitucional de las leyes por Tribunales Constitucionales²¹⁸, no debemos olvidar que el fundamento de dichos Tribunales se encuentra íntimamente ligado no sólo a la teoría sino más aun a la persona de Kelsen. A su vez el jurista vienés argumenta en contra de la postura de Schmitt en su célebre artículo “¿Quién debe ser el Guardián de la Constitución?”²¹⁹. No es intención del presente estudio analizar de manera detallada las razones y fundamentos expresados por ambos juristas en las obras antes señaladas, puesto que ello rebasaría el objetivo del mismo, sólo me limitaré a presentar la crítica de Schmitt que, como se señaló en párrafos anteriores, puede considerarse el antecedente de la objeción al legislador negativo en la justicia constitucional en Europa.

Básicamente, Carl Schmitt sostiene que ningún Tribunal de Justicia puede ser el guardián de la Constitución; en primer lugar, porque tal función en manos de la Justicia terminaría por politizar a la misma y, en segundo lugar, siendo la parte que más nos interesa resaltar, porque opinaba que con el control de constitucionalidad en manos de los jueces se desvirtuaría el esquema de división de poderes y se atentaría contra el principio democrático del Estado.

²¹⁶ Cabe destacar que la confrontación entre Schmitt y Kelsen venía fraguándose con anterioridad, aunque el enfrentamiento directo se da justamente con la publicación de la obra antes señalada. Para ampliar esta información consultar HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 86, octubre-diciembre de 1994.

²¹⁷ SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, *op. cit.*

²¹⁸ Las ideas de Kelsen, como se ha visto con anterioridad, habían sido llevadas a la práctica en la Constitución Austriaca de 1920 y posteriormente plasmadas en su ensayo sobre justicia constitucional de 1928: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *op. cit.*

²¹⁹ KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traductor Roberto J. Brie, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

Al respecto señalaba el jurista alemán que: “...Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial [...] la consecuencia no sería una judicialización de la Política sino una politización de la justicia”, agregando más adelante “...El protector de la Constitución debe ser ciertamente independiente y políticamente neutral. Pero se trastornan los conceptos de judicialidad y jurisdicción [...] cuando, en todos los casos en que por razones prácticas aparece como oportuna o necesaria la independencia y la neutralidad, se pretende implantar una judicialidad y un Tribunal constituido por juristas oficiales de profesión [...] la justicia [...] resulta recargada de modo insoportable cuando sobre ella se amontonan obligaciones y resoluciones políticas [...] *la institución de semejante protector de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia.* Frente al derecho del rey a promulgar decretos, el derecho de control judicial pudo tener éxito en el siglo XIX, tanto en Francia como en las monarquías constitucionales alemanas. En la actualidad, el frente de la Justicia no se dirige ya contra un monarca, sino contra el Parlamento [...] Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. *Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga*”²²⁰.

Como puede observarse, Schmitt resalta el problema de legitimidad democrática de los Tribunales Constitucionales y la conclusión a la que llega es que debe ser el Jefe de Estado el que tenga la función de salvaguardar la Constitución, apoyándose para ello en la teoría del poder neutral de Benjamín Constant²²¹. No es el momento para verter

²²⁰ SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, *op. cit.*, pp. 32 a 36 y 189, 190 (subrayado añadido).

²²¹ Teoría que brevemente quedó explicada al analizar las formas políticas de defensa de la Constitución. *Vid. supra* p. 92.

argumentos en pro o en contra de dicha conclusión, lo relevante que debemos destacar es que Schmitt señala como una de las razones para que sea el Jefe de Estado el defensor de la Constitución el respeto al principio democrático.

Al respecto y por la importancia que ello tiene para construir el argumento de la crítica a la justicia constitucional, resulta conveniente citar las propias palabras de Schmitt: “Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una apelación al pueblo [...] La vigente Constitución del Reich trata de crear partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político [es así como se deposita la facultad de control constitucional en el Presidente del Reich]...”²²².

En realidad, y con anterioridad al enfrentamiento arriba señalado con Schmitt, el propio Kelsen en su famoso artículo sobre “La Garantía Jurisdiccional” realiza él mismo, de algún modo, dicha crítica, al señalar que el Tribunal Constitucional debe actuar únicamente como legislador negativo, pero de ninguna manera convertirse, a través de una interpretación discrecional, en una especie de legislador sustituto. Por ello propone que se evite la discrecionalidad de los jueces constitucionales, eliminando las fórmulas vagas e imprecisas que den pauta a la libre interpretación del Tribunal puesto que de lo contrario la Justicia Constitucional tendría un poder totalmente inadmisibles.

Las palabras de Kelsen son muy claras al respecto, por lo que se hace necesario citar sus ideas textualmente, dice el jurista vienés que: “...no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal

²²² SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, *op. cit.*, pp. 194-195.

debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante – ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente– del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, lo Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible.”²²³

Si bien es cierto Kelsen señala este peligro de que los jueces resuelvan sobre la constitucionalidad de la ley tomando en consideración términos tan imprecisos y ambiguos como los de justicia, también lo es que él mismo da la solución, es decir, evitar la inclusión de dichos términos y con ello superar la crítica a su modelo de justicia constitucional.

Una vez resuelto por Kelsen el problema de la arbitrariedad de los jueces al emitir sus decisiones, como es lógico, no sólo no considera antidemocrático al control constitucional por parte de la justicia, sino que, por el contrario, señala que dicha institución es una condición de existencia de la República democrática. Al respecto indica que: “Organizar todas las garantías posibles de la regularidad de los actos estatales constituye la mejor defensa de esta forma de Estado [democrático] contra los diversos ataques, en parte justificados, de que es objeto actualmente. Cuanto más se

²²³ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *op. cit.*, p. 143.

democratizan las funciones estatales, tanto más debe reforzarse el control. La justicia constitucional debe ser apreciada también desde este punto de vista.”²²⁴

Además es oportuno recordar que para Kelsen la esencia de la democracia se halla no sólo en la “omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y por la minoría”, por lo tanto la justicia constitucional es, “en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.”²²⁵

Ahora bien, como se ha venido señalando, a partir de la Segunda Guerra Mundial, las tesis kelsenianas se imponen con gran fuerza en la mayoría de los Estados democráticos que, sin embargo, no siguen ciertos aspectos señalados por Kelsen como fundamentales, como es el hecho de que las Constituciones no deben introducir declaraciones dogmáticas ambiguas. Por el contrario, su utilización ha sido cada vez más frecuente como consecuencia del impacto de los derechos fundamentales y de la transformación del Estado Liberal de Derecho Clásico en Estado Social de Derecho, es entonces cuando surge el dilema de la Justicia Constitucional al que hemos venido refiriéndonos.

¿Cómo se puede sostener la legitimidad de la Justicia Constitucional en la teoría kelseniana, cuando se ha apartado de sus ideas (normativa constitucional clara y precisa), y los Tribunales Constitucionales no actúan como legisladores negativos sino que son abiertamente creadores de derecho? Es justamente al tratar de dar respuesta a este interrogante cuando se han elaborado distintas doctrinas para tratar de fundamentar la legitimidad de la Justicia Constitucional en un sistema democrático.

²²⁴ *Ibidem*, p. 151.

²²⁵ *Ibidem*, p. 152.

c) La evolución europea.

c.1) Introducción.

En efecto, los Tribunales Constitucionales Europeos se han convertido en creadores de derecho, alejándose de la teoría que les da sustento, “en la práctica, este modelo de actuación judicial ha ido auto modificándose, y hoy los tribunales que se habían inspirado inicialmente en las ideas de Kelsen trabajan de un modo casi idéntico a los tribunales norteamericanos, en su práctica del *judicial review*.”²²⁶, es decir, unos cuantos deciden sobre cuestiones constitucionales fundamentales en lugar de la mayoría que se verá afectada por dicha decisión.

Hechas estas aclaraciones generales procederemos, a continuación, al análisis de la evolución en algunas realidades europeas especialmente significativas para nuestros propósitos. En concreto, se hará referencia a la evolución en Austria, Alemania, Italia, Francia y España. Las razones de esta selección pueden enunciarse brevemente en la forma siguiente.

Austria representa un caso extremo de defensa del modelo kelseniano y, como tal, ha tratado de llevar al límite las posibilidades de dicha teorización. Lo que interesa destacar a este respecto es que, incluso en este caso, el conjunto de dificultades antes enunciado ha terminado por poner, como se verá, en crisis dicho modelo.

Alemania, por su parte, cuenta, en la opinión mayoritaria de la doctrina, con el “Tribunal Constitucional más poderoso del mundo”²²⁷. Sea ello o no cierto, lo que resulta indudable es que se trata de una de las Cortes que más seriamente se ha tomado los derechos y, con ello, que más directamente se ha enfrentado a algunas de las

²²⁶ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, *op. cit.*, p. 117

²²⁷ KIMMEL, Adolf, “Une crise de la Cour Constitutionnelle fédérale?”, en *Pouvoirs*, núm. 79, 1996, pp. 151 y 152.

consecuencias no deseadas del cambio de paradigma de la justicia constitucional sin perder con ello, al menos hasta tiempos muy recientes²²⁸, un amplio prestigio.

Italia, por su parte, representa el caso opuesto al austriaco. Pese a su concepción del “diritto vivente”²²⁹, la Corte ha desembocado en un activismo extremo, que ha dado origen a todo un conjunto de instituciones que, originadas en el derecho constitucional italiano, se han ido exportando a las demás jurisdicciones²³⁰.

Francia representa un caso paradójico²³¹ de evolución hacia un sistema de control constitucional en el que, partiendo de una situación inicial muy diferente, se han incorporado algunas de las formas típicas de justicia constitucional de la segunda mitad del siglo, tales como las decisiones constructivas, el control por incompetencia negativa del legislador, o el control preventivo mediante reservas de interpretación.

Por último, se incluye una referencia a España cuyo derecho constitucional ha servido, en parte, de ejemplo a la evolución de ciertos Tribunales Constitucionales en América Latina, tal como se refleja en algunos procedimientos constituyentes recientes, en Colombia o Venezuela, por ejemplo.

²²⁸ Véanse, por ejemplo, los comentarios a las Sentencias de 1994 y 1995, incluidos en el artículo citado en la nota anterior. *Vid.* también, *infra*, p. 164.

²²⁹ Véase, en general, DI MANNO, Thierry, Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie, Economica, París, 1997, y la propia Corte que reconoce abiertamente esta situación en sus sentencias, al menos, desde 1981.

²³⁰ Por ejemplo, para el caso español, véase DÍAZ Revorio, F.J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Lex Nova, Valladolid, 2001.

²³¹ De “curiosa evolución” habla Pierre Bon (*vid.*, BON, Pierre, “Francia”, en AJA, Eliseo (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 137; *vid.* también, del mismo, autor, “Le Conseil constitutionnel et le modèle des Cours constitutionnelles européennes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991, n. 32, p. 45. En Castellano en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 31, 1991.

c.2) Austria.

Incluso el Tribunal Constitucional Austriaco que durante varios años, y por razones obvias, siguió la doctrina positivista de Kelsen, empieza su labor creadora en la década de los ochenta. Quizá se trata del Tribunal que más tarde aceptó ser el interprete último de los derechos fundamentales como eje y componente objetivo de la Constitución. Desde su creación, dicho Tribunal proscribió todo derecho transpositivo, la idea que prevalecía sobre la justicia constitucional queda expresada de manera clara por uno de los discípulos de Kelsen, Charles Eisemann, quien afirmaba que: “controlar la constitucionalidad es, y únicamente es, verificar que ninguna regla derogue irregularmente a la Constitución. Fuera de ello, todo es política, derecho natural, arbitrario.”²³².

La Segunda Guerra Mundial, a diferencia de lo ocurrido con el Tribunal Constitucional Alemán y con los Tribunales de creación posterior a la misma como el Italiano, no ocasionó ningún cambio en la manera de entender a la justicia constitucional de la Constitución Austriaca de 1920, que se restablecería en 1945. Es decir, ésta siguió ligada a la idea del positivismo y rechazando al iusnaturalismo.

Será con la firma del Tratado de Viena para la internacionalización de los derechos fundamentales en 1955 y, posteriormente, con la adhesión al Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, cuando Austria entraría en la era de los derechos fundamentales en sentido moderno.

En Austria durante esta época podemos encontrar una gran cantidad de doctrinistas, todos ellos pertenecientes a la Escuela de Viena, que están en contra de la creación de derecho por parte del Tribunal Constitucional, siguiendo a José Acosta Sánchez²³³ en las citas que a continuación se expresan, para Nawiasky, “tomar como

²³² Cit. por ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional, *op. cit.*, p. 253.

²³³ *Ibidem*, pp. 254 y 255.

referencia unos principios fundamentales transpositivos, tales como los de derecho natural, no puede ser competencia de los tribunales constitucionales, carentes para ello de una legitimidad suficiente”, Adamovich, por su parte, niega legitimidad a toda jurisprudencia “creadora de derecho”, y Herber Haller señala que al Tribunal Constitucional no le compete controlar la conformidad de la Constitución con un determinado sistema de valores.

Siguiendo a Heinz Schäffer²³⁴ podemos distinguir tres etapas en el Tribunal Constitucional Austriaco respecto a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales:

Primera etapa: Que va de 1920 a 1933 (época democrática de la primera República), en la cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “se caracterizó por una interpretación estricta y apegada al tenor literal de las normas”, es decir, y como se había señalado con anterioridad se ve la gran influencia de Kelsen en dicha postura del Tribunal Constitucional (conviene recordar que no sólo es el creador de tal Tribunal sino, en esta época, miembro del mismo).

Segunda etapa: Esta etapa estaría comprendida entre 1945 y 1984, en la que se introducen ciertos cambios en la jurisprudencia del Tribunal respecto a los derechos fundamentales, cambios desde luego modestos, ya que, como vimos, la Segunda Guerra Mundial no tuvo un gran impacto en tal Tribunal. Sin embargo, éste “reconoció, con carácter general, que las intromisiones legislativas admisibles en el ámbito de los derechos fundamentales eran limitadas, aunque estos límites fueron trazados de forma muy amplia. Casi se puede decir que la limitación al legislador era más bien una afirmación retórica [...] durante bastante tiempo el TCA dejó a la legislación un margen de actuación sumamente amplio. Sólo las intromisiones excesivas del legislador ordinario se declararon inconstitucionales al amparo del principio de igualdad.”

²³⁴ SCHÄFFER, Heinz, “La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador”, en Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, *op. cit.*, pp. 22-24

Tercera etapa. A mitad de la década de los ochenta, como se dijo anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Austriaco cambió notoriamente, desde ese momento, “ha interpretado los derechos fundamentales de forma más estricta desde un punto de vista material y ha fijado los límites de las intromisiones legislativas admisibles en relación a los derechos (formalmente) reservados a la ley a partir del llamado principio de proporcionalidad [el principio de proporcionalidad consiste en determinar qué fin persigue la ley y si la fijación de ese fin se apoya en un interés público, para posteriormente examinar si la intromisión en el derecho fundamental es adecuada y necesaria a ese fin, finalmente ver si la gravedad de la intromisión está en adecuado equilibrio con la importancia de los intereses públicos].”

Como puede verse, el Tribunal Constitucional Austriaco ha ido recurriendo con el paso del tiempo a los derechos fundamentales como base para declarar la inconstitucionalidad o no de la ley: “actualmente existe una clara aproximación a la concepción e interpretación de los derechos fundamentales predominante en Alemania [...] desde mediados de los años ochenta se han desarrollado frente el legislador límites eficaces en la práctica [...] el TCA sigue en gran medida a las instancias de Estrasburgo en relación al contenido material de los derechos fundamentales...”²³⁵.

Como es lógico, a partir de esta última etapa en la que el Tribunal Constitucional Austriaco aparece como creador de derecho al interpretar y determinar el contenido normativo, que en la mayoría de los casos es muy impreciso, de los derechos fundamentales, es cuando ha aparecido la tensión entre dicho Tribunal y el legislador, provocando la reacción de éste último “ya sea diferenciando normas constitucionales según lo establecido por la jurisprudencia, ya sea intentando corregir o suspender los efectos de la jurisprudencia del TCA.”²³⁶

En los años noventa, continuando con la tendencia iniciada a mediados de los ochenta, “el Tribunal constitucional austriaco sigue una línea de jurisprudencia ofensiva

²³⁵ *Ibidem*, pp. 25-26.

²³⁶ *Ibidem*, p. 27

[en la que aumenta] el uso altamente diversificado del principio de igualdad, que domina de lejos a las otras normas de referencia, ya que su plasticidad le permite adaptarse a contextos muy diferentes, siendo el muy extenso empleo de este principio el que hace posible la elaboración de nuevos criterios de interpretación, y detrás de éstos, el tratamiento de nuevas problemáticas”²³⁷.

El Tribunal Constitucional Austriaco está utilizando sentencias que, como se ha expresado en el apartado anterior, son claramente creadoras de derecho, como son las sentencias de interpretación conforme a la Constitución, las sentencias aditivas y las apelativas, tal situación ha levantado voces de alerta en la doctrina constitucional de Austria, Schäffer refiriéndose a las interpretaciones conformes del Tribunal Constitucional Austriaco, señala que: “Sería aconsejable que se limitase a su función como “legislador negativo”, es decir que sólo corrigiese interpretaciones no conformes a la Constitución. En ningún caso le corresponde imponer su propia interpretación y, con ello, eventualmente, un significado contrario a la clara voluntad del legislador.”²³⁸

Lo que prueba, como puede verse, que parte de la doctrina regresa pese a todo a su obsesión por el legislador negativo.

²³⁷ PFERSMENN, Otto, “Chroniques. Autriche 1991”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. VII, Economica/PUAM, París, 1993, pp. 383-384.

²³⁸ SCHÄFFER, Heinz, “La relación entre el Tribunal Constitucional y el Legislador” en Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 36.

c.3) Alemania.

Como es sobradamente conocido el contexto histórico en que surgen la Ley Fundamental de Bonn y, subsiguientemente, el Tribunal Constitucional resulta muy especial. Efectivamente, la Alemania de entreguerras fue la prueba viva de la insuficiencia en los controles de las democracias parlamentarias y el desengaño definitivo frente a un “legislador bueno”,²³⁹ que sometido tan sólo a autocontrol representara los intereses de la mayoría sin menoscabo de los derechos individuales. Por ello, nada tiene de particular que “El Tribunal Constitucional federal [sea] verdaderamente la clave de bóveda del sistema político alemán: dice lo que la Ley Fundamental exige y se presenta como el titular de una suerte de poder constituyente, elevándose sobre los tres poderes básicos del Estado. No sólo posee competencias muy extensas, sino muy extensos poderes de control y decisión”,²⁴⁰ . Lo interesante del caso es que, pese a este muy concreto origen histórico, puede decirse del Tribunal Constitucional alemán que “la autoridad y aceptación de que goza dentro de Alemania son ciertamente grandes”²⁴¹ y que ha ejercido una singular influencia en el desarrollo constitucional de casi todos los estados europeos.

Ahora bien, pese a la “gran fuerza simbólica y balsámica [...] sobre las heridas del pasado” de que habla J. Acosta Sánchez, el Tribunal Constitucional alemán no ha permanecido indemne a las mismas o parecidas críticas de que han sido objeto sus homólogos europeos. Estas críticas, como se verá, se han recrudecido a partir de 1994.

Efectivamente, la doctrina ya había advertido los riesgos que implicaba una Corte Constitucional con tan amplios poderes y facultades. Principalmente dos: el que “un Tribunal que se ha ocupado permanentemente del control del legislador corre el riesgo de no contenerse con el control de la ley como resultado del procedimiento e

²³⁹ Últimamente, sobre la desconfianza en un “legislador bueno”, *vid.* FERRAJOLI, L. y otros, Los fundamentos de los derechos fundamentales, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Trotta, Madrid, 2001.

²⁴⁰ FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. L’État de Droit”, en *Revue du Droit Public*, 5, 1984, p. 1215.

²⁴¹ HÄBERLE, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional” en GARCÍA Belaúnde, D. y FERNÁNDEZ Segado, F. (eds.), Jurisdicción Constitucional

incluir cada vez más en su examen el proceso por el que el Parlamento ha preparado y tomado la decisión”²⁴². Es decir, una desnaturalización del “objeto” de control, desde la norma emanada a los *interna corporis* que la preparan y que allana el camino al segundo riesgo. A saber: “a la posibilidad de transformar el control de regularidad constitucional en un control de oportunidad política difícilmente compatible con la naturaleza de la jurisdicción constitucional”²⁴³. Es decir, una desnaturalización del parámetro de control, no su compatibilidad con la norma constitucional sino su oportunidad o, si se prefiere, su racionalidad. Es obvio que estas consideraciones nos remiten a una cierta administrativización de la ley a la que se pretende aplicar la doctrina de la desviación de poderes, obviando su origen en el órgano primario de la representación política y, por tanto, creador de la noción de interés general²⁴⁴ y que este riesgo, como recuerda Weber²⁴⁵ se incrementa notablemente en el caso del control abstracto en el que se produce una colisión directa entre Derecho y Política.

Estos riesgos se materializaron en una serie de sentencias de los años 1994 y 1995. En concreto, la de 9 de marzo sobre posesión de hachís para consumo individual, y de 25 de agosto sobre pegatinas con la frase del escritor pacifista Kurt Tucholsky: “los soldados son asesinos”, de 1994; y de 10 de enero sobre bloqueo de lugares públicos por manifestaciones, de 15 de mayo sobre espionaje contra la RFA por los servicios secretos de la ex RDA, y la del 16 de mayo sobre crucifijos en las escuelas públicas de Baviera.

en Iberoamérica, *op. cit.*, p. 240.

²⁴² SCHLAICH, K., “El Tribunal Constitucional Alemán” en VV. AA., Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, *op. cit.*, pág. 225. Véase, a este respecto, AGUIAR de Luque, Luis, “El Tribunal Constitucional y la función Legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión” en *Revista de Derecho Político*, UNED, 24, 1987, p. 14-16.

²⁴³ *Ibidem*, p. 15.

²⁴⁴ No es el momento de analizar aquí las importantes implicaciones de estas cuestiones para la comprensión global de la ley y su relación con la norma constitucional. Sobre todo ello, puede verse la polémica sostenida por Tomás Ramón Fernández y otros, de la que se da cuenta en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Acerca de la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional, Civitas, Madrid, 1998; y, especialmente, desde una perspectiva constitucional y, en buena medida, en oposición a los antes citados, CABO Martín, Carlos de, Sobre el concepto de ley, Madrid, Trotta, 2000.

²⁴⁵ WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, E. (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 64.

En las cuatro primeras se anulaban los preceptos penales creadores de los correspondientes delitos, mientras que en la última se declaraba la inconstitucionalidad de la norma de Baviera por la que se imponía la obligatoriedad de colocar crucifijos en las aulas de las escuelas públicas²⁴⁶. De esta forma el Tribunal intervenía “en el proceso político y sobre todo legislativo”, adoptando “decisiones controvertidas que [desencadenaron] fuertes discusiones y críticas no sólo de la parte derrotada, sino también de la opinión pública en general”²⁴⁷. En opinión de Kimmel se habría producido un choque entre “los valores morales y sociales dominantes en la sociedad alemana, expresados por una gran parte de la población en unos casos o por incluso la mayoría en otros, y los valores y derechos individuales o de minorías defendidos por el Tribunal Constitucional”. Y, lo que es más importante, no se trata de “críticas dispersas y aisladas [sino que] van dirigidas, más allá de sentencias concretas, contra la posición efectivamente muy fuerte del Tribunal en la democracia alemana”²⁴⁸. Por primera vez, se asistía a manifestaciones multitudinarias contra una Sentencia del Tribunal en ejercicio del derecho de resistencia consagrado en el artículo 20 de la Ley Fundamental.

²⁴⁶ Vid., FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1994 en 1995”, en *Revue du Droit Public*, 2, 1997, p. 348-362.

²⁴⁷ WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, E. (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁸ KIMMEL, Adolf, *op. cit.*, pp. 149 y 147.

c.4) Italia.

El Tribunal Constitucional Italiano se considera como uno de los más activos en Europa, la idea de la *Constitución viviente* está muy arraigada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por ello, no sorprende la declaración de su presidente Baldassare quien en 1995 afirmaba que: “Si a mitad del siglo, se pensaba que el modelo de Constitución no escrita sólo podía valer para el mundo anglosajón, hoy sabemos, por el contrario, que la idea de una Constitución real, directa, no escrita, interpretada, vivida, es una verdadera para toda Europa y en consecuencia también para Italia”²⁴⁹.

Desde luego la actitud altamente creadora del Tribunal Constitucional le ha traído enfrentamientos con los órganos de los poderes públicos, sobre todo a finales de la década de los ochenta, en donde los derechos fundamentales comienzan a jugar un papel esencial, pero no por ello debe pensarse que el Tribunal no tuvo anteriormente una función activa, siguiendo a José Acosta Sánchez²⁵⁰ podemos distinguir cuatro períodos en la historia del Tribunal constitucional Italiano:

- I. El primer período que comprende los años de inicio del mismo, de 1956 a 1963, en el cual básicamente, la función que desempeña es la adaptación de las leyes fascistas, que no habían sido abrogadas, a la Constitución. En tal función el Tribunal realiza actividades propias de legislador, puesto que modifica las leyes para que de esa manera sean acordes con la reciente Carta Fundamental.
- II. De 1964 a 1974 se desarrolla el segundo período que es considerado por Pizzorusso como la “edad de oro” del Tribunal Constitucional, y es que en este período el Tribunal comienza a ejercer el control sobre las leyes surgidas del reciente período republicano, por lo que se puede decir que

²⁴⁹ Cit. por BAUDREZ, Maryse, “Chronique. Italie. La vie de la Cour constitutionnelle en 1995 et 1996”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, 1997, p. 756.

²⁵⁰ ACOSTA Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*, *op. cit.*, pp. 283-284. No toda la doctrina comparte esta periodización. Para Romboli, por ejemplo, existirían tan sólo tres etapas, ya que, en su opinión, lo que para Acosta Sánchez constituye un período de emergencia, no tendría entidad suficiente como para constituir una etapa por sí mismo. ROMBOLI, Roberto, “Italia” en

se trata de las primeras aportaciones a la protección de los derechos Fundamentales. Aunque como nos recuerda Roberto Romboli²⁵¹ “en la mayor parte de los casos [la Corte ha examinado], sobre todo, a causa de la duración del juicio, leyes aprobadas por Parlamentos que ya no estaban en el ejercicio de sus funciones en el momento de la decisión o incluso leyes ya en vigor desde muchos años antes.”

- III. El tercer período es el conocido como el de la “emergencia nacional”, que coincide como es lógico, con la etapa de crisis general que sufrió el Estado Italiano en la mitad de la década de los ochenta. En esta etapa como nos recuerda L. Elia²⁵², el Tribunal Constitucional perdió brillo puesto que justificaba el abuso por parte del poder en la limitación de los derechos fundamentales, apoyándose para ello en la situación crítica por la que atravesaba el país.
- IV. Finalmente se puede hablar de la etapa de “expansión y revitalización”²⁵³ del Tribunal, debido a la superación, entre los años de 1987 y 1989, del rezago existente hasta entonces. Es en este período en donde, y como consecuencia de la rapidez con la que el Tribunal Constitucional Italiano resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por los jueces (aproximadamente en un plazo que va de los cinco a los siete meses), entra en conflicto con la opinión pública y es que, como acertadamente señala Maryse Baudrez “la posibilidad de una intervención en caliente del juez –casi de inmediato a la aprobación de una ley por el Parlamento– le expone inevitablemente a los ataques de las mayorías políticas, a conflictos con los órganos de los poderes públicos. El Tribunal no ha podido evitar un “cara a cara” con las opciones surgidas de la voluntad política de las mayorías”²⁵⁴.

AJA, E. (ed.), Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, *op. cit.*, pp. 90-91.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 91

²⁵² ELIA, L., “Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)” en *Quaderni costituzionale*, 1984, p. 16.

²⁵³ ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, *op. cit.*, p. 284

²⁵⁴ BAUDREZ, Maryse, “Chronique. Italie. La vie de la Cour constitutionnelle en 1995 et 1996”, *op. cit.*, p. 750.

En todo caso, es en las sentencias manipulativas²⁵⁵, en las que el Tribunal Constitucional modifica y en ocasiones integra las leyes para adecuarlas a los principios constitucionales, en donde se da una mayor tensión ya no sólo entre el legislador y el Tribunal Constitucional, sino entre éste y la doctrina e incluso con los jueces. Razón por la cual se recrudece el problema de legitimidad democrática de los jueces constitucionales, “Se ha hablado –sostiene Romboli– en este sentido, de “suplencias” de la Corte en relación con el Parlamento y de una función paralegislativa de la primera, poniendo de manifiesto el papel puramente negativo que se atribuya a la Corte que tendría la posibilidad de crear, a través de sus propias decisiones, un vacío normativo a llenar posteriormente por todos los operadores jurídicos o por la intervención del Parlamento.”²⁵⁶ Efectivamente, y pese a ciertas declaraciones de la Corte, nos encontramos muy lejos de las intervenciones “a rime obbligate” de las que habla Crisafulli²⁵⁷.

Sin embargo, aunque se trata de una Corte muy activa en materia interpretativa, su campo de acción se ve reducido por la existencia del así llamado *diritto vivente*²⁵⁸. Efectivamente, la idea de que el derecho no es el derecho que se aprueba por el Parlamento, sino el que realmente viene siendo aplicado por los operadores jurídicos y, singularmente, por los jueces de la jurisdicción ordinaria (proveniente de realismo jurídico), trae como consecuencia al llegar a la justicia constitucional, el que la Corte no deba enfrentarse con el precepto desnudo sino con el precepto más su interpretación. De esta forma, se limita la posibilidad de dictar sentencias interpretativas que modifiquen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no cabiéndole al Tribunal más alternativa que considerar válida la ley con su interpretación o nula también con ella. Parte de la doctrina italiana se ha manifestado críticamente frente a esta realidad. Así, Zagrebelsky ha afirmado que “la significación judicial del derecho aplicado se convierte en un dato que el tribunal constitucional se encuentra obligado a tomar como base del problema de constitucionalidad que tiene que resolver” lo que, en su opinión, no estaría “a la altura

²⁵⁵ *Vid. supra*, p. 146.

²⁵⁶ *Op. cit.*, p. 114.

²⁵⁷ CRISAFULLI, V., *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II ed., CEDAM, Padua, p. 408.

²⁵⁸ Véase la clásica monografía de PUGIOTTO, Andrea, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*.

de la “función constitucional” que le corresponde cumplir al Tribunal”²⁵⁹. O, en palabras de Acosta, el “derecho viviente” sería lo contrario de la “constitución viviente”²⁶⁰.

No hay que olvidar que el papel creador de la Corte constitucional tiene su origen último en una interpretación amplia del artículo 2 de la Constitución (cláusula Lelio Basso²⁶¹). Como es sabido, existen en la doctrina dos propuestas interpretativas para el mismo, las que representan A. Pace y Zagrebelsky, respectivamente²⁶². Según la primera, el artículo 2 tendría un alcance meramente recapitulador, remitiéndose implícitamente al catálogo de derechos incluido en la propia Constitución. Para la segunda, por el contrario, el artículo 2 supone una verdadera apertura constitucional hacia contenidos ajenos al articulado y una autorización al juez constitucional, para que introduzca juicios de valor tendentes a hacer reales y efectivos los derechos fundamentales. En esta segunda interpretación, nos encontraríamos ante un ejemplo típico de lo que Kelsen consideraba que no debían ser los textos constitucionales. Esta segunda es la que siempre defendió la Corte y, basándose en ella, el Tribunal ha ampliado considerablemente la nómina de derechos fundamentales respecto de los originalmente previstos en el texto²⁶³.

Genesi, uso, implicazioni, Giuffrè, Milán, 1994.

²⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, “La doctrine du droit vivant” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1986, pp. 57 y 77. En el mismo sentido GIORGI, S., “Le due Corti”, en *Archivio Penale*, 1965, p. 578, o MAZZIOTTI, M., “Osservazione all’ordinanza 128 dal 1957”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 1226.

²⁶⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 304.

²⁶¹ “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo ya sea en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”. En relación con el artículo 3: “Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país”.

²⁶² PACE, Alessandro, Problemativa delle libertà costituzionale, Cedam, Padua, 1990; ZAGREBELSKY, Gustavo, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux”, en FAVOREU, Louis, (ed.) Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Economica/PUAM, París, 1982.

²⁶³ En numerosas y muy conocidas sentencias. Entre otras: 27/1969 (matrimonio), 46/1971 (al honor), 38/1973 (rectificación), 225/1974 (del embrión a nacer), 161/1985 (identidad sexual), etc.

La doctrina ha destacado entre las numerosas intervenciones creadoras de la Corte²⁶⁴, una serie de sentencias “sustitutivas” como máximo exponente de esta transformación en su función constitucional. En concreto, la 341/1994, 145/1995, 298/1995 y 52/1996. En la primera, se alteraba la gradación de la pena para el delito de ultraje. En la segunda, se modificaba la fórmula de juramento testimonial en el procedimiento civil, introduciendo una nueva y distinta de creación pretoriana. En la tercera, se sustituía la pena prevista para ciertos delitos de entre cinco y diez años dispuestos en la ley por otra entre uno y cinco años. En la cuarta, se sustituía una medida administrativa por una sanción penal. Y no se trata de sentencias aisladas (aunque sí de las más llamativas), según los cálculos de Di Manno, en el período 1987-1995, más de tres de cada cuatro sentencias de anulación tendrían estructura manipulativa²⁶⁵.

Esta situación, sin embargo, ha originado en Italia un menor rechazo social que intervenciones mucho más moderadas por parte de otros tribunales en otros países europeos. Aunque la doctrina ha achacado parcialmente este hecho a la existencia “de intercambios del juez constitucional con sus partenaires” y al hecho de que “tiene muy en cuenta el papel de éstos en los valores constitucionales” renovando “el diálogo con las jurisdicciones ordinarias”²⁶⁶ y a la “transformación del régimen de enunciación de la voluntad general, o renovación del sistema de producción de la ley, desde un régimen de monopolio a otro concurrencial (...) según la cual la ley es la obra del Parlamento, siendo ahora el producto de tres instituciones concurrentes: el gobierno, que en todos los Estados europeos tiene la iniciativa de la casi totalidad de los textos legislativos y domina, de derecho o de hecho, el orden del día de las asambleas; el Parlamento, que, aunque en declive, conserva el poder de discutir, enmendar y votar la ley; y el Tribunal

²⁶⁴ Por ejemplo, ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en BARILE, P., CHELI, E., GRAS, S. (eds.), Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Il Mulino, Bologna, 1998.

²⁶⁵ DI MANNO, T., *op. cit.*, pp. 327-329.

²⁶⁶ PONTHERREAU, Marie-Claire, La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Éssai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, Economica, París, 1994, p. 218. Conviene recordar, en este sentido, que aproximadamente un 90 por ciento del control de constitucionalidad se realiza en Italia por vía incidental y no mediante acción directa de inconstitucionalidad.

constitucional”²⁶⁷, parece evidente que más que a cualquiera de las razones anteriores, para explicar el caso italiano es necesario acudir a su muy especial situación política.

Efectivamente, esta actividad del Tribunal coincide con el práctico desplome del resto de las instituciones representativas del Estado, comenzando por los partidos, que como consecuencia de los hechos que culminaron en los proceso “mane pulite” han perdido toda capacidad de expresión y conducción de la opinión pública. En este contexto, nada tiene de particular que formas “alternativas” de legitimidad como puedan ser las judiciales sean vistas como la única puerta abierta a la reforma de un sistema en peligro de descomposición. El hecho de que en Italia exista un importante grupo de jueces de orientación garantista (Magistratura Democratica, fundamentalmente) ha contribuido a dar credibilidad a la imagen de un tribunal árbitro no partidista en las disputas y válvula de seguridad de todo el sistema constitucional. No parece, pues, en este contexto que puedan extrapolarse fácilmente las “creaciones” de la Corte Italia a contextos políticos extraordinariamente diferentes²⁶⁸.

²⁶⁷ ROUSSEAU, Dominique, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, París, 1992, pp. 140-141.

²⁶⁸ Con todo, para el caso español, véase el muy reciente trabajo de Díaz Revorio antes citado.

c.5) Francia.

Como antes se dijo, Francia representa un caso de evolución paradójico en materia de justicia constitucional. Como es sobradamente sabido, Francia posee una tradición histórica de predominio parlamentario sobre el resto de las instituciones políticas de ascendencia, en último término, jacobina²⁶⁹. Nada tiene de particular, por tanto, que Francia incorporara tardíamente a su Constitución sistemas de control de constitucionalidad y que, cuando lo hiciera, resultaran intentos más tímidos que en otros países europeos.

Efectivamente, la Constitución de 1958 supone la incorporación al sistema francés de un órgano de control de constitucionalidad: el “Conseil Constitutionnel”. Ahora bien, las razones que explican este órgano apenas tienen nada que ver con la idea de supremacía constitucional, ni con una concepción kelseniana del derecho, contra lo que ha sostenido una parte de la doctrina²⁷⁰. La Constitución de 1958 tiene como línea maestra el intento de “ejecutivizar” la República, de otorgar el mayor poder posible al Presidente y de controlar, por tanto, al Parlamento. Por ello mismo, un Consejo Constitucional integrado por una mayoría de ex Presidentes o por Consejeros designados por el Presidente, se mostraba como un instrumento adecuado para el sometimiento de Parlamentos hipotéticamente rebeldes. Esta hipótesis, sin embargo, por razones políticas varias (juego de mayorías, prestigio presidencial, etc.) no llegó a verificarse y el Consejo apenas intervino en esta materia. Entre 1959 y 1974, el Consejo sólo emitió nueve decisiones sobre leyes ordinaria, es decir, menos de una por año²⁷¹.

Esta situación sufriría un importante cambio como consecuencia de la acción combinada de la decisión número 71-44 de 16 de julio de 1971 y de la reforma por ley

²⁶⁹ Véase, por todos, recientemente, BOUZAT, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991, en particular, el epígrafe titulado “Rousseau y la Democracia Francesa”, pp. 83-87.

²⁷⁰ Por ejemplo, HAMOND, Leo, habla de que “el constituyente instauraba así lo que no era más que la consecuencia de la distinción al fin hecha entre la soberanía nacional, valor supremo, y el poder subordinado del Parlamento”, Les juges de la loi. Naissances et rôle d'un contre-pouvoir: le Conseil Constitutionnel, Fayard, París, 1987, pp. 141-142.

²⁷¹ Véanse las cifras en BON, Pierre, *op. cit.*, pp. 141 y 146.

constitucional de 29 de octubre de 1974. Y, nuevamente, conviene tener presente la paradójica relación entre estos dos hechos para alcanzar una interpretación valorativamente adecuada de la evolución de la justicia constitucional en Francia.

La decisión, citada, de 1971²⁷², como es por todos sabido, supone el surgimiento del llamado “bloque de constitucionalidad”, es decir, la incorporación como parámetros de constitucionalidad de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República anteriores a 1946. Conviene destacar que, en el momento en que se dicta, no es tanta la trascendencia de esta decisión ya que, en realidad, venía a “codificar” lo que eran convicciones jurídicas (y prácticas) muy extendidas entre todos los operadores jurídicos en Francia. La vigencia de la Declaración de 1789, por ejemplo, está tan fuertemente arraigada en la historia constitucional francesa que su omisión no puede considerarse una “derogación”, sino, sencillamente, un reconocimiento de la prioridad lógica y axiológica (típicamente jacobina) de las declaraciones de derechos frente al resto de la organización constitucional. Su importancia, como se verá, sólo se pondrá de manifiesto en combinación con la reforma de 1974.

En 1974, durante la Presidencia del conservador Giscard d’Estaing, se promueve una reforma en virtud de la cual se legitima ante el Consejo Constitucional a 60 diputados o Senadores para activar el control preventivo de constitucionalidad. Efectivamente, ante la amenaza de una próxima pérdida de las elecciones y de la llegada al poder de un partido socialista con un programa de importantes reformas socioeconómicas, la derecha francesa trata de atrincherarse jurídicamente en el Consejo de Estado y de autoasegurarse sus posibilidades de intervención aun en minoría (no hay que olvidar que la composición del Consejo de Estado se modifica a distinto ritmo que las mayorías políticas). Es en este nuevo contexto en el que la decisión de 1971 cobra toda su importancia. La Declaración de 1789 podía leerse en clave (ultra) liberal, como

²⁷² Su texto, por ejemplo, en FAVOREU, L. y PHILIP, L., Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, París, 1995, pp. 885 y ss.

(ultra) defensora de la propiedad privada y, por tanto, como límite (jurídico e infranqueable) a cualquier programa de intensas reformas socioeconómicas (nacionalizaciones, expropiaciones, etc.). Como así sucedió, a partir de la llegada al poder del Partido Socialista en 1981.

Desde la interpretación que aquí se ofrece, sí tiene sentido comparar la decisión de 1971-1974, a la norteamericana de 1803, no tanto porque supusieran una declaración de “supremacía constitucional”²⁷³, sino porque se insertan en un contexto político en que ciertas mayorías que pasan a ser minorías (federalistas frente al partido de Jefferson) se preparan una nueva estrategia de lucha desde los tribunales²⁷⁴.

En todo caso, y fuera cual fuera su origen, el Consejo Constitucional ha ido no sólo incrementando su actividad²⁷⁵, sino adoptando formas típicas de control “activista” en el control de constitucionalidad de la ley.

Probablemente, la más importante de las cuales sea la llamada técnica de conformidad bajo reserva. Según L. Favoreu²⁷⁶, estamos ante una conformidad bajo reserva cuando el Consejo establece la constitucionalidad de una norma imponiéndole una determinada interpretación que, de otro modo, resultaría inconstitucional. Fenómeno semejante, por tanto, como veremos, a las sentencias interpretativas y aun manipulativas de la Corte italiana.

Existen, según la doctrina citada, tres tipos de sentencias de conformidad bajo reserva. La *llamada técnica de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante*. En ésta, el Consejo excluye interpretativamente los elementos que consideraría inconstitucionales y admite la norma en esta interpretación en la que

²⁷³ Por ejemplo, ACOSTA SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 311: “ha sido comparada a la mítica sentencia del Tribunal Supremo estadounidense de 1803”.

²⁷⁴ *Vid.* los comentarios a la Sentencia de 1803, en el Apartado a.1) En los hechos: el nacimiento del control judicial de las leyes en Estados Unidos, pp. 29 y ss. Y, para esta comparación, AVRIL, Pierre y GICQUEL, Jean, *Le Conseil Constitutionnel*, Montchretien, París, 1993, p. 61.

²⁷⁵ Hasta 1997, el Consejo controló un total de 514 leyes. Es decir, una media para los 39 años de 13,17 leyes por año. Si tenemos en cuenta, que hasta las reformas de 1974, la media era de 0,6 (9 decisiones en 14 años), podemos afirmar que el ritmo de control se ha incrementado en más de 20 veces.

prescinde de ciertos elementos que sí figuran en el texto de la norma. La llamada *técnica de conformidad bajo reserva de interpretación constructiva*. En esta modalidad, el Consejo completa interpretativamente la ley, añadiéndole elementos que permitan considerarla como constitucional. En definitiva, algo muy semejante a las sentencias aditivas de la Corte italiana. Por último, la *técnica de conformidad bajo reserva de interpretación directiva*, en las que dirige exhortaciones a las autoridades administrativas o a los jueces encargados de aplicar la ley.

Además de este tipo de sentencias interpretativas, la doctrina ha señalado como ejemplos de esta posición activista del Tribunal francés la aplicación del test de proporcionalidad y la inconstitucionalidad por incompetencia negativa (*incompétence négative du législateur*). La aplicación de la primera de estas técnicas ha sido señalada particularmente en relación con la Sentencia de 18 de enero de 1995 sobre el derecho de manifestación. En aplicación de dicho test, el Consejo trata de determinar si el legislador ha realizado una opción ponderada entre todos los principios que constitucionalmente le obligan. De esta forma, el Consejo impone su propia opinión sobre cuál es la opción legislativa adecuada (la mezcla o receta justa) entre principios que pueden ser contradictorios, sobre la realizada por el legislador. Nuevamente, un caso en el que se bordea la función de un legislador positivo.

Por lo que se refiere a la segunda de las técnicas citadas, el Consejo entra a valorar si el Parlamento ha hecho un ejercicio completo de su competencia o si, por el contrario, ha hecho dejación de la misma (en vía directa, por habilitación o delegación o en vía indirecta por legislación insuficiente). Es decir, el Consejo controla que el Parlamento sature su competencia legislativa y declara inconstitucionales las leyes que no lo hacen, así la decisión sobre nacionalizaciones de 16 de enero de 1982, o la de 28 de julio de 1993 sobre establecimientos públicos de carácter científico, cultural y profesional. Esta técnica, a diferencia de la inconstitucionalidad por omisión de Portugal, Colombia, Venezuela o Brasil, no permite sancionar la inactividad absoluta del legislador, ni sustituir su pasividad, sino tan sólo anular aquellas decisiones

²⁷⁶ En FAVOREU, L. y PHILIP, P. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*

incompletas del Parlamento. Se trata, podríamos decir, de un caso de sentencias de inconstitucionalidad por omisión parcial. En este caso, lo que el Consejo controla es la división de poderes entre Legislativo y Ejecutivo, impidiendo que ésta se altere por un ejercicio insuficiente o inadecuado (delegación o habilitación) de la competencia legislativa por parte del Parlamento. No es preciso señalar que se trata de un asunto delicado que bordea la decisión política, en la medida en que viene a interferir con el juego de las mayorías y minorías parlamentarias y de gobierno y con el diseño de las políticas de uno y otro órgano. Se trata, además, de un caso *sui generis* de conflicto de competencias entre órganos constitucionales en la medida en que, en cierto sentido, el Consejo actúa con el sistema de justicia no rogada o, al menos, no necesariamente rogada por el presunto perjudicado (el Parlamento).

Conviene indicar, para no provocar una falsa impresión, que todas estas técnicas “activistas” se emplean más bien para salvar la constitucionalidad de las normas que para anularlas. Efectivamente, sólo el 4 por ciento de las sentencias del Consejo son de rechazo (10 leyes ordinarias anuladas de 1958 a 1997), el 50 por ciento lo son de conformidad y el 40 por ciento de inconformidad parcial. En definitiva, que la intervención del Consejo como legislador negativo (o parcialmente negativo) es un fenómeno relativamente extraordinario y no una forma ordinaria de colegislación como parecería desprenderse de algunas afirmaciones doctrinales²⁷⁷.

²⁷⁷ Por ejemplo, “desde el momento en que el juez constitucional no se limita ya a decir que no a una ley, se hace de las jurisdicciones constitucionales unos legisladores o colegisladores positivos”, ACOSTA SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 324.

c.6) España.

Como es natural, no tendría sentido tratar de realizar aquí un estudio sistemático del surgimiento y evolución de la justicia constitucional en España, sobre la que, por otra parte, existe una muy amplia bibliografía²⁷⁸. Contamos, podríamos decir, con una versión estándar sobre la justicia constitucional que es la que parte de los muy conocidos estudios de García de Enterría²⁷⁹ y que, de una u otra forma, se ha ido repitiendo posteriormente, con una base fuertemente iuspositivista y, digamos, no conflictiva del Tribunal Constitucional.

Lo que aquí se incluye, por el contrario, son tan sólo algunos apuntes de cómo el sistema de justicia constitucional español más que (o, al menos tanto como) responder a un diseño abstracto del constituyente, se ha ido forjando como consecuencia de muy variados impulsos políticos, en contextos históricos cambiantes y no exentos de contradicciones.

Para tal fin, el estudio se concentrará en sólo unos pocos de los posibles temas de reflexión. En concreto: recurso previo de inconstitucionalidad, el llamado “bloque de constitucionalidad”, las relación gobierno central-gobiernos autonómicos y la litigiosidad constitucional, el caso RUMASA y el problema de la Presidencia del Tribunal, la omisión relativa y las sentencias interpretativas, y el problema de los votos particulares.

²⁷⁸ Por señalar tan sólo las monografías generales más recientes: ALEGRE Martínez, M. Á., Justicia Constitucional y Control Preventivo, Universidad de León, León 1995; FERRERES Comella, Víctor, Justicia Constitucional y Democracia, CEC Madrid 1997; GULLÓN Ballesteros, A. y otros, La Constitución Española y la Administración de Justicia, Fundación El Monte, Sevilla, 1995; GONZÁLEZ Rivas, J. J., Estudio Legal y Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español: 1981-2000, Civitas, Madrid, 2001; LINDE Paniagua, E., Constitución y Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 1995; MARÍN, José Ángel, Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional, Ariel, Barcelona, 1998; PÉREZ-SERRANO Jáuregui, N., El Tribunal Constitucional. Formularios y doctrina procesal, Tecnos, Madrid, 1999; RODRÍGUEZ Piñero, M., La Jurisdicción Constitucional en España: LOTC 1979-1994, CEC, Madrid, 1995; RUBIO Llorente, Francisco y JIMÉNEZ Campo, Javier, Estudios sobre jurisdicción constitucional, *op. cit.*; VV. AA., Constitución y Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 1997.

²⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en VV. AA., El Tribunal Constitucional, vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

La primera observación que, acaso, convenga hacer sobre el sistema de justicia constitucional español es el hecho de que la Constitución apenas incluye detalle alguno sobre el Tribunal, sino que deja la práctica totalidad de la regulación a la LOTC, efectivamente aprobada el 3 de octubre de 1979. Ello ha hecho que, paradójicamente, la justicia constitucional carezca de “rigidez” y sea, por tanto, moldeable a los diferentes impulsos políticos. Pese a lo relativamente breve de la historia constitucional española ésta cuenta ya con una “historia” en el sentido de una determinación histórica de su actuar.

En este sentido, la primera y más obvia modificación política se produce con la desaparición del inicialmente previsto recurso previo de inconstitucionalidad del previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su redacción original²⁸⁰. Como es sabido, la entonces oposición del partido socialista adoptó la práctica de presentar recursos ante un número muy elevado de casos, con la doble pretensión de 1) diferir la entrada en vigor de las leyes, y 2) continuar la batalla política en el Tribunal convertido en una suerte de tercera cámara. Lo que interesa destacar de esta supresión es que se trata de un movimiento que restringía la justicia constitucional, cuando la citada historia estándar de la justicia constitucional sostiene una progresiva expansión de la misma. Dejando al margen, lo acertado o desacertado de su previsión inicial y de su supresión posterior²⁸¹, lo que importa es que, en este caso, no ha actuado la (pseudo)rigidez que han adquirido otras leyes orgánicas en materias que la Constitución no reguló por sí misma sino que ha sido objeto de una pugna política entre opciones

²⁸⁰ Sobre el recurso previo de inconstitucionalidad, en general, ALBA Navarro, M., “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83; CRUZ Villalón, Pedro, “El control previo de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981; GERPE Landín, M., “El control previo de constitucionalidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1983; GÓMEZ Montoro, A.J., “El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988; SÁNCHEZ DE VEGA García, A., “Acerca del recurso previo de inconstitucionalidad”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 23, 1991; VEGA, A., “Sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 29, 1994.

²⁸¹ Ver, a este respecto, GONZÁLEZ-DELEITO y Domínguez, N., “La supresión del control previo de inconstitucionalidad”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 1986; PÉREZ Royo, Javier, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986; SANTAOLALLA López, F., “Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983.

legislativas enfrentadas (las sustentadas en ese momento por el gobierno y la oposición, respectivamente). Es decir, que no ha actuado la pretensión de una justicia “deducida” como conclusión “lógica” de la supremacía y rigidez constitucionales, sino la más realista versión de un órgano con influencia política en un delicado equilibrio de poderes²⁸².

El segundo tema en el que se manifiesta claramente la dimensión política de la justicia constitucional española es en el surgimiento y operatividad del así llamado bloque de constitucionalidad²⁸³. Como es sabido la expresión “bloque de constitucionalidad” o “bloque de la constitucionalidad” es un calco sobre la expresión “bloque de legalidad” acuñada por la doctrina y la jurisprudencia administrativa para referirse al conjunto de preceptos que, además de la ley, vinculan al Ejecutivo en el Estado de Derecho. La expresión surge en Francia para referirse a las normas que el Consejo constitucional en su tantas veces citada decisión de 1971²⁸⁴ consideró como partes integrantes de la Constitución vigente y, por tanto, parámetros de constitucionalidad del resto del ordenamiento. Con todo, parte de la doctrina francesa ha sostenido la inutilidad de tal denominación defendiendo la conveniencia de emplear simplemente la expresión “Constitución” o “Derecho Constitucional”.

Pues bien, esta expresión fue trasladada a la realidad española por obra de la jurisprudencia constitucional en la STC 10/1982, al interpretar al artículo 28 de la

²⁸² Vid., por ejemplo, SCHNEIDER, H. P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1983; también, sosteniendo una posición distinta, CASCAJO, J.L., “Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional”, en VV. AA., II Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

²⁸³ Se sigue aquí muy de cerca el artículo de CABO de la Vega, Antonio de, “Nota sobre el bloque de constitucionalidad”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 24, 1995, pp. 58-64, que difiere en gran medida de otras posiciones doctrinales dominantes, tales como FAVOREU, Louis y RUBIO Llorente, Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991; RUBIO Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989; PINIELLA Sorli, Juan Sebastián, Sistema de fuentes y bloque de la constitucionalidad, Bosch, Barcelona, 1994; PALACIO González, José, “Bloque de constitucionalidad y ordenamiento comunitario”, en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 37; FERNÁNDEZ Rodríguez, Tomás Ramón, Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la LOTC, Civitas, Madrid, 1981; BALAGUER Callejón, Francisco, Fuentes del Derecho, II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 47 y ss.; SÁNCHEZ Rodríguez, Luis Ignacio, “El artículo 93 y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas” en VV. AA., Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, tomo I.

LOTC. A este respecto, conviene hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, el artículo 28 establece que para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma se estará no sólo a lo dispuesto en la Constitución sino en el resto de normas que distribuyen competencias. Ahora bien, la constitucionalidad de una norma no puede depender de lo que establezca otra no constitucional, es decir, las normas objeto de control serán constitucionales o no en función de su compatibilidad con el ordenamiento constitucional español, y no por lo que diga o no la LOTC. Es decir, el precepto citado puede considerarse como recordatorio o expletivo pero nunca como “causa” de la inconstitucionalidad, por lo que puede prescindirse de él a la hora de evaluar la viabilidad o no del “bloque” (como se prueba fácilmente al considerar que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma en nada se vería modificada por la derogación previa del artículo citado²⁸⁵).

En segundo lugar, la LOTC y el Tribunal y la doctrina mayoritaria en su interpretación, lo que han hecho es igualar en el concepto de “bloque de constitucionalidad” dos conceptos que, sin embargo, no son coincidentes: el de normas interpuestas²⁸⁶ y el de conjunto de normas que distribuyen las competencias. Ahora bien, estos dos conceptos (o, si se prefiere, estos dos conjuntos de normas) sólo son parcialmente coincidentes²⁸⁷, lo que determina, por su parte, que la norma expresada por el citado artículo sea sólo parcialmente constitucional. Lo es en la medida en que, efectivamente, la constitucionalidad de una norma que no forma parte del bloque (es decir, jerárquicamente inferior al bloque) depende de su acatamiento del mismo, pero no lo es en la medida en que una norma de igual rango (es decir, que pertenecería al bloque, modificándolo) no deriva su validez del respeto al mismo, sino que pone en juego la norma *lex posterior derogat legi priori*. Ello, naturalmente, porque el principio de competencia postula siempre el principio de jerarquía, es decir, cualquier reparto competencial tiene que ser establecido por normas superiores a aquéllas a través de las cuales se produce su ejercicio. Es decir que sólo hay verdadero “reparto” competencial

²⁸⁴ *Vid., supra*, p. 96.

²⁸⁵ Lo que sin embargo, como se verá después no está exento de consecuencias.

²⁸⁶ SICLARI, Massimo, *Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, Padua, 1992.

²⁸⁷ Además de que, como se verá, el primero es un concepto de extensión variable, dependiendo de la

si las competencias son “indisponibles” para aquellos a los que se les reparte, en caso contrario, hay mero ejercicio u ocupación de competencias, pero no reparto (en el sentido de distribución estable en el tiempo y previsible o, lo que es lo mismo, regulada por el derecho) o, si se prefiere, distribución política de las mismas. Ello quiere decir, en el caso español, que la distribución debería figurar en la Constitución para ser indisponible para todos los poderes públicos y que, no siendo así (toda vez que la Constitución carece de reparto competencial), ésta es disponible, justamente, para el órgano encargado de llevarla a cabo, es decir, las Cortes Generales.

Lo que interesa destacar aquí, al margen de los detalles concretos de esta argumentación, algunos de cuyos puntos acaso fueran discutibles²⁸⁸ es que nos encontramos, nuevamente, ante un intento de dar una solución a un problema político mediante una construcción jurídica parcialmente emanada de la justicia constitucional. La justicia constitucional, de nuevo, no ha actuado siguiendo un impulso puramente jurídico deductivo, sino netamente político tratando de resolver un delicado problema político, en este caso, el del equilibrio territorial.

Efectivamente, la no distribución competencial de la Constitución y, por tanto, su permanente disponibilidad para las Cortes Generales, suponían una intolerable situación de provisionalidad para las Comunidades Autónomas que éstas no estaban dispuestas a admitir y que hubiera supuesto, con probabilidad, la ruptura del pacto constitucional. La construcción del “bloque” es un mensaje lanzado a las Comunidades en garantía de la irreversibilidad del proceso autonómico²⁸⁹. Al margen de las virtudes que esta postura haya podido tener desde el punto de vista de la pacificación política y jurídica de la nación, no deja, sin embargo, de verse afectada de graves taras. La principal y más obvia es que esta solución (pseudo)jurídica escamotea a los órganos políticos una discusión pública y responsable de importantes aspectos de la política

norma enjuiciada o, si se prefiere, no todas las normas tienen el mismo conjunto de normas interpuestas.

²⁸⁸ En especial, lo que se refiere al rango jerárquico de los Estatutos de Autonomía, muy especialmente los que han sido plebiscitados.

²⁸⁹ Un mensaje semejante había sido enviado con la anulación de la LOAPA, STC 76/1983. *Vid.*, PIBERNART Domench, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, p. 82.

nacional, con la consiguiente degradación democrática que ello comporta. Si bien, desde el punto de vista que aquí importa, sin embargo, no reviste menor importancia que lo anterior, la desnaturalización de la función “jurídica” del Tribunal y su conversión en una suerte de árbitro político en la discusión entre Estado y Comunidades Autónomas y en una especie de Guardián no de la Constitución, sino del pacto (tácito) político alcanzado entre ellas.

Un tercer episodio de esta “historia política” de la Justicia constitucional española y, por tanto, de su alejamiento del clásico modelo kelseniano, viene marcado por la complementariedad existente entre cooperación estado-autonomías y litigiosidad en control de constitucionalidad de las leyes promovido por las Autonomías (y también en forma de conflictos). Efectivamente, las Comunidades Autónomas han utilizado el Tribunal Constitucional como un mecanismo alternativo de lucha política, dependiendo de la correlación de fuerzas existente con el Gobierno central y de su predisposición autonómica. Existe una correlación casi perfecta entre cooperación gobierno-minorías autonómicas y desaparición de la litigiosidad constitucional (y su inversa), lo que supone, nuevamente, una visión política del Tribunal y de su papel en el equilibrio de poderes²⁹⁰.

Un cuarto caso de “politización” de la Justicia Constitucional es el que rodea la resolución del llamado Caso RUMASA²⁹¹ en la STC 11/1983. Dos son los aspectos que interesa destacar de este caso. En primer lugar, la fuerte politización que rodeó su tramitación ante el Tribunal, en un ambiente decididamente no jurídico en el que se debatían cuestiones sustantivas de justicia material, opciones políticas en definitiva, y no las clásicas consideraciones formales con las que suele tratarse la justicia constitucional. La segunda es que, en este caso, esta presión antiformalista tuvo una plasmación directa en la forma de resolución. Como es sabido, el Tribunal no era capaz de alcanzar una decisión, dividido como estaba en dos grupos de seis magistrados que

²⁹⁰ Para probar esta afirmación basta con observar los cuadros estadísticos que publica el Tribunal cada año y compararlos con el nivel de transferencias que se hayan producido en el mismo período.

²⁹¹ En general, véase, SEGURA Guinard, Lluís J., “El control de los Decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la STC 11/1983 de 2 de diciembre, recaída en el caso RUMASA”, en

defendían opciones contrarias. En este contexto, una muy fuerte presión política gubernamental determinó la decisión del Tribunal, forzando a su entonces Presidente a establecer su voto de calidad para salir del desempate. Esta decisión arrastraría importantes consecuencias políticas y jurídicas. Políticas, porque supuso un cierto desprestigio del Tribunal en su papel de garante independiente de las decisiones constituyentes y abrió un proceso de politización abierta de sus miembros que se continuaría más tarde en las muy complejas renovaciones del Tribunal siguiendo el sistema de cuotas que apunto ha estado de colapsarlo. Jurídicas porque, como es sabido, España terminaría siendo condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por no haber dado audiencia al interesado. Esta sentencia incluía, en realidad, una doble crítica formal y sustancial. Formal, porque censuraba el procedimiento excesivamente formalista de nuestro Tribunal, refugiado en una visión purista del control abstracto. Sustancial porque, en definitiva, al exigir la audiencia del interesado venía a poner en cuestión la posibilidad de las expropiaciones por vía exclusivamente legal y su compatibilidad con el sistema europeo de derechos. Dicha sentencia no fue ejecutada por el Tribunal Constitucional español, lo que tampoco contribuyó a restaurar el prestigio perdido.

En quinto lugar, nos referiremos a las sentencias de inconstitucionalidad por omisión parcial²⁹² y a las sentencias interpretativas. El carácter distintivo de la justicia

Revista Vasca de Administración Pública, núm. 104, 1984.

²⁹² Existe sobre este tema, que aquí sólo se aborda tangencialmente, una considerable bibliografía. Entre otros, AGUIAR de Luque, L., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa. El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987; AHUMADA Ruiz, M.^ªA., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991; BAZÁN, V., “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, V. (ed.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; BIDART Campos, G.J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, UNAM, México, núm. 6, 1979; FERNÁNDEZ Rodríguez, J.J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998; FERNÁNDEZ Rodríguez, J.J., “Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996; GÓMEZ Puente, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw Hill, Madrid, 1997; PÉREZ Royo, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, *sub verba*; SANTAOLALLA López, F., “Televisión por cable y control de las omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero. Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994))”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994; VILLAVARDE Menéndez, I., “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho Constitucional y*

constitucional española en lo que se refiere a la adopción de este tipo de instrumentos activistas no estriba tanto en la originalidad de los mismos, cuanto en el hecho de que ni la Constitución, ni la LOTC haya hecho mención alguna a las mismas. Ambos textos legales, pese a la amplia experiencia existente en las Cortes constitucionales en activo en Europa han ignorado este tipo de problemas, realizando una regulación puramente “kelseniana” de la nulidad²⁹³, inconstitucionalidad, etc. por lo que, también en España, han surgido por creación jurisprudencial aunque con un fuerte carácter imitativo respecto a soluciones análogas en otros países europeos. Efectivamente, sólo son tres los mecanismos legalmente previstos para el control de constitucionalidad: la interpretación, la declaración de inconstitucionalidad y la declaración de nulidad.

En relación con las sentencias interpretativas, hay que decir que no sólo han permitido excluir interpretaciones (posibles pero inconstitucionales) de las normas, sino que han avanzado también hasta permitir subsanar “inconstitucionalidades por defecto” o exclusiones tácitas, como en la STC 74/1987, sobre el art. 520.2 e) de la LECr. La doctrina ha distinguido diferentes tipos de sentencias interpretativas²⁹⁴. Las sentencias interpretativas parcialmente desestimatorias en las que se desestima la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal “en cuanto sus preceptos [...] sean interpretados dentro de los límites y en el sentido que se les atribuye en los fundamentos de la presente sentencia” (STC 5/1982). De este tipo son, por ejemplo, las SSTC 5/1982, 10/1982, 69/1982, 72/1983, 87/1985, 178/1985, 29/1986, etc.

Parlamentario, núm. 8, 1996; VILLAVARDE Méndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, McGraw Hill, Madrid, 1997. En particular, para los derechos sociales, PISARELLO, Gerardo y CABO de la Vega, Antonio de, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?”, en VV. AA., Homenaje a Pablo Lucas Verdú, en prensa.

²⁹³ “El guardián de la constitución kelseniano se concibió, es harto sabido, como “legislador negativo”. La ambigüedad notoria de esta expresión feliz y el escepticismo que la experiencia práctica puede arrojar sobre su validez no han logrado, aún hoy, desvirtuar por completo el sentido limitador de la máxima. Sentido en apariencia acogido por la LOTC, que no imaginó que otro remedio frente a la inconstitucionalidad de la ley que su declaración de nulidad (art. 39.1)”, JIMÉNEZ Campo, Javier, “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA, E., (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, *op. cit.*, pp. 181-182.

²⁹⁴ PIBERNAT Doménech, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, pp. 81-84.

Sentencias interpretativas parcialmente estimatorias. Se trata de aquéllas que determinan “Que es inconstitucional la disposición [...] interpretada como norma que ...” (STC de 2 julio de 1981).

De un mayor activismo son las que se consideran como “suplantación del legislador”, es decir, aquellas en las que el Tribunal no se limita a la interpretación constitucional de la ley, sino que, por vía interpretativa, construye un precepto. Ello en contradicción con su propia doctrina en la que afirma: “Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es conforme con la constitución [...] No puede en cambio tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional” (STC, de 8 de abril de 1981). Así, en las celebérrimas SSTC 14/83 y 103/83 sobre las pensiones de viudedad²⁹⁵, o en la 27/1985 sobre el artículo 13 del Código de Justicia Militar.

De parecido carácter, son las que incluyen “recomendaciones al legislador”, como la STC 3/1983, en la que afirma que “Sería conveniente que el legislador para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y conexos”. Afirmaciones semejantes aparecen en la STC 76/1983, en recurso previo de inconstitucionalidad contra la LOAPA. Y, de mayor activismo, las que incluyen “mandatos al legislador”. La más importante (y polémica²⁹⁶) de las cuales es la STC 53/1985 en la que afirma: “Como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el artículo 79.4 b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio permitirán la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente”.

Las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad, por su parte suponen el señalamiento para el poder público de la obligación de subsanar dicha situación. Así se

²⁹⁵ Con varios votos particulares en contra (Arozamena Sierra y Pera Verdaguer, o Rubio Llorente).

²⁹⁶ Como demuestran los votos particulares de Arozamena Sierra, Díez Picazo, Tomás y Valiente, Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo, y Rubio Llorente.

ha hecho en las SSTC 45/1989, 36/1991 y 96/1996. Según el Tribunal, ello procede²⁹⁷ cuando “la anulación [...] podría suponer graves perjuicios y perturbaciones [...] a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado”, STC 13/1992.

En relación con la inconstitucionalidad por omisión, se trata un procedimiento no previsto expresamente ni en la Constitución ni en la LOTC. Sin embargo, el Tribunal, como en su momento hicieran otros tribunales como el alemán, ha dictado sentencias en las que, de una u otra suerte, se hace frente a la inactividad del legislador. Hay que tener, en cuenta, además, que la Constitución española es muy rica en remisiones a la Ley²⁹⁸ (por lo general, orgánica), por lo que una inactividad del legislador supone frustrar las pretensiones normativas constitucionales, en mayor medida que en otros textos constitucionales más densos, como, paradigmática, el portugués. La doctrina reconoció muy tempranamente a la existencia de estos “mandatos al legislador”²⁹⁹. Sin embargo, la dicción literal del artículo 161, 1 a) parece excluir la posibilidad de control directo de las inconstitucionalidades por omisión, al no existir vía procesal. La doctrina defiende que sí podría plantearse “ya por medio del recurso de amparo, ya por medio del conflicto de competencias, e incluso a través de la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que exista una norma anterior con rango de ley y de cuya validez dependa el fallo, que, a falta del desarrollo del legislador postconstitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión”³⁰⁰.

Por ello, en España, el problema de la inconstitucionalidad por omisión es, fundamentalmente, el problema de la inconstitucionalidad por omisión parcial. Es decir, aquélla en que no hay una ausencia total de actividad legislativa sino una actividad legislativa insuficiente, en especial, cuando se trata del desarrollo de derechos

²⁹⁷ Su necesidad ha sido defendida doctrinalmente, entre otros, por RUBIO Llorente, Francisco, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, pp. 52 y ss.

²⁹⁸ *Vid.*, a este respecto, NIETO, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, 100-102, vol. I, 1983, pp. 377 y ss.

²⁹⁹ RUBIO Llorente, F., “La constitución como fuente del Derecho”, en VV. AA., La Constitución española y las fuentes del Derecho, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 70.

³⁰⁰ AGUIAR de Luque, L., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa”, *op. cit.*, p. 27.

fundamentales o que afecten a la cláusula de igualdad del art. 14. Aguiar de Luque ha distinguido tres fórmulas de hacer frente a la pasividad del legislador: a) otorgar un contenido material³⁰¹ a las normas básicas del art. 149 constitucional, “evitando el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las CCAA”. Por ejemplo en la STC de 28 de julio de 1981; b) ampliar la vigencia de una norma en conexión con el principio de igualdad ante la ley a aquellos sectores de la población inicialmente no previstos por el legislador³⁰². Por ejemplo, en las ya citadas SSTC 103/1983 y 14/1983, sobre pensiones de viudedad y 81/1982 sobre pago de horas extraordinarias a los ATS varones; c) en los casos que implican derechos fundamentales, dando vigencia a los mismos incluso ante el silencio del legislador. Así, en las sentencias sobre objeción de conciencia (desde la 15/1982) el Tribunal estimó que “en la medida en que el mandato al legislador se vincula a un derecho fundamental de carácter subjetivo, este último no podía quedar totalmente negado en tanto no mediara la intervención del legislador [...] en la medida en que se trata de un derecho fundamental accionable ante el Tribunal Constitucional, se trata de un precepto que goza de aplicación directa, aunque sea como un contenido mínimo como indicara la precitada sentencia. Sin embargo, es lo que cierto que a través de ello el Tribunal llevó a cabo una verdear innovación jurídica introduciendo la objeción de conciencia como causa de suspensión provisional de la incorporación a filas, que anteriormente no existía en nuestro ordenamiento”³⁰³.

Un último apunte en relación con esta vertiente más “política” que jurídica de la actividad del Tribunal español, tiene que ver con el uso de los votos particulares. Efectivamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional español aparecen con gran frecuencia acompañadas de extensos y muy argumentados votos particulares. Lo curioso del caso, sin embargo, es que estos mismos argumentos no son empleados

³⁰¹ NIETO, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *op. cit.*, p. 393.

³⁰² La polémica sobre esta sentencia comienza ya en los votos particulares. Arozamena Sierra afirmó en el suyo: “lo que hace la Sentencia no es declarar derogada una disposición [...] lo que hace es integrar el ordenamiento de la Seguridad Social, incorporando al régimen de viudedad el derecho de los viudos en unos términos de generalidad, sin atender el dato de la situación de necesidad; se trata de una innovación por la vía de sentencia del Derecho de la seguridad Social [...] lo que obviamente no es una tarea propia de la que se ha llamado función del legislador negativo como única que compete al Tribunal Constitucional”

cuando estos mismos magistrados se convierten en ponentes de las sentencias. Parecería que el hecho de estar en minoría, en definitiva, de no tener influencia (y, por tanto, responsabilidad) política, liberara a los magistrados, que se permiten adoptar todo tipo de posturas avanzadas, creativas, etc.

³⁰³ AGUIAR de Luque, L., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa”, *op. cit.*, p. 30.

3.- UNA POSIBLE REVISIÓN CRÍTICA: EL CONSTITUCIONALISMO POSTSOCIAL COMO CONSTITUCIONALISMO ATENUADO.

Conviene realizar aquí, por último, una aclaración sobre las relaciones entre justicia constitucional y constitucionalismo en la actualidad (entendiendo por actualidad, digamos, los últimos 20 años). Esta aclaración resulta necesaria porque existe un riesgo de estar cometiendo un error simétrico al analizado en las páginas anteriores, sólo que referido a nuestros tiempos.

Efectivamente, las tensiones existentes entre el Tribunal Constitucional y otros poderes y la crítica a su papel activista, etc. tienen como fundamento último una inadecuación entre teoría y realidad constitucional. Como se ha dicho hasta la saciedad, las constituciones a lo largo del siglo XX incorporaron contenidos fuertemente valorativos (los derechos fundamentales, principalmente) que transformaron la propia noción de Constitución, mientras que la teoría que sustentaba a los Tribunales Constitucionales seguía apoyándose en una concepción puramente formal de la Constitución, una Constitución fundamentalmente procesal, avalorativa, liberal si se quiere.

Algo semejante, aunque de signo inverso, podría estar pasando en la actualidad. Cuando la doctrina trata de elaborar una explicación de la justicia constitucional que dé cuenta de su activismo, de su relación con principios y valores, de su noción compleja de la división de poderes, etc. las constituciones están dando indicios de cambio que se alejan, justamente, de ese modelo. Es a lo que aquí denominaremos constitucionalismo postsocial como constitucionalismo atenuado del que, acaso, la Constitución española, con todas las contradicciones que se derivan de su atípico proceso de elaboración y aprobación, constituya un ejemplo destacado.

El constitucionalismo, ya sea liberal o social, tiene como carácter distintivo, justamente, su pretensión “constituyente”, es decir, su pretensión de “constituir” la realidad, de “crearla” adaptada a unos ciertos patrones normativos (separación estado-

sociedad, división y separación de poderes, reconocimiento de la libertad individual, etc.). Esta pretensión es la que, si lo que aquí se sostiene es correcto, habría entrado en crisis.

O, si se prefiere, podríamos afirmar que el derecho, todo derecho, tiene dos pretensiones fundamentales: una legitimadora o valorativa (afirmar qué es lo bueno y lo malo, establecer un juicio de permisibilidad como expresión de una escala de valores) y una función ordenadora (la pretensión de que las conductas se adapten a un determinado patrón social). Pues bien, las Constituciones del constitucionalismo social mostraron ambos caracteres en su máxima expresión eran constituciones, diría Gomes Canotilho, dirigentes. Realizaban una fuerte afirmación moral (eran fuertemente legitimadoras en la medida en que expresaban un pacto básico social entre capital y trabajo³⁰⁴) y, también, fuertemente dirigentes, se autoafirmaban como norma suprema, de aplicabilidad directa, ordenadoras del sistema de fuentes y, en general, rectoras de la vida política y social. Ello nada tiene de particular si consideramos que, a diferencia de las constituciones liberales expresión de una sola clase social y por tanto sin reconocimiento jurídico del conflicto, las constituciones sociales, hijas del sufragio universal y de las luchas obreras, feministas, etc., reconocen en su interior el conflicto y lo expresan en su articulado. Son las clases sociales en conflicto las garantes últimas de esta normatividad constitucional.

Pues bien, las constituciones postsociales (las aprobadas una vez que se desencadena la crisis del Estado social: como la española o todas las aprobadas en los países del Este en los noventa, o algunas de las latinoamericanas de los ochenta y noventa) habrían perdido, en muy buena medida, la segunda de las dimensiones, conservando tan sólo la primera de ellas. Se trata, más bien de instrumentos de legitimación (en la medida en que no parece haber una alternativa inmediatamente viable a la legitimación democrática que otorgan las elecciones) que de ordenación. La ordenación de la vida estatal y social habría empezado a tomar otros caminos.

³⁰⁴ Véase la exposición clásica sobre esta materia en CABO Martín, Carlos de, La Crisis del Estado Social, PPU, Barcelona, 1986.

Estos caminos más aconstitucionales que inconstitucionales son de diferente tipo. De un lado, la devolución (o toma por parte de éstos) del poder público a los agentes privados del mercado exacerbada por la globalización³⁰⁵ económica y el dominio del capitalismo financiero que se expresa, de un lado, en la desregulación estatal y, de otro, en la constitución de un orden normativo (para)legal por parte de estos agentes económicos (INCOTERMS, Acuerdo Multilateral de Inversiones, Acuerdos del GATT, etc.). De otro, por la cesión a organismos internacionales de competencias típicamente estatales (banco central, regulación de fronteras, moneda, etc.). Paradigmáticamente, en el caso de la Unión Europea. Ahora bien, conviene advertir que el Derecho Comunitario es, en muy buena medida, un no-derecho por su particularismo, su ultra-inflación legislativa, su carácter no principal, su cesión ante las decisiones políticas, etc. Es decir, que no se trata tanto de una cesión controlada a organismos supranacionales como de dejación de funciones. Dejación correspondiente a la destrucción del Estado social del que las Constituciones sociales eran expresión.

Si este marco conceptual es correcto, quedan enormemente relativizadas las cuestiones que se refieren a la posición del Tribunal Constitucional dentro del marco de poderes estatales, a su actividad para o cuasi legislativa, a sus enfrentamientos con otros poderes, etc. Si una parte considerable de lo que expresaban las constituciones sociales (y de lo que expresan aquellas que siguen en vigor sin haber sido reformadas) o ha desaparecido o no se cumple en la actualidad, o ha sido transferido a realidades extraestatales (públicas o privadas), no parece tener mucho sentido el control que el Tribunal pueda ejercer sobre la normatividad constitucional, ya de por sí o no pretendida o imposible de conseguir por razones no normativas sino fácticas. Las críticas al activismo judicial y a la no democrática del Tribunal Constitucional podrían estar siendo dirigidas a un enemigo que ha dejado de existir.

La doctrina (incluida la que aquí se expone), acaso, tendría que actualizarse nuevamente si no quiere correr el riesgo de convertirse en un comentarista inútil de

³⁰⁵ En general, véase, CABO de la Vega, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa, Universidad de Alicante, Alicante, 2000 y la bibliografía que allí se cita.

hechos del pasado, en lugar de un intérprete actual de las capacidades proyectivas del derecho.

II.- LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESTADOS UNIDOS. DE LOS HECHOS A LA TEORÍA: LA OBSESIÓN CONTRAMAYORITARIA.

El papel de la jurisdicción constitucional estadounidense no puede exagerarse. No sólo se trata de la jurisdicción constitucional más antigua, de la única que ha permanecido en activo (casi³⁰⁶) sin interrupción, sino que buena parte de las discusiones doctrinales más importantes acerca de la justicia constitucional se han producido en Estados Unidos.

Como luego se verá, además, existe un cierto consenso doctrinal en que la forma difusa de justicia constitucional es menos problemática desde el punto de vista de su legitimidad democrática y desde el punto de vista de su capacidad discursiva de insertarse en el marco más amplio de las instituciones participativas del Estado. Justamente, esta mayor democraticidad *a priori*, de la justicia difusa aconseja adoptar como hilo conductor de esta exposición lo que se ha denominado la “obsesión”³⁰⁷ de la doctrina constitucional norteamericana³⁰⁸: el problema de la objeción contramayoritaria. Efectivamente, si la justicia constitucional más democrática no supera el test de democraticidad, poco sentido tiene aplicárselo a la que, de antemano, se sabe que lo es menos.

A tal fin este epígrafe se estructurará en dos partes. En la primera, se repasarán los hechos históricos que han dado lugar al surgimiento de esta polémica y a su evolución a lo largo del tiempo. En la segunda, por el contrario, se expondrán algunas

³⁰⁶ Vid. SOIFER, Aviam, “The Disability Term: Dignity, Default, and Negative Capability”, en *University of California Los Angeles (UCLA) Law Review*, vol. 47, 2000, pp. 1331.

³⁰⁷ La frase proviene de FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York Law Review*, núm. 73, 1998, p. 334.

³⁰⁸ “Hardly a year goes by without some learned professor announcing that he has discovered the final solution to the countermajoritarian difficulty, or, even more darkly, that the countermajoritarian difficulty is insoluble”, ACKERMAN, Bruce A., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, en *Yale University Law Journal*, núm. 93, 1984, p. 1013. En otros contextos, sin embargo, este problema se ha considerado un problema menor, así Gargarella afirma que “–según algunos autores– la presencia de esta situación anómala [la dependencia judicial de la política] debe llevarnos a dejar de lado cualquier otra preocupación adicional en torno a la justicia, como la referida a su carácter contramayoritario” (GARGARELLA, R., La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, *op. cit.*, p. 228, posición que, sin embargo, él no comparte, *vid.* p. 235.

de las interpretaciones doctrinales más representativas sobre estos mismos hechos, tales como las de Dworkin, Ely, etc.

Ello en coherencia con lo que antes se dijo de la peculiaridad de la evolución norteamericana de caminar desde los hechos a la teoría, en lugar de lo que sucede con la experiencia europea que lo hace en sentido inverso. Como se verá, aunque las “dificultades contramayoritarias” existieron (casi) desde un primer momento en diferentes ocasiones, no será hasta una época relativamente tardía que dichas dificultades se conviertan en una “obsesión” para la doctrina y para la propia Corte.

1.- DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PODER POLÍTICO EN ESTADOS UNIDOS.

Naturalmente, aunque por razones académicas se separan aquí las cuestiones históricas (epígrafe 1) y las cuestiones teóricas (epígrafe 2), es obvio que los acontecimientos nunca se presentan desnudos sino que son el resultado de una determinada interpretación. Por ello, existen diferentes posturas en la doctrina sobre cómo debe periodizarse la historia de estas relaciones entre Tribunal Supremo y poder político que aquí estudiaremos bajo el epígrafe general de la objeción contramayoritaria.

Podemos decir que existen, en primer lugar, dos tipos de acercamientos, los que podríamos llamar estrictos y los que podríamos llamar genéricos. Para los primeros, el problema de la objeción contramayoritaria sería exclusivamente un problema de nuestro siglo, digamos desde que fue reconocido en forma clásica en la obra de Bickel. Así, Erwin Chemerinsky³⁰⁹, Morton J. Horwitz³¹⁰, Louis Michael Seidman³¹¹, Mark V. Tushnet³¹², Juan Carlos Bayón³¹³, Xavier Arbós³¹⁴, etc. Estos autores tomarían como base histórica para su punto de vista la escasa actividad de control del Tribunal Supremo en su fase inicial³¹⁵. Para los segundos, por el contrario, la dificultad contramayoritaria

³⁰⁹ CHEMERINSKY, Erwin, “The Supreme Court, 1988 Term – Foreword: The Vanishing Constitution”, en *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 43, 1989, p. 71 (“Most constitutional scholars for the past quarter-century [...] have seen the task of constitutional theory as defining a role for the Court that is consistent with majoritarian principles”).

³¹⁰ HORWITZ, Morton J., “The Supreme Court, 1992 Term - Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism”, en *Harvard Law Review*, vol. 107, núm. 30, 1993, p. 63: “The competing conceptions of democracy and its relationship to judicial review [...] have framed the central debates in American constitutional theory during the past 50 years”.

³¹¹ SEIDMAN, Louis Michael, “Ambivalence and accountability” en *South California Law Review*, vol. 61, 1988, p. 1573: “The attempt to reconcile judicial independence with democratic premises has preoccupied several generations of political theorists and academic lawyers”.

³¹² TUSHNET, Mark V., “Anti-formalism in Recent Constitutional Theory”, en *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, p. 1502: “Constitutional theory consists in the main of theories of judicial review. Almost all recent work in that field takes as its central problem what Alexander Bickel called the ‘countermajoritarian difficulty’ with judicial review”.

³¹³ BAYÓN, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985, pp. 137 a 153.

³¹⁴ ARBÓS, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 44, 1995, p. 263-298.

³¹⁵ “Antes de la guerra civil se consideró que sólo dos leyes federales y unas 36 leyes del Estado violaban la constitución”, WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, traducción

constituye, digamos, una vertiente estructural de la justicia constitucional y, por tanto, está siempre inscrita en la misma. Estos autores son, entre otros, Ch. Wolfe³¹⁶, J. Dorado Porras³¹⁷, Charles Warren³¹⁸, Gerardo Pisarello³¹⁹ o Barry Friedman³²⁰, etc.

En el presente trabajo, por razones que se especificarán más adelante, se adoptará la segunda postura. Pero, incluso dentro de esta orientación, existen también diferentes puntos de vista, según sea el interés prioritario en la exposición. Básicamente, podemos distinguir tres posiciones diferentes ejemplificadas por Wolfe, Dorado Porras y Friedman.

Para Wolfe³²¹ el problema fundamental que pretende estudiar es el de la evolución de la interpretación. Por tanto, en su exposición, privilegia, de un lado, obviamente, la relación entre interpretación y posición política del tribunal y, de otro, los factores dinámicos que conducen de una fase histórica a la siguiente.

Wolfe distingue tres etapas en la evolución del control judicial en Estados Unidos, las que denomina: “tradicional”, “la era de la transición” y “la era moderna”. La etapa tradicional se extendería desde la Constitución de 1798 hasta finales del siglo

de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel Civitas, Madrid, 1991, p. 161.

³¹⁶ *Op. cit.*

³¹⁷ DORADO Porras, Javier, El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 3, Dickynson, Madrid, 1997.

³¹⁸ WARREN, Charles, The Supreme Court in the United States History, Little Brown & Co., Boston, 1926.

³¹⁹ PISARELLO, Gerardo, “Jueces y Constitución en los Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-julio, 2000, pp. 273-284.

³²⁰ Barry Friedman es en la actualidad el autor más importante en materia de estudio de la objeción contramayoritaria desde el punto de vista histórico. El profesor Friedman está embarcado en un proyecto de amplio aliento del que sólo algunas partes están ya disponibles. En concreto, la parte I en “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2, pp. 333-433, la parte IV “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 4, 2000, pp. 971-1064; y la parte V “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, en <http://papers.tcnj.edu/abstracts/095/095001FriedmanBa.htm> (visitada el 14/06/01), Y el resto aún sin publicar, pero cuyos borradores han sido facilitados por el autor (The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstructions’s Political Court” y en “The History of the Countermajoritarian Difficulty Part III: The Lesson of Lochner”). Por otra parte, el profesor Barry Friedman ha expuesto lo que podemos considerar las bases teóricas de su estudio histórico en “Dialogue and Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, pp. 577-682.

³²¹ WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

XIX (1890) y se caracteriza por la “presunción de que la Constitución era a la vez inteligible –tenía un contenido real, o verdadero, que podía percibirse si la leía adecuadamente– y sustantiva –establecía principios tan claros y definidos que podían aplicarse como reglas de derecho y no se limitaba a proclamar vagas generalidades–. El control judicial consistía simplemente en establecer la supremacía de la regla constitucional sobre cualquier acto legislativo o ejecutivo que pudiese oponerse a ella”. Pese a ello, Wolfe sostiene la existencia de dos variantes de control dentro de esta misma época, el que denomina “tipo Marbury-control judicial moderado” (interpretativo) y el tipo de “los principios de justicia natural” (no interpretativo). En opinión de Wolfe, el modo dominante durante esta primera época habría sido el interpretativo³²². Casos típicos de esta época serían, a parte del citado, *Marbury*, *Cohens v. Virginia* (12 Wheaton 213 (1821)). El paso de esta etapa a la siguiente estaría marcado, fundamentalmente, por la aprobación de la Decimocuarta Enmienda como consecuencia de la Guerra Civil.

La era de la transición se extendería desde finales del siglo XIX hasta 1937. En esta etapa el Tribunal “transformó el control judicial en una defensa no tanto de la Constitución cuanto del derecho natural (o, para ser más precisos, de los derechos naturales) y sobre todo del derecho de propiedad”³²³. Durante esta etapa el Tribunal abrazó las convicciones económicas liberales (*laissez faire*) para evitar toda regulación estatal de la vida económica. Ejemplo característico de esta etapa de control sería la sentencia *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 (1905)). Esta nueva actitud supuso, de hecho, pasar del “juicio” a la “voluntad” judicial. O, si se prefiere, de la mera interpretación a la (cuasi)legislación. El Tribunal entendió el “proceso debido económico sustantivo” como “una garantía general, ejecutable judicialmente, contra la privación “arbitraria” de la vida, la libertad y la propiedad”. La forma principal de dicha legislación arbitraria, según el Tribunal, era la privación de propiedad sin el debido proceso legal, bajo la forma de la creciente reglamentación económica o comercial de dicho período”³²⁴. El paso de esta etapa a la siguiente estaría marcado por la amenaza

³²² *Ibidem*, p. 156.

³²³ *Ibidem*, p. 16.

³²⁴ *Ibidem*, p. 167.

del Presidente Roosevelt de restringir los poderes del Tribunal (*court-packing*) si impedía el desarrollo del New Deal.

La era moderna se extendería desde 1937 hasta la actualidad (1991)³²⁵. Esta etapa se caracterizaría por un desplazamiento del activismo judicial de los asuntos económicos de la etapa anterior a las libertades civiles. En *West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397 (1937)) que revocaba precedentes típicos de la etapa anterior (*Adkins*³²⁶ y *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*³²⁷) el Tribunal abandonó su activismo económico, hasta el punto de que ya apenas nunca volvería a anular ninguna regulación económica conforme a la cláusula del proceso debido. En su lugar, el Tribunal utilizó como herramientas fundamentales de su activismo la Primera Enmienda, los derechos de los acusados en distintos preceptos de varias declaraciones de derechos, y la cláusula de igual protección de la Enmienda Decimocuarta. Ejemplos típicos de su actuación en esta etapa serían *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)) que declaraba ilegal la segregación en las escuelas públicas o *Miranda v. Arizona* (348 U.S. 436 (1966)), sobre los derechos de los detenidos. Las virtudes de este tipo de enfoque quedarían encarnadas, fundamentalmente, en Tribunal Warren (1953).

Dorado Porras, por el contrario, tiene un interés que podríamos clasificar de “interpretativo sistemático”. En su trabajo, no se pretende tanto una “historia” de la interpretación, como una “clasificación” doctrinal de la misma. Justamente por ello predominan, digamos, los factores “estáticos”, estructurales o teóricos de cada una de las posiciones adoptadas (históricamente) por el Tribunal.

Dorado Porras pretende establecer una suerte de mapa topográfico de las diferentes posturas del debate en torno a la *judicial review*. En su opinión, ello puede hacerse tomando en cuenta dos planos distintos, en cada uno de los cuales pueden

³²⁵ Conviene tener en cuenta esta fecha porque, como luego se verá, existe un cierto consenso en que la última década del Tribunal Supremo podría constituir una etapa diferente. Entre otras cosas, deben tenerse en cuenta las estadísticas de la última década publicadas en la *Harvard Law Review* vol. 114, 2000.

³²⁶ *Adkins v. Children's Hospital*, 61 U.S. 525 (1923).

³²⁷ 298 U.S. 587 (1936).

distinguirse dos posturas opuestas, las dos últimas de las cuales, se dividen, a su vez, en otras dos. Lo cual, como es lógico, arroja un total de ocho posicionamientos teóricos posibles. Hay que aclarar, sin embargo, que, en opinión de Porras, ambos planos no tienen la misma importancia siendo, en último término, determinante el primero de ellos³²⁸.

Por un lado, el plano ideológico-político referido “a la función judicial y que presenta la lucha entre el activismo judicial y la auto-restricción judicial (*activism v. self-restraint*)” y, por otro, el plano “técnico jurídico, referido al método de la interpretación y que recoge también dos posiciones contrarias, el interpretativismo y el no-interpretativismo (*interpretativism v. non-interpretativism*)”³²⁹. A su vez, el interpretativismo se dividiría en interpretativismo estricto u originalismo e interpretativismo moderado. Y el no-interpretativismo se dividiría en no-interpretativismo moderado o deferencia judicial y el no-interpretativismo estricto.

Entendiendo por interpretativismo aquella postura que mantiene “que la Constitución, y en concreto los derechos fundamentales tienen un significado unívoco que el juez constitucional puede averiguar sin recurrir a fuentes extraconstitucionales”. Y, por no interpretativismo, aquella postura que mantiene “que junto a determinados preceptos constitucionales precisos o claros, existen también otros preceptos de la Constitución indeterminados o vagos, entre los que se encontrarían los derechos fundamentales, cuya interpretación por el juez constitucional no es más que una de entre las diversas interpretaciones posibles”³³⁰.

Siguiendo la interpretación que de la obra de Dorado Porras realiza Pisarello, podemos decir que “el trasfondo del debate sobre el control judicial de

³²⁸ “Estas posiciones nos sirven para tomar conciencia de que el verdadero problema de la judicial review es el del criterio ideológico político: la aceptación o no del activismo judicial”, DORADO Porras, J., El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, *op. cit.*, p. 133. Sobre este asunto, véase PISARELLO, Gerardo, “Jueces y constitución en Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, *op. cit.*, p. 274.

³²⁹ DORADO Porras, J., El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, *op. cit.*, p. 7.

³³⁰ *Ibidem*, p. 8.

constitucionalidad se resuelve en una toma de posición ideológica sobre el activismo [por lo que] nos coloca ante una opción de tipo axiológico, cuyo contenido no viene dado de antemano y depende, por consiguiente, de la postura que asuma el intérprete”³³¹.

Por ello, en realidad, las posturas se agrupan en detractores y partidarios del activismo judicial. Dentro del primer grupo estarían los interpretativistas estrictos u originalistas que sostienen que es posible extraer un significado unívoco de la Constitución, determinable por la voluntad o intención de los constituyentes (*original intent*). Esta doctrina surge, principalmente, como crítica a los Tribunales progresistas Warren y Burger y estaría representada por los jueces Rehnquist, Bork, Scalia o Berger³³².

Y también los no-interpretativistas moderados, esta postura sería la clásica de la *judicial review* basándose en la deferencia judicial (*judicial deference*). Según esta doctrina, la Constitución es un documento que en términos generales está redactado en un lenguaje relativamente equívoco que permite diferentes interpretaciones. Por ello, debe respetarse la interpretación que de dicho documento realice el legislador ya que es el representante legítimo del pueblo. El Tribunal Supremo debe, por tanto, practicar la deferencia judicial en relación con el legislativo y actuar con una presunción de constitucionalidad de la legislación de que se trate. Uno de los representantes más destacados sería el juez Oliver Wendell Holmes, quien basándose en la teoría de la judicial deference elaborada por vez primera por Thayer reaccionó contra el activismo económico del Tribunal del *laissez faire*³³³. Postura semejante adoptarían los jueces Brandeis y Frankfurter. En esta misma línea se manifestaría posteriormente, como luego se verá, John Hart Ely³³⁴.

³³¹ PISARELLO, Gerardo, “Jueces y constitución en Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, *op. cit.*, p. 276.

³³² Autor de lo que se considera la base teórica del originalismo, *vid.* BERGER, Raoul, Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977. También, *Íd.*, Congress v. The Supreme Court, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1969.

³³³ Postura que claramente manifestó en su voto particular a la citada sentencia *Lochner v. Nueva York*.

³³⁴ ELY, John Hart, Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Siglo del Hombre

Dentro de los partidarios del activismo judicial, estarían, por una parte, los interpretativistas moderados doctrinalmente representados por Ronald Dworkin³³⁵. Esta postura mantendrá, al igual que los interpretativista estrictos, que la Constitución contiene preceptos de significado unívoco, pero a diferencia de ellos, dicho significado no se alcanzará investigando la *original intent*, sino como resultado de un proceso de construcción llevado a cabo por los jueces constitucionales a partir del texto constitucional.

Por otro lado, estarían, los no interpretativistas estrictos quienes piensan que la determinación de las cláusulas imprecisas de la Constitución debe realizarlas el juez a través de una interpretación única, aun y cuando, ella no provenga de dicho documento. Como ejemplo de esta postura podríamos destacar la teoría sostenida por M. J. Perry³³⁶.

Como acertadamente ha señalado Pisarello, no existe una identidad entre posturas interpretativistas y posturas conservadoras o entre posturas no interpretativistas y posturas progresistas ni viceversa. Efectivamente, siguiendo su clasificación podemos considerar que el interpretativismo estricto u originalismo es de carácter conservador, mientras que el no-interpretativismo moderado lo sería de carácter progresista. A su vez, el interpretativismo moderado sería un “activismo progresista” y el no-interpretativismo estricto resultaría “una actitud que propicia una hermenéutica progresista pero que mantiene una actitud de radical escepticismo en cuanto a la posibilidad de determinación de áreas claras de aplicación de las normas”³³⁷.

Barry Friedman, por su parte, pretende establecer el vínculo entre lo que él denomina “framing factors” (a) la medida en que las decisiones judiciales resultan impopulares para un grupo lo suficientemente importante como para permitirse afirmar

Editores, Santafé de Bogotá, Colombia 1997 (trad. Magdalena Holguín).

³³⁵ DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel, Barcelona, 1989 (trad. Marta Guastavino)

³³⁶ PERRY, M. J., The constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary, Yale University Press, New Haven-London, 1982.

³³⁷ PISARELLO, Gerardo, “Jueces y constitución en Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, *op. cit.*, p. 280.

que habla en nombre del “pueblo”; *b*) la medida en que tales decisiones se adoptan en un momento en el que la opinión pública es partidaria de una forma relativamente popular o directa de democracia; *c*) si en el momento en que se adoptan las decisiones existe una confianza relativa en la determinabilidad de la interpretación judicial; *d*) si tales decisiones se adoptan durante un período de supremacía constitucional) y la fuerza relativa de la crítica contramayoritaria. Es decir, pretende establecer cuáles son los caracteres históricos que determinan que un mismo acontecimiento pueda ser interpretado en clave contramayoritaria o en clave deferente. Por ello, Friedman tiene una posición compleja en la que trata de interrelacionar históricamente los factores estructurales, las decisiones y la dinámica de su evolución. Esta posición parece la más prometedora desde el punto de vista heurístico y será, con algunas modificaciones, la que se adoptará en el presente apartado.

Se comenzará, pues, con el repaso histórico de las diferentes situaciones y de los diferentes acontecimientos que han dado lugar al surgimiento de este debate sobre la posición contramayoritaria del Tribunal. Para terminar con el análisis teórico de las posturas existentes sobre el mismo.

a) Jefferson.

La dificultad contramayoritaria se plantea explícitamente por primera vez como resultado de los hechos que condujeron a la elección de Jefferson en 1800. Efectivamente, aunque Jefferson obtuvo los mismos votos electorales que el Candidato Burr en el Colegio Electoral³³⁸, era un hecho que el Partido Demócrata-Republicano había copado la práctica totalidad de los puestos electivos. En ese contexto, los Federalistas trataron de defender su posición refugiándose en el Poder Judicial. En concreto, en 1801 aprobaron la Judges Act, que creaba dieciséis Tribunales de Circuito nacionales y eximía a los Jueces del Supremo de su obligación de “ride circuit”. Igualmente, se autorizó por ley al Presidente (Ley de 27 de febrero, 1801 ch. 15, § 11, 2 Stat. 103, 107) a nombrar Jueces para el Distrito de Columbia. Adams, efectivamente, nombró a 42 nuevos jueces de ascendencia Federalista³³⁹. Como es sobradamente conocido estos hechos son los que, en su momento, conducirían a la sentencia del caso *Marbury v. Madison* de 1803. Lo que importa, sin embargo, destacar ahora es que este marco en el que existe un partido (el Demócrata-Republicano) con fuerte apoyo popular e inclinaciones pro-democráticas (o aun populistas) y un partido (el Federalista) refugiado en los jueces y contrario al sufragio universal³⁴⁰, constituye el terreno ideal para el surgimiento de debates contramayoritarios.

Dichos debates, efectivamente, se produjeron en torno a tres cuestiones: The Repeal Act, el impeachment de Chase y los juicios por conspiración de Burr.

Los debates que se produjeron para la aprobación de la Repeal Act (la derogación de la Circuit Judges Act) son un primer ejemplo de este debate. Aunque Jefferson, inicialmente, planteó la derogación como una medida económica alegando que “There was not enough work to occupy the judicial establishment erected by the

³³⁸ Problema que tuvo que resolver en última instancia la Cámara de Representantes y que abrió las puertas a la aprobación de la Duodécima Enmienda.

³³⁹ Los llamados “Jueces de la Medianoche”

³⁴⁰ Según el Juez Chase el sufragio universal “destruirá, sin duda y con prontitud, toda protección a la propiedad y toda seguridad de la libertad personal, hundiendo nuestra Constitución republicana en una oclocracia (mobocracy)”, cit. por WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, *op.*

Federalists”³⁴¹, en seguida se hizo evidente que el debate concernía al papel del poder judicial en el sistema constitucional y en la división de poderes. Mientras los Federalistas insistieron una y otra vez sobre la necesidad de que el Poder Judicial gozara de independencia, los Republicanos insistían, en su lugar, en su fe en el pueblo³⁴² (cuya voluntad expresa el Congreso). Más aun, en un sistema de “check and balances”, los Republicanos defendían la necesidad de frenos y contrapesos también frente a un poder judicial politizado e ilegítimo³⁴³.

Una segunda ocasión para estos debates se dio como consecuencia de las protestas por favoritismo entre los “Jueces de la Medianoche” que culminarían en el *impeachment* del Juez Chase. La actividad partisana de los jueces nombrados *in extremis* por Adams no era más que la punta del iceberg de la fuerte implicación existente entre poder político y poder judicial. Efectivamente, en el momento de la llegada al poder de Jefferson era corriente que los Jueces del Supremo disfrutaran, además, de puestos en (o dependientes del) poder ejecutivo. Por ejemplo, Jay y Ellsworth eran embajadores y el propio Marshall (Presidente), Secretario de Estado. Muchos jueces utilizaban sus tribunales como verdaderas tribunas desde las que dar curso a sus convicciones políticas. Chase se significó particularmente en esta materia en los juicios contra Thomas Callender al amparo de la Sedition Act. Los Republicanos pusieron en marcha una importante campaña para destituirlo mediante el *impeachment*. El debate, en esta ocasión, era si el *impeachment* es un mecanismo de exigencia de responsabilidad criminal o una forma de destitución política de los magistrados. Aunque no se alcanzaron los votos necesarios en el Senado (sólo 19, frente a los 23 exigidos), se produjo un fuerte debate sobre quién debía decir la última palabra en las discusiones entre poder judicial y poder político. El propio Marshall para evitar lo que a su juicio

cit., p. 276.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 204.

³⁴² “For these judges, thus rendered omnipotent, may overleap the Constitution and trample on your laws; they may laugh the Legislature to scorn, and set the Nation at defiance” (11 Annals of Congress, 824 (1802) (intervención del Diputado Nicholson).

³⁴³ “It is said that the different departments of government are to be checks on each other, and that the courts are to check the Legislature. If this be true, I will ask where they got that power and who checks the court when they violate the Constitution? Would they not, by this doctrine, have the absolute direction of the government? To whom are they responsible?” (11 Annals of Cong. 178-179 (1802), intervención del Senador Breckinridge).

era un uso desviado del *impeachment*, propuso que el Congreso tuviera la capacidad de revisar las decisiones del Tribunal Supremo³⁴⁴.

Una tercera ronda de críticas contramayoritarias se produjo como consecuencia de la actuación de Marshall en los Juicios por Conspiración Burr. En este caso, Marshall se opuso a los deseos políticos de Jefferson y lo hizo contraviniendo lo que parecían precedentes judiciales claros sobre la materia. En *Ex Parte Bollman*, 8 U.S. (4 Cranch) 75, 126-127 (1807), el Tribunal había definido jurisprudencialmente el concepto de traición. Jefferson trató de imputar a Burr dicho delito precipitando una guerra contra España. Marshall, sin embargo, se separó del precedente y condujo al jurado hacia un veredicto de no culpabilidad. En esta ocasión, los Federalistas aplaudieron la decisión como un ejemplo de independencia judicial en defensa de las libertades individuales, mientras los Republicanos exigían al Tribunal que actuara en consonancia con los deseos del poder político. La discusión se tradujo en diferentes medidas (unas adoptadas y otras no) tendentes a la remoción política de los jueces, a la supresión de su competencia penal o sobre su capacidad de expedir *writs of habeas corpus*.

Aplicando el modelo teórico propuesto por Friedman a esta primera fase de enfrentamientos entre poder político y poder judicial, podemos alcanzar las siguientes conclusiones. En primer lugar, parece evidente que, pese a tratarse de partidos fuertemente elitistas, es indudable que Jefferson y Madison impulsaron un entendimiento “popular” de la democracia, incluyendo la creación del primer periódico republicano la “National Gazette” y que la participación popular alcanzó en 1800 su punto más alto antes de 1828³⁴⁵. Sin embargo, el resto de factores estaban presentes en menor medida lo que explica el alcance limitado de la discusión en términos contramayoritarios. En primer lugar, es dudoso que las decisiones finalmente adoptadas por el poder judicial Federalista resultaran contrarias a la voluntad popular. Aunque

³⁴⁴ En carta a Samuel Chase de 23 de enero de 1805, HOBSON, Charles F. y otros (eds.), The Papers of John Marshall, University of North Carolina Press, Chapel Hill (N.C.), 1990, vol. 6, p. 347.

³⁴⁵ McCORMICK, Richard Patrick, *The presidential game: the origins of American presidential politics*, Oxford University Press, Nueva York, 1982, p. 71.

existe una considerable dosis de incertidumbre en esta materia, dado que no existen encuestas u otros mecanismos análogos de control, parece existir un cierto consenso doctrinal en que, como sostiene, Mark Graber, “el Tribunal se mantuvo en relativa sintonía con la opinión pública”³⁴⁶.

La discusión se produjo, por tanto, en dos planos, como posibilidad “teórica” de que se llegara a un conflicto real, y en aquellas áreas concretas en que el conflicto era posible. Un conflicto teórico porque las declaraciones de *Marbury* abrían la posibilidad de entender al Tribunal como garante de la Supremacía Constitucional y, por tanto, juez último con capacidad de vincular en sus decisiones al resto de poderes. Conviene señalar que aquí se califica este debate de “teórico” por dos razones. En primer lugar, porque ni la sentencia de *Marbury* ni las otras discutidas obligaban al resto de poderes a hacer nada, por lo que éstos podían seguir manteniendo sus propias interpretaciones sin entrar en un conflicto “real”. Y, en segundo lugar, porque parece aceptado que, desde luego, esta posible interpretación de *Marbury* no era la predominante entre los actores políticos y jurídicos del momento. Valgan, por todos, las palabras de Jefferson: “The opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the legislature and executive also, in their spheres, would make the judiciary a despotic branch”³⁴⁷. O, para decirlo en términos más técnicos, en aquel momento estaba separado el debate sobre la *judicial review* del debate sobre la supremacía judicial. El primero se refería exclusivamente a la selección de fuentes por parte de los Tribunales a la hora de decidir los casos de su competencia, la segunda, por el contrario, se refiere a en qué medida las interpretaciones judiciales resultan vinculantes para otros posibles litigantes, incluyendo a los poderes federales y estatales. O, si se prefiere, si las interpretaciones judiciales se convierten en el sentido único de la Constitución y, por tanto, obligatorias *erga omnes*.

³⁴⁶ Vid. GRABER, Mark A., “Federalist or Friends of Adams: The Marshall Court and Party Politics”, en *Stud. A. Pol. Dev.*, núm. 11, 1998.

³⁴⁷ Carta de Jefferson a John Adams, de 11 de septiembre de 1804, en BERGH, Albert Elelery (ed.), The Writings of Thomas Jefferson, Memorial edition, Washington D.C., 1903, p. 51.

Se comprende, así, que la discusión se produjera justamente en torno a los casos citados en los que, al tratarse de decisiones individuales sobre casos concretos, el Tribunal Supremo actuaba totalmente dentro de su competencia y podía imponer sus interpretaciones sin por ello predeterminar una posición de supremacía. Era, justamente, cuando el Tribunal necesitaba de los otros poderes, cuando se ponía de manifiesto que éstos no la admitían³⁴⁸.

³⁴⁸ En el caso Burr (citado), Jefferson se negó a ejecutar la *subpoena* expedida por Marshall contra el Presidente, alegando que “They [el Tribunal Supremo] cannot issue a mandamus to the President or legislature, or to any of their officers”.

b) Jackson.

El segundo momento histórico en que aparecen tensiones entre el Tribunal y el poder político es en la era de Jackson. Aunque según la “conventional story [...] Jackson was at war with the Supreme Court”³⁴⁹, sin embargo, esta “guerra” no se libró en términos de debate contramayoritario. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la escasa agenda política nacional del Presidente no facilitaba los conflictos directos con el Tribunal (no en vano, el Tribunal no anuló ninguna norma federal entre *Marbury* y *Dred Scott* (1856, *vid. infra*)). Éstos se referían, sin embargo, a los derechos de los estados lo cual se explica, a su vez, por el relativo activismo del Tribunal a la hora de anular regulaciones estatales³⁵⁰.

Ahora bien, este tipo de conflictos hacen más difícil el surgimiento del debate en los citados términos por dos razones: en primer lugar, porque los estados se limitaron, en general, a incumplir o desafiar las decisiones del Tribunal (contando con el respaldo implícito presidencial) y porque, con frecuencia, los estados no creían estar en posición “mayoritaria”. Hay que tener presente que, en muchas ocasiones, se trataba de asuntos que afectaban sólo a un estado (o a un grupo pequeño de estados) por lo que no podría afirmarse que la decisión del Tribunal fuera contraria a la “mayoría de la nación” y que, además, el discurso “estatalista” es un discurso “soberanistas” no “mayoritarista”.

La cuestión soberanista y la desobediencia están, naturalmente, estrechamente relacionadas. Es, justamente, la llamada “compact theory” (la que sostiene que los estados tienen un pacto entre sí, del que son únicos jueces y partes) la que conduce a la desobediencia abierta a las órdenes del Tribunal Supremo. Ejemplos de esta actitud fueron los casos “Cherokee”. Estos casos surgen como consecuencia de la decisión del estado de Georgia de anular (*nullification*) los tratados firmados entre el Congreso y las

³⁴⁹ FRIEDMAN, B., “The History of Countermajoritarian Difficulty Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 381.

³⁵⁰ Una enumeración de los casos de “soberanía” del Tribunal Marshall entre 1819 y 1824, *vid. HOBSON, Charles F., The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, Kansas University Press, Kansas, 1996, pp. 115-116. El principal estudio de los mismos es JESSUP, Dwight Wiley, *Reaction and Accommodation: The United States Supreme Court and Conflict: 1809-1835*, Garland, New

tribus indias cherokee, con el fin de autorizar la ocupación violenta de sus tierras por parte de colonos blancos (como consecuencia, entre otras cosas, de haberse descubierto oro en dichos terrenos)³⁵¹. En el primero de ellos³⁵², el estado de Georgia condenó a muerte a un cherokee (Taza de Maíz). Aunque el Tribunal Supremo expidió un *writ of error*, Georgia lo ejecutó. En el segundo (*Worcester v. Georgia*)³⁵³, Georgia encarceló a dos misioneros que trabajaban en tierras cherokees pese a que el Tribunal Supremo sostuvo la inconstitucionalidad de la ley de la que se derivaba. Georgia, sencillamente, se negó a acudir al Tribunal, a admitir su jurisdicción o a dar cumplimiento a ninguna de sus decisiones, y ello en la forma más explícita. La Cámara Legislativa de Georgia aprobó una resolución instruyendo al Gobernador a “que desobedezca todas y cada una de las órdenes o procedimientos que puedan presentársele [...] El estado de Georgia nunca comprometerá su soberanía, como estado independiente, hasta el punto de actuar como parte en un caso suscitado ante el Tribunal Supremo, como consecuencia del *writ* en cuestión”³⁵⁴. Es obvio, por otra parte, que sólo la falta de apoyo del Presidente permitía este tipo de comportamiento estatal. Suele citarse, a este respecto, que Jackson habría declarado en relación con Worcester, “John Marshall ha adoptado su decisión, dejemos, ahora, que trate de hacerla cumplir”³⁵⁵.

Las tendencias en pro de formas de democracia popular o directa que caracterizaron la Era de Jackson, con su ensanchamiento de la base electoral y sus diferentes propuestas de redemocratización de la organización federal (incluyendo la propuesta de elección directa del Presidente y del Vicepresidente) se tradujeron, en esta época, no tanto en críticas directamente contramayoritarias, sino en críticas al poder judicial por su falta de responsabilidad frente al cuerpo político³⁵⁶. Conviene señalar que aunque ambas críticas están estrechamente relacionadas, pueden distinguirse no sólo

York, 1987.

³⁵¹ Sobre estos casos, véase NORGREN, Jill, The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics, McGraw Hill, New York, 1996.

³⁵² *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

³⁵³ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

³⁵⁴ Georgia and the Cherokees, Niles Reg., 8 de enero, 1831, p. 338.

³⁵⁵ WARREN, Charles, The Supreme Court in United States History, *op. cit.*, p. 759.

³⁵⁶ Críticas que se veían incrementadas, indudablemente, por el hecho de que numerosos Federalistas buscaron colocaciones en el poder judicial, justamente, para conseguir la inmunidad, inamovilidad, etc. que estos cargos comportan.

analítica sino prácticamente. Un organismo responsable políticamente puede generar críticas contramayoritarias si en su actuación real, frustra la opinión de la mayoría. Y, al contrario, un cuerpo no responsable, podrá evitar dichas críticas si sus decisiones son coherentes con tales deseos.

c) *Dred Scott*.

La que ha sido definida como “most repugnant and reviled of Supreme Court decisions”³⁵⁷ ocupa una posición sumamente contradictoria en la historia de las relaciones entre poder político y Tribunal Supremo. Ya que aunque se trata de “la primera tentativa desastrosa del Tribunal para resolver una cuestión fundamental de política nacional, sin unas bases constitucionales significativas para su intervención”³⁵⁸, terminó siendo, sin embargo, la que abriría el camino a la supremacía judicial y a una concepción “moderna” de la jurisdicción constitucional³⁵⁹.

En 1848, el Senador Clyton propuso apelar al Tribunal Supremo para resolver el tema de la esclavitud. En su opinión, ello descargaría políticamente la agenda, convirtiendo este problema en un problema jurídico³⁶⁰. Con ello se abrió un período de debate de nueve años sobre la conveniencia de la intervención de los Tribunales. En dicho debate, las posiciones se alinearon, básicamente, en función de las previsiones sobre la hipotética decisión del Tribunal. En 1857, en *Dred Scott v. Sandford*³⁶¹ el Tribunal sostuvo que los esclavos afro-americanos no podían ser ciudadanos de los Estados Unidos, por lo que no podían invocar la jurisdicción de los tribunales federales y el Congreso carecía de facultades para prohibir la esclavitud en los territorios, toda vez que los esclavos constituían una forma de propiedad, protegida por la Constitución por la Cláusula del Debido Proceso.

Aunque es imposible exagerar las reacciones que provocó esta sentencia, sin embargo, la mayor parte de ellas no se realizaron en términos contramayoritarios. La

³⁵⁷ FRIEDMAN, B., “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 415.

³⁵⁸ WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 103.

³⁵⁹ “It is during this period that a subtle shift began towards a more modern conception of the role of the Court. It is ironic that the shift occurred at the same time as such a reviles decisions was rendered, but it is true”, FRIEDMAN, B., “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 422.

³⁶⁰ WARREN, Charles, *The Supreme Court in United States History*, *op. cit.*, p. 209.

³⁶¹ 60 U.S. (19 How.) 393 (1856). Sobre este caso, véase, FINKELMAN, Paul, “The *Dred Scott* Case, Slavery and the Politics of Law”, en *Hamline Law Review*, núm. 20, 1996, y WHITE, G. Edward, *The American Judicial Tradition*, Oxford University Press, Nueva York, 1976.

primera, y acaso determinante, razón de esta aparente paradoja es el hecho de que resulta sumamente discutible que esta decisión fuera, en términos numéricos, contramayoritaria. El Tribunal no hacía más que pronunciarse en la misma línea en la que lo habían hecho, anteriormente, Presidentes de la República, Gobernadores de los Estados, Legislaturas Estatales y, en parte, el propio Congreso de los Estados Unidos en más de una ocasión. Es obvio, sin embargo, que resulta difícil realizar estimaciones numéricas “reales” más allá de las expresadas por los órganos de representación política existentes en ese momento y que habría que comenzar por definir quiénes son “todos” para saber cuál era la opinión de la mayoría. Es decir, que aunque la decisión pudiera ser contramayoritaria en términos de población, desde luego no lo era en términos de los poderes políticos realmente existentes.

En todo caso, podemos ejemplificar las dificultades a la hora de posicionarse con respecto al Tribunal³⁶² en esta época en la figura de Abraham Lincoln. Si unos meses antes de la decisión (1 de agosto de 1856) había declarado: “The Supreme Court of the United States is the tribunal to decide such a question, and we will submit to its decisions; and if you do also [refiriéndose a los pro-esclavistas], there will be an end of the matter. Will you? If not, who are the disunionists, -you, or we?”³⁶³. En 1861, con posterioridad, por tanto, a la decisión, afirmaba: “... if the policy of the government, upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, [...] the people will have ceased to be their own rulers”³⁶⁴.

³⁶² Conviene recordar que estas dificultades se veían agravadas por tres hechos. En primer lugar, porque la norma enjuiciada –el Compromiso de Missouri– era una norma con 37 años de antigüedad (1820) y que, de todos modos, había quedado sin efecto con la aprobación de la Kansas-Nebraska Act de 1854. En segundo lugar, porque al declarar el Tribunal que “lacked jurisdiction”, el resto de las afirmaciones podían tomarse como “dicta” y, por tanto, no fallo vinculante. En tercer lugar, ni siquiera estaba muy clara la formación de mayorías en la decisión en la que todos los jueces escribieron su propio voto particular, en la que para los comentaristas de la época no quedó nada claro qué fue decidido por quién, más allá de la idea general de que el Tribunal se alineaba con las posiciones pro-esclavistas.

³⁶³ Abraham Lincoln en Galena, Illinois, cit. por WARREN, Charles, The Supreme Court in United States History, *op. cit.*, p. 330, n. 1.

³⁶⁴ “First Inaugural Address”, cit. por FRIEDMAN, B., “The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 422.

En definitiva, casi todo el mundo quedó atrapado en una posición notablemente contradictoria ya que quienes, *a priori*, podían ser más partidarios de la existencia de un poder federal fuerte sobre los estados, incluyendo un Tribunal Supremo capaz de anular sus decisiones eran quienes, por motivos sustantivos, estaban en mayor desacuerdo con *Dred*, mientras que quienes defendía la soberanía estatal y, por tanto, la incompetencia de ningún poder federal para interferir en los asuntos de los estados, incluyendo la esclavitud, eran quienes compartían el fondo sustancial de la decisión.

En todo caso, esta decisión entre otros muchos factores, terminaron conduciendo a la Guerra Civil norteamericana y a todo un panorama distinto para la justicia constitucional.

d) La Era de la Reconstrucción.

La llamada Era de la Reconstrucción constituye, obviamente, el momento histórico en que el Tribunal Supremo se vio más acosado por parte del poder político y en el que, consecuentemente, su actividad se vio orientada de forma más obvia por consideraciones extrajudiciales³⁶⁵. Nada tiene ello de particular si consideramos la participación del Tribunal en los actos previos a la Guerra Civil y el resultado de la misma. Los vencedores no tenían la menor intención de volver a perder en los tribunales lo que les había costado una guerra ganar políticamente.

La situación resultaba particularmente compleja porque existía, además, un enfrentamiento entre el Presidente y el Congreso –que terminaría con el intento de *impeachment* de Andrew Johnson³⁶⁶–, sobre en qué términos debían reincorporarse los estados sudistas a la Unión. Ciertas decisiones del Tribunal hacían presagiar que se alinearía con el Presidente³⁶⁷, los Republicanos, que dominaban el Congreso, sin embargo, estaban dispuestos casi a cualquier cosa³⁶⁸ para llevar adelante su programa de reconstrucción nacional.

Estas tensiones se manifestaron en tres momentos distintos y dieron lugar a dos formas diferentes de control por parte del Congreso. En los casos sobre juramentos de fidelidad *Ex Parte Garland*³⁶⁹, *Cummings v. Missouri*³⁷⁰, los relativos a tribunales

³⁶⁵ En general, sobre el Tribunal en esta época, véase KUTLER, Stanley I., *Judicial Power and Reconstruction Politics*, University of Chicago Press, Chicago, 1968.

³⁶⁶ REHNQUIST, William H., *Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson*, Morrow, New York, 1992.

³⁶⁷ *Mississippi v. Johnson* (71 U.S. (4 Wall.) 475, 499 (1866)) o *Georgia v. Stanton* (73 U.S. (6 Wall.) 50 (1867))

³⁶⁸ Sirvan como ejemplo las palabras del diputado Bingham: “If, [...] the court usurps power to decide political questions and defy a free people’s will it will only remain for a people thus insulted and defied to demonstrate that the servant is not above his lord by procuring a further constitutional amendment and ratifying the same, which will defy judicial usurpation by annihilating the usurpers in the abolition of the tribunal itself”, Cong. Globe, 39th Cong., 2nd Session, 501-502 (1867).

³⁶⁹ 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1866). Al que, despectivamente, se hacía referencia como *Dred Scott III*.

³⁷⁰ 72 U.S. (4 Wall.) 277 (1866)

militares *Milligan*³⁷¹ *Ex Parte McCardle*³⁷², y los llamados Legar Tender Cases³⁷³ que propiciaron como formas de control la *jurisdiction stripping* y *court-packing*.

Nada tiene de particular, por tanto, que con una participación electoral del 80 por ciento en las elecciones de 1864-1868 y esta orientación política, el Tribunal tuviera que terminar adoptando un método más formalista de interpretación como mecanismo de protección frente a estos ataques políticos³⁷⁴.

En *Garland* y en *Cummings* el Tribunal debía decidir sobre la legitimidad de la exigencia de juicios de fidelidad. *Garland* era un abogado que se negó a prestar el juramento impuesto por el Congreso para ser readmitido ante el Tribunal Supremo. *Cummings* era un religioso que se negó a prestar un juramento estatal semejante. Cuando el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de estos juramentos, comenzó la reacción del Congreso ante lo que se consideraba una amenaza a posibles regulaciones futuras sobre las obligaciones de los estados del Sur y, por tanto, a la política de reconstrucción favorecida por los republicanos.

Estos temores se confirmaron en *Milligan*, decisión a la que, despectivamente, se denominó *Dred II*. *Milligan* había sido condenado por un Tribunal Militar establecido durante la guerra en un estado aliado (no sudista). El Tribunal Supremo consideró inconstitucional la utilización de este tipo de tribunales militares en tiempos de paz, cuando existían tribunales civiles en funcionamiento. Aunque el Tribunal Supremo trató de evitar un entendimiento apresurado de su decisión prohibiendo a los periodistas que tomaran notas de la lectura del fallo y obligándoles a obtener la decisión por escrito, la interpretación política general que del fallo se hizo es que suponía una amenaza potencial también para los tribunales militares establecidos en los estados del Sur.

³⁷¹ 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

³⁷² 73 U.S. (6 Wall.) 318 (1867), revisado, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868).

³⁷³ *Hepburn v. Griswold* (75 U.S. (8 Wall.) 603 (1869)) y *Knox v. Lee* (79 U.S. (12 Wall.) 457 (1870)).

³⁷⁴ FELDMAN, Steven F., "From Premodern to Modern American Jurisprudence: The Onset of Positivism", en *Vand. L. Review*, 50, 1997, p. 1387 califica este período como el del cambio "del derecho natural al positivismo".

El Congreso reaccionó a *Milligan* aprobando el 2 de marzo de 1867 la legislación sobre Reconstrucción, superando el veto de Johnson. En ella se establecía un gobierno militar para el Sur, y los términos en que se produciría la readmisión de los estados en la Unión (ratificación de la Décimo Cuarta Enmienda). Aunque los estados sureños trataron de forzar declaraciones del Tribunal sobre la constitucionalidad de estas leyes, no lo conseguirían hasta *McCardle*.

McCardle era editor de un periódico en Vicksburg (Mississippi), contrario a las exigencias del Congreso para la readmisión de los Estados del Sur. Las autoridades militares ordenaron su arresto por alteración del orden público e incitación a la rebelión³⁷⁵. McCardle solicitó un *writ de habeas corpus* en el Tribunal Federal, impugnando la constitucionalidad de la legislación de Reconstrucción. El Tribunal Federal denegó el *habeas corpus* pero señaló que con la reciente legislación de 1867, cabía apelar al Tribunal Supremo. Mientras se celebraban las audiencias, la Cámara de Representantes comenzó el *impeachment* contra Johnson. También, entre tanto, el Congreso decidió presentar una nueva legislación privando al Tribunal Supremo de jurisdicción para revisar estos casos de *habeas corpus* federales (*jurisdiction stripping*). Johnson (en pleno juicio político) vetó la ley, pero el Congreso consiguió levantarlo. El Tribunal, pese a cierta oposición interna, retrasó reiteradamente la resolución del caso hasta comprobar en qué acababa todo el proceso. Finalmente, con la mayor parte de los Estados del Sur ya incorporados a la Unión, el Tribunal reconoció su incompetencia en *McCardle*: “It is quite clear, therefore, that this court cannot proceed to pronounce judgment in this case, for it has no longer jurisdiction of the appeal”. De esta forma, quedaba en manos del Congreso la extensión de las funciones del Tribunal³⁷⁶.

³⁷⁵ En concreto, fue acusado de “Impending the reconstruction of the Southern States under the Reconstruction Act” por escribir un editorial en el que reclamaba a los votantes blancos que se abstuviera de votar a los delegados de la Convención convocada a tal efecto. De hecho, sólo ocho votaron y se ofreció una recompensa por sus nombres y fueron calificados por el periódico de “cowards, dogs, and scoundrels”.

³⁷⁶ Con todo, existen dudas sobre cuál habría sido la decisión en caso de que el Congreso hubiera tratado de suprimir toda sus competencias en materia de *habeas corpus*: “The act of 1868 does not except from that jurisdiction any cases but appeals from Circuit Court under the act of 1867. It does not affect the jurisdiction which has previously exercised” (*Ex parte McCardle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506, 515 (1868)).

A estas alturas el Tribunal había resuelto todos los casos pendientes de 1865 salvo los Legal Tender Cases. El Congreso había aprobado en 1862 una legislación que establecía el papel moneda como moneda de curso legal en un esfuerzo por financiar la guerra. En 1865, *Hepburn v. Griswold* suscitó la constitucionalidad de estas leyes en lo relativo a las deudas producidas antes de la aprobación de la ley. El problema estribaba, naturalmente, en que su conversión a deudas en papel moneda reducía el valor de las mismas. Es en este contexto en el que se propusieron las medidas de *court-packing*. Entre 1860 y 1869 el Tribunal cambió el número de sus integrantes en tres ocasiones, la última de ellas es la que, acaso, constituya el ejemplo más claro de dicha estrategia, dado que, en todos los casos, existían razones adicionales para las modificaciones³⁷⁷. En concreto, en 1869, con Grant en la Presidencia, el Congreso incrementó el número de magistrados a 9 (cantidad en la que ha permanecido hasta la actualidad), la razón extraparlítica de esta medida habría sido el deseo de contar con el mismo número de magistrados que de circuitos ya que, en aquel momento, persistía la obligación para aquellos de “ride circuit”.

En *Hepburn v. Griswold* el Tribunal invalidó el uso de papel moneda para las deudas previas³⁷⁸. Como sucedió con *Milligan*, la preocupación del Congreso no se refería tanto al fondo de la decisión, como a los *dicta* que la acompañaban que parecían indicar que el Tribunal se decantaría por invalidar cualquier legislación relativa a la emisión de papel moneda (la Constitución autoriza al Congreso a “acuñar” (coin moneda)).

³⁷⁷ En 1863, el Congreso incrementó el número de magistrados de 9 a 10, para adaptarse a la reforma en los circuitos federales. Con todo, el décimo magistrado que obtenía Lincoln también era considerado muy conveniente para los fines políticos del Presidente (sin embargo, cuando éste finalmente se produjo, Lincoln ya tenía mayoría, como consecuencia de otros nombramientos ordinarios). En 1866, el Congreso redujo el Tribunal a siete miembros (mediante *attrition*). Esta reducción puede interpretarse como un intento de privar a Johnson de los nombramientos que pudieran oponerse a la política del Congreso. También en este caso se alegaron otro tipo de razones, en concreto, el Presidente del Tribunal, Chase, quería obtener de esta forma un incremento de su propio salario.

³⁷⁸ Otro dato paradójico que acompañó a este caso es que Chase, ponente de la sentencia, era también el autor material de la legislación que ahora se declaraba inconstitucional, en su antigua condición de Secretario del Tesoro.

La decisión fue adoptada por una mayoría de 4-3, al haber fallecido uno de los magistrados y haber dimitido por incapacidad Grier. Dicha mayoría no era legalmente suficiente en tal momento pese a lo cual fue emitida. Grant contaba, pues, con dos puestos vacantes. Todos los observadores señalaron que señalaría dos magistrados contrarios a la decisión para dar la vuelta a los casos. Con los votos de Strong y de Bradley, se dio curso a nuevos Legal Tender Cases, aunque el Tribunal había decidido (en su anterior composición) no admitir nuevos casos y remitir a *Hepburn* para su resolución. En medio de enormes presiones y polémicas en las que los abogados de los nuevos casos fueron convencidos (¿sobornados?) para que retiraran los casos pendientes, el Tribunal terminó revocando su precedente en *Knox v. Lee* por 5-4.

e) La Era Lochner.

La Era Lochner, clásicamente considerada como una de las instancias típicas en las que un tribunal politizado suscitó la ira de la opinión pública y fue objeto de una intensa crítica contramayoritaria de la que surgirían, de un lado, el realismo jurídico y, de otro, la idea teórica de restricción judicial se encuentra, en la actualidad, sometida a un intensísimo debate histórico y doctrinal³⁷⁹. Este debate se refiere tanto a qué paso, como a cuál es la interpretación correcta y a cuáles son las enseñanzas políticas que debemos extraer de este período. En esencia lo que se discute es si el Tribunal se limitó a imponer sus propias convicciones políticas sin ninguna (o muy poca) base jurídica o, si como afirma la corriente revisionista, el Tribunal aplicó los precedentes existentes de forma correcta y se limitó a cumplir con su función, con independencia de que las consecuencias políticas de las mismas fueran más o menos del agrado general.

Sin perjuicio de lo que se indicará en la última sección de esta Segunda Parte, este debate se debe, parcialmente al menos, a las similitudes entre algunas de las actitudes del Tribunal Fuller con el actual Tribunal Renquist. La defensa retrospectiva por parte de los comentaristas más liberal-conservadores es, implícitamente, una defensa del actual Tribunal, por cierto, uno de los más activistas de todos los tiempos.

³⁷⁹ Un repaso general de la visión “revisionista” sobre la era Lochner en THOMPSON, James E., “Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910”, en *Cumb. Law Review*, vol. 127, 1996-1997, pp. 139 y ss. También, ELY, James W. Jr., The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1910, University of South Carolina, Columbia, 1995; KENS, Paul, Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of Lochner v. New York, University of Kansas, Lawrence, 1990, *Id.*, “Lochner v. New York: Rehabilitated and Revised, but still Reviled”, en *Journal of Supreme Court History*, 1995, pp. 31 y ss; SIEGEL, Sephen A., “Let Us Now Praise Infamous Men”, en *Texas Law Review*, vol. 73, 1995, pp. 661 y ss. La visión clásica entre otros muchos lugares, GILLMAN, Howard, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence, Duke University Press, Durham, 1993; FISS, Owen M., Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910, The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States, vol. 3, Stanley N. Katz, ed., McMillan Pub. Co., New York, 1993; HOVENKAMPL, Herbert, “The Cultural Crisis of the Fuller Court”, en *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 2309 y ss.; LES BENEDICT, Michael, “Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez Faire Constitutionalism”, en *Law and History Review*, vol. 3, 1985, pp. 239 y ss. La fuente más completa sobre todo el debate es FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of Lochner”, en prensa.

Se abordarán, en esta sección, brevemente, tanto los hechos más relevantes de esta época como las dos interpretaciones que sobre ellos compiten en la actualidad.

La discusión sobre la actividad del Tribunal comenzó en la década de 1890 y se extendería hasta la década de 1920. En términos generales esta discusión se derivaba del hecho de que el Tribunal se manifestó reiteradamente en contra de las intenciones políticas de las dos corrientes más importantes del momento: Populism y Progressivism³⁸⁰. El Populism surgió a partir de los movimientos agrícolas y de trabajadores que respondían al creciente control de las grandes empresas de aspectos vitales para la economía, tales como los transportes por ferrocarril. Los Populistas trataban de enfrentarse a este nuevo orden social y preservar una sociedad más tradicional y agrícola. Progressivism fue, por resumir, la versión urbana de estos mismo ideales. Entre ambos constituían la mayoría del electorado y defendían posiciones tales como el control de las prácticas monopolistas del mercado, la mejora de las condiciones y salarios de los laborales, la aprobación de legislación social en materia de seguridad e higiene en el trabajo o de prohibición del trabajo infantil.

Las decisiones que provocaron el conflicto comenzaron con *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad. v. Minnesota*³⁸¹ en la que sometía la fijación de tarifas por parte del estado a revisión en términos de debido proceso. En 1895, tres decisiones resultaron particularmente criticadas: *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.*³⁸², *Champion v. Ames*³⁸³ e *In re Debs*³⁸⁴, la primera sobre el impuesto sobre la renta, la segunda sobre la legislación anti-trust y la tercera sobre el uso de las “injunctions” por parte de los Tribunales. Aunque, en realidad, la fase más aguda del conflicto es la que media entre *Lochner v. New York*³⁸⁵ y el comienzo de la Primera Guerra Mundial. Hasta el punto de que la campaña para la presidencia en 1912 tuvo como uno de sus temas centrales la posición del Tribunal Supremo. Roosevelt encabezó el movimiento contra

³⁸⁰ BALKIN, J.M., W, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, en *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1935 y ss.

³⁸¹ 134 U.S. 418 (1890).

³⁸² 157 U.S. 429 (1895).

³⁸³ 188 U.S. 321 (1903).

³⁸⁴ 158 U.S. 564 (1895).

el Tribunal en este período³⁸⁶ con propuestas tales como la elección de los jueces federales o la posibilidad de revocación popular de los magistrados. El transcurso de la Guerra Mundial supuso un aplazamiento de esta discusión pero desde 1921 el problema volvería a plantearse con intensidad. En una serie de decisiones que comienzan con *Hammer v. Dagenhart*³⁸⁷ y *Bailey v. Drexel Furniture*³⁸⁸, el Tribunal terminaría anulando numerosas regulaciones estatales y federales con el argumento del *due process* en 15 de los 53 casos que se le plantearon entre 1921 y 1926. La más importante de ellas fue la decisión de 1923 en *Adkins v. Children's Hospital*³⁸⁹ en la que se anulaba el salario mínimo para mujeres y niños en el Distrito de Columbia. En este período el Senador Robert LaFollette, candidato a presidente en 1924, dirigió críticas contra el Tribunal con propuestas tales como permitir al Congreso que revocara las decisiones del Tribunal mediante el procedimiento legislativo ordinario. La elección de Coolidge como Presidente de los Estados Unidos hizo disminuir estas críticas.

Según la interpretación revisionista la labor del tribunal estaría justificada. Para Bruce Ackerman, por ejemplo, “It is anachronistic for the modern myth of rediscovery to portray the *Lochner* court as if it were abusing the idea of constitutional interpretation by imposing its idiosyncratic and reactionary views on a polity yearning for the New Deal. Like the courts of the early republic, the *Lochner* Court was exercising a preservationist function, trying to develop a comprehensive synthesis of the meaning of the Founding and Reconstruction out of the available legal materials”³⁹⁰. En realidad, la defensa del Tribunal adopta dos variantes. Según la primera visión, la defensa del derecho de propiedad por parte del tribunal resultaría coherente con la jurisprudencia anterior, tanto en lo relativo a los derechos protegidos como a la

³⁸⁵ 198 U.S. 45 (1905).

³⁸⁶ CADENHEAD, I.E. Jr., *Theodore Roosevelt, The Paradox of Progressivism*, Woodbury, New York, 1974.

³⁸⁷ 247 U.S. 251 (1918).

³⁸⁸ 259 U.S. 20 (1922).

³⁸⁹ 261 U.S. 525 (1923).

³⁹⁰ ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991, p. 101.

posibilidad de invocarlos como límite a las facultades de los órganos políticos. Se trata de lo que Barry Friedman califica de “rights revisionists”³⁹¹.

De conformidad con el segundo tipo de defensa del Tribunal, estaría justificada su jurisprudencia por la que invalidaba la legislación de “clase” o “intereses especiales”, por oposición a la legislación “general”. En opinión de estos autores, tanto partiendo de los Padres Fundadores como de la jurisprudencia del siglo XIX, habría quedado establecido que el Gobierno sólo puede legislar a favor del bien público o para servir intereses generales, siendo considerada inválida aquella legislación que beneficiara a una “clase” de individuos. La legislación laboral entraría dentro de esta categoría, por oposición al “trabajo libre” surgido de la prohibición de la esclavitud. A estos teóricos denomina Friedman “police power” revisionist³⁹². Para esta corriente, sentencias tales como *Lochner* no se referirían fundamentalmente a la creación de nuevos derechos (libertad de contratación), sino a los límites de la capacidad legislativa de los órganos políticos.

Al margen de la exactitud historiográfica de estos argumentos, sobre la que luego se volverá, no puede ignorarse que junto al intento de depuración interpretativa de la era *Lochner*, existe también un proyecto normativo de defensa de una determinada concepción de la justicia constitucional de tipo activista. Por ejemplo, Owen Fiss ha señalado que “*Lochner* stands for both a distinctive body of constitutional doctrine and a distinctive conception of judicial role: One could reject one facet of *Lochner* and accept the other [...] we may wish to criticize its substantive values and yet leave unimpeached its conception of role”³⁹³. Es un hecho, sin embargo, que la mayor parte de este proyecto revisionista está impulsado por la derecha constitucional que trata de rehabilitar una concepción del derecho de propiedad como barrera absoluta a la acción pública, del tipo que defendiera en su momento el Tribunal *Lochner*³⁹⁴

³⁹¹ FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of *Lochner*”, en prensa, p. 33 (del original).

³⁹² *Ibidem*, p. 35.

³⁹³ FISS, Owen, Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910, The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States, *op. cit.*, p. 19.

³⁹⁴ Por ejemplo, ELY, James W. Jr., “Reflections on *Buchanan v. Warley*, property rights, and Race”, en

La interpretación “convencional” de la Era Lochner defiende, por el contrario, un punto de vista casi totalmente opuesto³⁹⁵. Según esta corriente, la Era Lochner constituiría un ejemplo de actuación incorrecta de los Tribunales por una serie muy concreta de razones. En primer lugar, los jueces estarían ejerciendo un activismo injustificado, interfiriendo con los legítimos órganos de gobierno. En segundo lugar, este activismo se derivaba de una lectura equivocada de la Constitución en la que los jueces parecían encontrar “derechos” que nunca habían estado en ella (la libertad contractual, por ejemplo). En tercer lugar, se considera que los jueces trataban de imponer una determinada ideología, la del *laissez-faire*, en beneficio de los intereses financieros contra los intentos de reforma social. En resumen, se afirmaba que la interpretación ofrecida por el Tribunal Lochner de la Constitución resultaba sencillamente equivocada³⁹⁶.

En relación con el primero de los argumentos, la principal imputación que se hacía a los Tribunales es que su activismo resultaba totalmente indeterminado. Es decir, que era imposible predecir en qué casos actuarían, con qué intensidad, en qué dirección, etc. Ello se apoyaba en que el Tribunal adoptaba sus más polémicas decisiones con base en el “reasonableness test”. No se trataba sólo de que resulta imposible determinar qué es razonable o qué entendía el tribunal por razonable en cada caso, sirviendo de cobertura a prácticamente cualquier decisión de cualquier tipo³⁹⁷ y actuando como un concepto vacío que, de hecho, equivalía a “constitucional”, constituyendo, por tanto, una petición de principio (“es constitucional porque es constitucional” (es decir, “razonable”) o “no es constitucional porque no es constitucional” (es decir, no es razonable)), sino que resultaba difícil argumentar en términos de decisión razonable

Vand. Law Review, vol. 51, 1998, p. 973; EPSTEIN, Richard A., “The Mistakes of 1937”, en *Geo. Mason University Law Review*, vol. 11, 1988, p. 7; MEESE, Alan J., “Will, Judgment, and Economic Liberty: Mr. Justice Souter and the Mistranslation of the Due Process Clause”, en *Wm. & Mary Law Review*, vol. 41, 1999, p. 3.

³⁹⁵ Por todos, WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, cap. V y VI, pp. 169-223.

³⁹⁶ Una amplia exposición de estas críticas y una evaluación de sus méritos, en FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian, Difficulty Part III: The Lesson of Lochner”, en prensa, p. 49 a 107 (del original).

³⁹⁷ “The necessary result has been great divergence of constitutional decisions and an apparent absence of actual principle upon which such cases can be determined”, HAND, Learned, “Due process of law and the eight-hour day”, en *Harvard Law Review*, vol. 21, 1908, p. 499.

cuando la mayor parte de las sentencias se adoptaba por mayorías de 5-4. Era tanto como decir que la mayor parte del Tribunal (y los órganos legislativos y ejecutivos y los tribunales inferiores y la opinión pública y, en realidad, todo el mundo menos ellos 5) no eran razonables. En la paradigmática decisión *Lochner*, por ejemplo, de los 22 jueces que se pronunciaron sobre el caso (incluyendo los de los tribunales inferiores), sólo 10 consideraron que se trataba de una norma inconstitucional (de ellos, 5 del Tribunal Supremo). Se ha sugerido, incluso, que esta indeterminación de las decisiones es la raíz de la que surgió, como reacción, el Realismo Jurídico norteamericano³⁹⁸.

En relación con el segundo punto, se alegaba no sólo que los jueces descubrían nuevos derechos en los intersticios de la Enmienda Decimocuarta, sino que las interpretaciones que hacían de determinados conceptos los convertían en conceptos “presuntos” o “teóricos” y no en verdaderos conceptos jurídicos: “The truth of the matter is that the modern concept of due process of law is not a legal concept at all”³⁹⁹. No sólo por tanto incluían derechos nuevos, sino que lo hacían con una flexibilidad que impedía toda seguridad jurídica.

Como es sabido, la acusación de hacer depender las decisiones de una determinada concepción económica parte de la propia sentencia de *Lochner*. En ella, Oliver Wendel Holmes, en su voto particular, afirmó que “this case is decide upon an economic theory which a large part of the country does not entertain [...] The Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer’s Social Statics”⁴⁰⁰. Numerosas sentencias parecían adoptar posiciones decididamente influidas por las convicciones políticas y económicas del Tribunal. Entre ellas, quizá las que resulten más llamativas son las derivadas de la Sherman Antitrust Act⁴⁰¹. En ellas, los tribunales impidieron cualquier acción antimonopolio y, sin embargo, actuaron con enorme agresividad para impedir las huelgas mediante “antitrust-based labor injunctions” que,

³⁹⁸ HORWITZ, Morton J., The Transformation of American Law, 1870-1969: The Crisis of Legal Orthodoxy, Oxford University Press, New York, 1992, pp. 169-192.

³⁹⁹ La expresión es de Edwin Corwin, cit. por FRIEDMAN, Barry, “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of *Lochner*”, en prensa, p. 73, n. 135. (del original).

⁴⁰⁰ *Locher v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (Holmes, J., dissenting), p. 75.

⁴⁰¹ Por ejemplo, *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895).

según, la mayor parte de los comentaristas *no* habían sido incluidas en dicha legislación. Es decir, una perversión completa del sentido de la ley y una actuación sin base legal por parte de los tribunales en defensa directa de unos intereses económicos muy concretos.

Lógicamente, esta actuación del Tribunal despertó muy intensas críticas en términos contramayoritarios. A ello contribuyó que tanto Populistas como Progresistas defendieran (al menos, retóricamente) formas de redemocratización del sistema norteamericano, incluyendo formas de democracia directa. Roosevelt afirmaría: “I believe in pure democracy [...] The power is the people’s and only the people’s [...] I believe in the election of United States Senator by direct vote [...] I believe in the initiative and the referendum”⁴⁰². Muchas de estas iniciativas terminarían, de hecho, por convertirse en realidad en medio de una opinión generalizada de que los tribunales debían actuar deferentemente frente a las decisiones de los órganos políticos.

En este período, por tanto, se produjo una muy intensa labor doctrinal de crítica en términos contramayoritarios cuyos eslabones fundamentales fueron los siguientes. Las decisiones de 1890, citadas, provocaron *A call to Action*⁴⁰³ de James Weaver (con posterioridad candidato a Presidente) y, un año más tarde, la histórica contribución de Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*⁴⁰⁴, en el que, al hilo de *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota*, citado, abordaba el problema de la *judicial review* de las decisiones legislativas. Parecidas críticas suscitó lo que pasó a denominarse “Government by Injunction”, es decir, “the use of federal injunctive power to restrain pro-union anti-corporate behavior, and to punish violations of injunctions by contempt without jury trial”⁴⁰⁵.

⁴⁰² ROOSEVELT, Theodore, “A Charter of Democracy”, en *Outlook*, vol. 100, 1912, pp. 390 y ss.

⁴⁰³ WEAVER, James Baird, *A call to action*, Iowa Printing co., Des Moines, 1892.

⁴⁰⁴ THAYER, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893.

⁴⁰⁵ *Vid.* FRIEDMAN, Barry, “The History of the Counter-majoritarian, Difficulty Part III: The Lesson of *Lochner*”, en prensa, p. 134 y la bibliografía que se cita en las notas 199-203 (del original).

En 1906, Roscoe Pound pronunció su famosa conferencia “*The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”⁴⁰⁶ en la que analizaba la desconfianza popular frente a los tribunales.

En la elección presidencial de 1912, el problema de la justicia se convertiría en uno de los núcleos del debate. Roosevelt sugería la revocación legislativa de las decisiones judiciales y Gilbert Roe escribió, como parte de la campaña, su *Our Judicial Oligarchy* proponiendo la revocación popular de los magistrados⁴⁰⁷.

La Guerra Mundial, como antes se dijo, acalló estas posiciones críticas, pero en la década de los veinte volverían a escucharse con fuerza, esta vez impulsadas, fundamentalmente, por las asociaciones de trabajadores. La AFL, por ejemplo, en 1919 afirmaba que “The power of courts to declare legislation enacted unconstitutional and void is a most flagrant usurpation of power and authority by our courts and is a repudiation and denial of the principle of self-government recognized now as a world doctrine”⁴⁰⁸. Los senadores Borah y LaFollete se pondrían a la cabeza de estas propuestas solicitando mayorías cualificadas (de dos tercios) en el Tribunal para anular la legislación federal. En 1924, en plena campaña electoral, LaFollete afirmaría: “Either the court must be the final arbiter of what the law is, or else some means must be found to correct its decisions. If the court is the final and conclusive authority to determine what laws Congress may pass, then, obviously, the court is the real ruler of the country, exactly the same as the most absolute king would be”⁴⁰⁹. Sin embargo, no llegaría a adoptarse ninguna medida legislativa contra el Tribunal. Hay que tener en cuenta que, incluso cuando existe una mayoría insatisfecha con la jurisprudencia, esta insatisfacción sólo se convertirá en reforma, si están insatisfechos por las mismas razones y, sobre todo, si están de acuerdo en la forma concreta de hacer frente al problema. Ello explica que sea más fácil que un Presidente resulte elegido con un mensaje genérico contra las

⁴⁰⁶ Address Before the Annual Convention of the American Bar Association (1906), después en POUND, Roscoe, “The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *Journal of the American Judicature Society*, vol. 46, 1962.

⁴⁰⁷ ROE, Gilbert E., *Our Judicial Oligarchy*, B. W. Huebsch, Nueva York, 1912.

⁴⁰⁸ Cit. por FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part III: The Lesson of *Lochner*”, *op. cit.*, pp. 145-146 y n. 288 (del original).

(percibidas como) injusticias del Tribunal, que no que llegue a formular una propuesta legislativa concreta y ésta sea aprobada por las mayorías que corresponda. Como es lógico, el problema se incrementa (casi hasta hacerse insoluble) cuando lo que se exige es enmienda constitucional.

Para terminar, conviene hacer una observación sobre cuántas y cuáles fueron las normas anuladas por el Tribunal en este período. Entre 1905 y mediados de 1930, el Tribunal anuló unas 200 normas de carácter económico⁴¹⁰, aunque es cierto que, globalmente considerado, los jueces sostuvieron la constitucionalidad de la mayor parte de las normas que fueron sometidas a su consideración⁴¹¹ y que, en lo que se refiere a legislación federal, entre 1789 y 1924, el Tribunal sólo anuló 54 leyes⁴¹². Resulta necesario, por ello, introducir una matización cualitativa y una mayor especificidad histórica en estos datos.

El Tribunal que salió de la Guerra Civil se encontraba en su momento de prestigio más bajo y trató de conseguir la aprobación pública, entre otras, cosas, manteniendo una actividad escasa y, fundamentalmente, deferente, salvo en defensa de los casos más claros de libertades civiles. De hecho, en los años anteriores a 1890, el Tribunal permitió una gran cantidad de innovaciones legislativas en consonancia con la rápida transformación que estaba experimentando el país. Lo característico del período Populista Progresista es, no tanto el número absoluto de decisiones, sino el cambio de tendencia. Incluso aunque fuera en pocas ocasiones (relativamente hablando), sus sentencias fueron contempladas con sorpresa por una opinión pública acostumbrada a considerar que el Tribunal ya nunca volvería a ser un obstáculo para los objetivos políticos. Y esto no es todo, aunque es cierto que el Tribunal solía dar (estadísticamente hablando) por buena la legislación federal, lo hacía salvo en los casos de legislación

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 148 y n. 293.

⁴¹⁰ STONE, Geoffrey R. y otros, *Constitutional Law*, 3ª ed., Little & Brown, Boston, 1996, p. 829.

⁴¹¹ “The number of cases in which the Justices of this period invalidated economic regulation is simply dwarfed by the number of such statutes that they sustained”, CUSHMAN, Barry, “Lost Fidelities”, *Wm. & Mary Law Review*, vol. 41, 1999, pp. 121-124.

⁴¹² WARREN, Charles, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, Little, Brown and Co., Boston, 1935, p. 135.

laboral, “but labor laws was precisely what mattered to many people at the time”⁴¹³. El cambio activista del tribunal era, por tanto, un cambio cualitativamente selectivo. No sólo novedoso, sino dirigido hacia la parte más sensible de la legislación. No en vano, en esos años se estaba formando la gran industria obrera característica del capitalismo industrial de la primera mitad del siglo XX.

⁴¹³ FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian, Difficulty Part III: The Lesson of Lochner”, *op. cit.*, pp. 145-146 y n. 288 (del original)

f) El Tribunal Supremo ante el New Deal⁴¹⁴.

Aunque la interpretación más convencional suele considerar que existe una línea uniforme que une la era Lochner y la del New Deal, de indignación creciente frente a las intervenciones del Tribunal en materia económica, que acabarían con el cambio de planteamiento del mismo (el tan citado “*switch in time*”), según la interpretación del profesor Friedman⁴¹⁵, que aquí se sigue, existen importantes diferencias entre una y otra.

En primer lugar, haremos una referencia general a estas diferencias. Después se analizarán los hechos que integran esta nueva fase y, por último, se articularán las razones que explican esta diferente reacción al activismo judicial.

Por decirlo en los términos más sencillos, mientras que durante la era Lochner, las críticas al Tribunal se manifestaron en términos contramayoritarios. Es decir, se achacaba al Tribunal la intención (y el efecto) de interferir con la opinión popular, por lo que se consideraba a la “institución” como antidemocrática y se sugería su supresión o su sometimiento al legislativo en diferentes formas⁴¹⁶. En el New Deal, las críticas fueron de otra naturaleza. Lo que se atacaba no era el Tribunal, sino a los “nine old men” incapaces de interpretar la Constitución en la forma en que debía hacerse. Aunque ambas críticas sostienen una interferencia con las decisiones populares, la primera considera que la *judicial review* en sí misma es un problema para la democracia. La segunda, sin embargo, considera a la Constitución maleable, pero a los jueces incapaces de percibir la interpretación necesaria para el presente. De ahí que las medidas propuestas se refirieran, fundamentalmente, no a la institución sino a los miembros que la integran (*court-packing*). Esta percepción general favorable hacia la justicia constitucional (por las razones que luego se especificarán) explica la rápida retirada de

⁴¹⁴ Acaso, la mejor obra de conjunto sobre el New Deal sea SEIDMAN, Louis Michael y TUSHNET, Mark V., Remnants of Belief: contemporary constitutional issues, Oxford University Press, New York, 1996.

⁴¹⁵ FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politic”, *op. cit.*

⁴¹⁶ Directamente por el Congreso o por referéndum popular, etc., véase, ROSS, William G., A muted fury: populists, progressives, and labor unions confront the courts, 1890-1937, Princeton University Press, Princeton, 1994.

apoyo popular a las medidas contra el Tribunal del Presidente Roosevelt, una vez que aquél modificó su línea jurisprudencial para hacerla más acorde con la nueva situación.

Tras la elección de Roosevelt como presidente en 1932 y la presentación de su programa de reformas económicas y sociales (New Deal), cabía esperar un conflicto con el Tribunal Supremo. El Tribunal, sin embargo, en una primera fase, se manifestó en una serie de casos con una interpretación constitucional más acorde con las nuevas circunstancias económicas en el nivel estatal⁴¹⁷ y, en 1935, en los casos *Gold Standar*, en el federal⁴¹⁸.

Por el contrario, en 1935, el Tribunal comenzó a echar abajo la legislación del New Deal. En primer lugar, la Corte anuló la *Railroad Retirement Act*⁴¹⁹ por 5-4. Esta primera decisión, aunque levantó ciertas sospechas de por dónde podría caminar la jurisprudencia en el futuro, no encontró una especial oposición toda vez que el propio Roosevelt se había manifestado reticente sobre los términos exactos de la misma. A continuación, anuló la *National Recovery Act*. (“NRA”) en *Schlechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. (1935) por 9-0, ese mismo día, también por 9-0 anuló en *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*⁴²⁰ la *Franzier-Lemke Act* sobre moratoria hipotecaria y en *Humphrey’s Executor v. United States*⁴²¹ limitó las facultades del Presidente para deponer a miembros de las comisiones reguladoras independientes. Estas decisiones detuvieron provisionalmente los trabajos del Congreso en la legislación del New Deal y dieron lugar a una importante crítica tanto por parte de las organizaciones de trabajadores como del propio Presidente que afirmaría que el Tribunal había vuelto a los tiempos del “horse-and-buggy” (tartana). Con todo, existían voces discordantes sobre la conveniencia de la NRA por lo que el debate estaba todavía relativamente equilibrado. La verdadera batalla se libraría cuando el Tribunal Supremo

⁴¹⁷ *Home Bldg & Loan Ass’n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) en que estableció la constitucionalidad de una ley de moratoria de hipotecas de Minnesota; *Nebbia v. New York* 291 U.S. 502 (1934).

⁴¹⁸ *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935) y *Norman v. Baltimore & Ohio R.R. Co.*, 294 U.S. 240 (1935).

⁴¹⁹ *Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R. Co.*, 295 U.S. 330 (1935)

⁴²⁰ 295 U.S., 555 (1935).

⁴²¹ 295 U.S. 602 (1935).

anuló la Guffrey Act en *Carter v. Carter Coal*⁴²² y la Agricultural Adjustment Act (“AAA”) en *United States v. Butler*⁴²³. La reacción a estas decisiones se manifestó en términos muy agresivos, incluyendo la quema en Iowa de seis miembros del Tribunal en efígie. Esta oposición alcanzaría su punto más alto en *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*⁴²⁴ en la que se anulaba la ley de salario mínimo para las mujeres de Nueva York.

Estas últimas decisiones se adoptaron, por lo general por mayorías ajustadas⁴²⁵ y dieron lugar a un mayor número de propuestas legislativas para invalidar las decisiones del Tribunal que ningún otro período de la historia americana, incluyendo la exigencia de mayoría cualificada en el Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, limitar su jurisdicción o enmendar la Constitución para otorgar al Congreso expresamente la facultad de legislar en las materias del New Deal.

Sin embargo, Roosevelt adoptó la estrategia de ignorar al Tribunal en la elección de 1936 y tratar de obtener una victoria lo más abultada posible esperando que aquél, en palabras de B. Friedman, atara el nudo de su propia horca⁴²⁶. Cuando creyó llegado su momento lanzó su propuesta de *court-packing* que, como es sabido, no prosperaría por el citado *swicht in time*.

Se expondrán a continuación las razones que, acaso, puedan explicar la falta de objeción contramayoritaria y, en su lugar, el ataque directo a los magistrados (“nine old men”).

El cambio más general que trajo el New Deal fue el cambio en la percepción de las funciones del Estado en una democracia o, si se prefiere, de las relaciones entre el gobierno y el pueblo. Hasta ese momento la base del gobierno democrático se entendía

⁴²² 298 U.S. 238 (1936).

⁴²³ 297 U.S. 1 (1936).

⁴²⁴ 298 U.S. 587 (1936).

⁴²⁵ Pearson y Allen han señalado que 1935-1936 ostenta el récord de votos particulares, *vid.* PEARSON, Drew y ALLEN, Robert S., *The Nine Old Men*, Da Capo Press, New York, 1974, p. 42.

⁴²⁶ FRIEDMAN, B., “The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *op. cit.*,

en términos de responsabilidad/respuesta a los deseos populares. Un gobierno era democrático si atendía a la voluntad popular. Nada de particular tiene que la retórica política hasta ese momento estuviera plagada de apelaciones más o menos populistas a favor de formas de la democracia directa, plebiscitaria, etc. A partir de 1930, por el contrario, en medio de una considerable desconfianza sobre los resultados de la democracia y hasta guiños más o menos expresos al fascismo⁴²⁷, el gobierno pasó a ser concebido como el instrumento para resolver aquello que los ciudadanos por sí mismo no eran capaces. “The meaning of democracy shifted from process to results [...] Now the crucial question was what came out of the state rather than what went into it”⁴²⁸.

Parece obvio que en este cambio de actitud, mucho tuvo que ver la Depresión. La incapacidad del gobierno para hacer frente a los efectos económicos catastróficos de la crisis capitalista se tradujo en desconfianza hacia el gobierno democrático. Corwin ha afirmado, en este sentido, que el New Deal puede concebirse como “an effort to attain some of the results of dictatorship by a mergence of legislative power with Presidential leadership”⁴²⁹. El gobierno asumió un papel fiscal sin precedentes, creó un conjunto inédito de agencias para hacer frente a los problemas sociales y comenzó una época de cooperación con los grandes capitales. En este contexto, se desvanecieron notablemente las ideas de “control democrático”. De lo que se acusaba, pues, al Tribunal Supremo no era de frustrar la opinión popular, sino de frustrar las políticas del New Deal. Es más, el Tribunal Supremo era considerado como un potencial aliado en este intento centralizador frente a hipotéticas resistencias de los estados.

En segundo lugar, debemos destacar importantes cambios en la concepción de la interpretación constitucional que, en resumen, podemos caracterizar como el paso de una interpretación formalista a lo que luego sería el Realismo norteamericano. Entendiendo por formalismo, la idea de que los textos legales y los tests que a ellos se

pp. 995-996.

⁴²⁷ DIGGINS, John P., “Flirtations with Fascism: American Pragmatic Liberals and Mussolini’s Italy”, en *American History Review*, vol. 71, 1966, p. 499.

⁴²⁸ WIEBE, Robert H., *Self-rule: a cultural history of American Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, p. 202.

⁴²⁹ CORWIN, Edward S., *The twilight of the Supreme Court, a history of our Constitutional Theory*, Yale

aplican arrojan respuestas fijas a las cuestiones, una idea que floreció desde finales del XIX a principios del XX. Y, por realismo, la idea de que el derecho o la constitución son lo que los jueces dicen que son.

Pues bien, con el New Deal la forma en que se valoraba la “maleabilidad” constitucional se modificó profundamente. Esta capacidad de dar cabida a varios sentidos pasó a ser interpretada como una virtud. Roosevelt afirmaría: “Our Constitution is so simple and practical that it is possible always to meet the extraordinary needs by changes in emphasis and arrangement without loss of essential form”. Y, en consecuencia, el activismo judicial, la capacidad de apartarse de la letra de la constitución o de su *original intent*, pasaron a ser, igualmente, concebidos como virtudes. Virtudes, naturalmente, si la interpretación era progresiva, defectos en caso contrario.

Ello explica el tipo de crítica que se dirigió al Tribunal. No tanto que se tratara de un Tribunal antidemocrático, sino de un Tribunal incapaz de responder a las necesidades del momento. Incapaz de percibir las modificaciones que la estructura social reclamaba de un texto que se concebía como abierto, flexible, maleable y no con un sentido preciso otorgado por los padres fundadores. El problema, por tanto, pasaron a ser los magistrados, no el Tribunal, ni la *judicial review*. El Tribunal Supremo forma parte de los poderes del Estado y la misión del Estado es resolver los problemas del pueblo, no agravarlos. La Constitución, se pensaba, en las manos adecuadas, ofrecía suficientes mecanismos como para hacer viable el tipo de política (New Deal) que podía sacar al país de la crisis económica. El problema, por tanto, se reducía a encontrar dichas manos.

Nada tiene de particular que, en este contexto, Roosevelt interpretara su aplastante victoria en 1936 como un mandato electoral para que pusiera fin a todos los obstáculos que se alzaban frente al New Deal. El 5 de febrero, el Presidente anunció su plan de *court-packing*. El argumento ofrecido se refería al retraso de la jurisdicción

federal que se achacaba a la edad de los magistrados. No se afrontaba directamente su oposición al New Deal sino que se argumentaba en términos de eficacia. Un término que empezaba a sonar insistentemente en la política de aquel tiempo. Según el plan, el Presidente añadiría un nuevo magistrado por cada magistrado mayor de setenta años que no dimitiese de su puesto.

Naturalmente, esta razón alegada fue percibida, en general, como una disculpa frente al objetivo realmente deseado de sacar adelante la legislación del New Deal. Aunque parte de sus asesores se inclinaban por una reforma constitucional que otorgase al Congreso los poderes necesarios para dictar tal legislación, Roosevelt se opuso por las siguientes razones. Por un lado, no estaba nada claro cuál debía ser el texto de dicha enmienda en la medida en que el New Deal era más una actitud que un programa concreto. La realidad iría marcando los campos y la profundidad con la que resultaban necesarias las intervenciones federales, nada de ello resultaba fácil de encerrar en el texto de una enmienda. Además, la convicción del Presidente en la flexibilidad constitucional hacían preferible no modificar su texto y confiar en un activismo judicial a su favor. No hay que olvidar que también la hipotética enmienda sería, en último término, interpretada por esos mismos magistrados.

El plan de Roosevelt, sin embargo, nunca llegaría a materializarse y ello por diferentes razones. En primer lugar, el Tribunal cambió su jurisprudencia “justo a tiempo”. Las decisiones de 1937 en *NBLR v. Jones & Laughlin Steel Corp*⁴³⁰ y *West Coast Hotel v. Parrish*⁴³¹ en las que defendió la constitucionalidad de las leyes sobre relaciones laborales, revocando *Adkins* y *Morhead*, redujeron tremendamente la presión sobre el Tribunal que comenzó a ser percibido como un posible aliado de la nueva política⁴³². En segundo lugar, el magistrado Van Devanter dimitió lo que se tradujo, igualmente, en una percepción de que el problema se resolvería por el mero transcurso

⁴³⁰ 301 U.S. 1 (1937).

⁴³¹ 300 U.S. 379 (1937).

⁴³² “Esta decisión marcó el cambio decisivo a partir del cual el Tribunal ya no se volvió atrás, ya sea a causa de la amenaza política al Tribunal por el plan de nominación del Tribunal por Roosevelt o a causa de la propia decisión del Tribunal, fortalecida, sin embargo, por ocho personas designadas por Roosevelt en los cuatros años siguiente”, WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación

del tiempo sin necesidad de una intervención del Congreso. El 2 de julio Roosevelt propuso un compromiso conforme al cual no se añadiría más de un magistrado al año.

Sin embargo, la muerte por un ataque al corazón de Joe Robinson, el líder en el Senado y principal impulsor de la reforma, hizo que ésta perdiera aliento siendo reenviada para su estudio en Comisión, del que nunca volvería.

En opinión de Friedman⁴³³, el plan de Roosevelt estaría destinado al fracaso como consecuencia de la incapacidad del Presidente a la hora de percibir dos importantes cambios en la opinión pública acerca del Tribunal.

En primer lugar, el cambio en la opinión acerca de la *judicial supremacy* desde la era de la Reconstrucción. Aparentemente, el pueblo había incorporado como uno de los principios de la Constitución americana la capacidad del Tribunal de imponer sus decisiones de forma vinculante al Congreso.

En segundo lugar, el apoyo popular a un poder judicial independiente. Según esta interpretación, en la opinión pública se encontrarían en tensión dos opciones contradictorias. De un lado, la idea de que la defensa de los derechos individuales quedaba garantizada en mayor medida si se contaba con un poder judicial independiente, de otro el incidente concreto y coyuntural de que *este* Tribunal frustraba una determinada política pública. Es decir, una duda entre la conveniencia a largo plazo de contar con un poder judicial independiente y la conveniencia a corto plazo de que el Tribunal se plegara a las decisiones del Congreso.

En todo caso, como se ha dicho, se trata de especulaciones difíciles de probar en la medida en que el plan fue retirado como consecuencia del “cambio a tiempo” del Tribunal.

constitucional, *op. cit.*, p. 225.

⁴³³ FRIEDMAN, Barry, “The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *op. cit.*, p. 1031-1046.

Lo paradójico del caso es que pese al fracaso del plan de *court-packing*, Roosevelt terminaría siendo el Presidente que mayor número de magistrados nombró en la historia de los Estados Unidos, ya que dispondría de 8 de los nueve magistrados del Tribunal⁴³⁴. Además, se trataba de magistrados con escasa experiencia judicial pero una amplia experiencia política. Además, eran magistrados jóvenes, lo que dio lugar a que se designara al Tribunal como los “nine young men”. El Tribunal se convertiría en el poder más liberal y avanzado de la Federación con decisiones revolucionarias como *United States v. Darby*⁴³⁵ y *Wickard v. Filburn*⁴³⁶.

En todo caso, lo que no puede negarse, es que se trata de una de las fases en que política y ejercicio jurisdiccional estuvieron más relacionados, siendo difícil percibir qué corresponde a cambios en interpretación constitucional⁴³⁷ y qué al fruto de la presión directa del Presidente.

⁴³⁴ En 1937, nombró a Black, en 1938 a Reed, en 1939 a Frankfurter y a Douglas, en 1940 a Murphy, en 1941 a Stone como Presidente, a Byrnes y Jackson, y en 1943 a Rutledge en sustitución de Byrnes.

⁴³⁵ 312 U.S. 100 (1941). BENSON, R. Jr., *The Supreme Court and the Commerce Clause, 1937-1970*, Dunellen, Nueva York, 1970, p. 89, califica a esta decisión como “one of the half-dozen most important cases in the whole 180-year history of American constitutional law”.

⁴³⁶ 317 U.S. 111 (1942).

⁴³⁷ “No está claro si un cambio tan drástico hubiera tenido lugar de haber sido enjuiciados los casos por jueces comprometidos con formas más tradicionales de interpretación”, WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 247.

- g) La objeción contramayoritaria en su forma clásica (1939-1969). El surgimiento doctrinal de la objeción contramayoritaria.

Acaso la característica más destacada de este período es lo que el profesor Friedman ha calificado de “obsesión” por la objeción contramayoritaria. Efectivamente, mientras que en todas las épocas anteriores, la objeción contramayoritaria en el plano doctrinal se activaba cuando existía una contestación efectiva por parte de esta mayoría (opinión pública), lo característico de esta nueva fase es que la doctrina ha quedado fijada en ella incluso cuando no existe ningún tipo de contestación popular a la labor del Tribunal. En definitiva, se produce la separación de la crítica académica al Tribunal, de la crítica política o popular.

Ello resulta más curioso cuando, al tiempo, se extiende una creencia cada vez más extendida (fruto del entendimiento de la democracia pluralista, la labor de los grupos de presión, etc.) de que el poder legislativo sólo de manera muy metafórica puede considerarse “representativo”.

Se han propuesto tres explicaciones complementarias para este fenómeno⁴³⁸: En primer lugar, el hecho de que la crítica contramayoritaria se desarrolla como reacción a las tesis antiformalistas sobre la indeterminación del sentido de los preceptos constitucionales. Tras la Era de la Reconstrucción se difundió la idea de que no existían estándares objetivos que pudieran guiar la acción de los jueces constitucionales. En este contexto, la preocupación por la vigencia del *rule of law* se tradujo en la preocupación por hacer frente al “*double standar*” del activismo judicial, deferente para las cuestiones económicas y activistas para las libertades civiles. En segundo lugar, como consecuencia de la influencia de importantes juristas de la Progressive era, cuyas opiniones alcanzaron la consideración de verdaderos “precedentes” entre la doctrina. Según esta interpretación, la línea que une a Thayer, Hand, Frankfurter y la escuela del “Legal Process” de los años 50 y 60 habría marcado indeleblemente el contenido de esta

⁴³⁸ FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*

postura. Y, en tercer lugar, como consecuencia del dilema liberal en que se veían atrapados quienes pretendían defender el fondo de las decisiones del Tribunal Warren, sin renunciar a su preferencia por el gobierno democrático.

Se expondrá este proceso en tres partes. En primer lugar, la actuación del Tribunal y las reacciones que provocó a lo largo de este proceso en la opinión pública. En segundo lugar, la separación existente entre la actividad de la doctrina y esta misma opinión pública⁴³⁹. Y, por último, se expondrán las razones que puedan explicar esta paradójica situación desde el marco del pensamiento liberal. Se sostendrá, en definitiva, que la dificultad mayoritaria, en su forma clásica, expresa la incompatibilidad histórica entre diferentes creencias liberales que, hasta ese momento, habían podido convivir sin tensión.

Es evidente que las críticas que recibió el Tribunal en el período objeto de estudio (1939-1969) dependen, en primer lugar, de su propia actividad. Cabe señalar en este sentido seis fases diferentes (que se solapan parcialmente), dependiendo de las correspondientes decisiones. El período de calma de 1939 a 1951, *Brown v. Board of Education* de 1954, las decisiones “Comunistas” de 1957, los casos de “oración en las escuelas” de 1962-1963, los casos de “*Reapportionment*” de 1962-1969 y los casos sobre derechos de los sospechosos (*Miranda*).

En este primer período, también denominado “*Passive Period*”⁴⁴⁰, los magistrados nombrados por Roosevelt (los “nine young men”) reaccionaron frente a lo que consideraban un exceso de actividad del período anterior. Aunque se plantearon lo que luego serían los temas principales de debate (abandono de los asuntos económicos y sustitución por el problema de las libertades civiles de la Primera Enmienda⁴⁴¹, los

⁴³⁹ “Solving the countermajoritarian difficulty [...] appears to have taken on pressing importance at a time when no one seemed particularly dedicated to attacking the Court in precisely those terms”, *Ibidem*, p. 3.

⁴⁴⁰ FRANK, John P., “Court and Constitution: The Passive Period”, *Vand. L. Review*, 4, 1951, pp. 400 y ss.

⁴⁴¹ La actividad también se vio reducida por el hecho de que todavía no había prevalecido la doctrina de la “incorporación”, según la cual los derechos del Bill of Rights quedan “incorporados” a la “libertad” de la Decimocuarta Enmienda. Por ejemplo, *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) (estableciendo que la prohibición de “*double jeopardy*” no estaba incluida en la “libertad”), *Adamson v. California*, 332 U.S.

asuntos relacionados con la Guerra Mundial, el comunismo y los asuntos religiosos), la falta de actividad del Tribunal impidió que se produjera una contestación del mismo. No en vano, sólo anuló una ley del Congreso en dicho período⁴⁴². En realidad, la actividad del Tribunal se centró, en buena medida, en la anulación de sus propios precedentes. Según Pritchett⁴⁴³, sólo entre 1937 y 1946 se produjeron 32 *overrulings*, lo que condujo a una considerable crítica por parte de los abogados profesionales en términos de inseguridad jurídica⁴⁴⁴.

Con los nombramientos de Truman, de Vinson, Burton y Clark, a finales de este período se esperaba que el Tribunal fuera incluso menos activo (los salientes Murphy y Rutledge se contaban entre los más pro-libertades de los magistrados). Esta previsión, sin embargo, no resultó exacta.

La segunda fase comienza con la primera decisión del Tribunal Warren, *Brown v. Board of Education*⁴⁴⁵, que ponía fin a la discriminación racial en las escuelas públicas. Parece existir consenso en que esta sentencia respondía a la voluntad de la mayoría de la población. En todo caso, la resistencia que se le opuso en el Sur Profundo hizo que la mayor parte de las organizaciones políticas, religiosas, culturales, etc. tomaran la palabra en defensa del Tribunal. Entre los argumentos utilizados para su defensa, además de los relativos a la igual dignidad de las personas, etc., destaca el que se considerara como un paso decisivo para superar los problemas de la guerra fría, al dar mayor coherencia a las exigencias internacionales de democraticidad que los Estados Unidos utilizaban como bandera exterior frente al bloque soviético.

46 (1947) (que sostenía que el privilegio de no auto-incriminación de la Quinta Enmienda no estaba incorporado en la Decimocuarta), *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942) (que establecía que la Decimocuarta Enmienda no implicaba abogado de oficio para litigantes indigentes en los tribunales estatales), etc.

⁴⁴² “If an historian were to do a one-volume history of American life in the 1940’s, he might very well omit any reference to the Court-Constitution, 1946-1950”, *Ibidem*, p. 407.

⁴⁴³ PRITCHETT, Herman C., *The Roosevelt Court, A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*, MacMillan Co., New York, 1948, p. 57.

⁴⁴⁴ Lo que se llamó, burlescamente, “*Guesspotism*”.

⁴⁴⁵ 347 U.S. 483 (1954).

En este contexto, nada tiene de particular que la oposición del Sur a esta sentencia no se articulara en términos contramayoritarios sino, al contrario, en términos que iban desde el desafío abierto⁴⁴⁶ hasta la exigencia de respeto a las minorías en el Congreso⁴⁴⁷. Los tres argumentos principales que se emplearon fueron: la apelación a los “derechos” de los estados, tal como se hiciera en la era de Jackson, una oposición “formalista”, conforme a la cual el Tribunal habría ofrecido una interpretación “incorrecta” de la Constitución y, por último, la oposición a la supremacía judicial. Como puede verse, se trata de tres argumentos no particularmente en consonancia con el entendimiento general de la labor de los tribunales, ni del sentido de la Constitución, ni de las dimensiones del federalismo. Lo que explica, a su vez, que difícilmente pudieran formularse en términos mayoritarios.

En 1957 el Tribunal resolvió 10 casos relativos a miembros o simpatizantes del partido comunista, cuatro de ellos en una sola jornada (17 de junio)⁴⁴⁸. En ellos se limitaba la amplitud de las investigaciones del Congreso, recortaba los poderes de los estados para regular la admisión a los colegios de abogados (*bars*) y las actividades subversivas, recortaba el alcance de la Smith Act y, acaso lo más polémico, obligaba en *Jenks* al Gobierno a revelar sus investigaciones a las defensas que las precisaran para interrogar a los testigos del gobierno⁴⁴⁹. Estas decisiones suscitaron una importante

⁴⁴⁶ El Gobernador Stands Pat declaró: “As long as I am governor, and as long as the State of Georgia operates its schools, the precept will stand, the federal court to the contrary, notwithstanding”.

⁴⁴⁷ “Even though we constitute a minority in the present Congress, we have full faith that a majority of the American people believe in the dual system of government [...] and will in time demand that the reserved rights of the states and of the people be made secure against judicial usurpation” (96 Congressmen’s Declaration on Integration, New York Times, 12 de marzo, 1956, cit. por FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 13, n. 65).

⁴⁴⁸ *Watkins v. U. S.*, 354 U.S. 178 (1957) (donde se establecía que el Comité de Actividades Anti-Americanas no podía exigir a los testigos que reconocían su relación con el Partido Comunista que declararan el nombre de sus compañeros, incluso si no se acogían a la Quinta Enmienda); *Sweezy v. N. H.*, 354 U.S. 234 (1957) (anulando la condena de un testigo que en las investigaciones sobre actividades subversivas se negó a responder a las preguntas sobre el Progressive Party); *Yates v. U.S.* 298 (1957) (anulando la condena de unos sentenciados por conspirar para la defensa y difusión de la deposición violenta del gobierno y por la organización del Partido Comunista, contra lo dispuesto en la Smith Act con el argumento de que “organizar” se refería sólo a la creación de organizaciones nuevas y no al uso de las ya existentes); *Service v. Dulles*, 354 U.S. 363 (1967) (anulando el despido de un empleado del ministerio de asuntos exteriores por parte del Secretario de Estado, que se basaba en una investigación del F.B.I. que ponía de manifiesto la revelación de planes militares secretos a una revista pro-comunista).

⁴⁴⁹ *Pennsylvania v. Steve Nelson*, 350, U.S. 497 (1956) (en el que declaraba que la Smith Act (antes citada) suspendía la aplicabilidad de la mayor parte de las leyes estatales anti-sedición); *Slochower v. Bd.*

oleada de críticas por parte de los sectores conservadores de la sociedad (incluida la American Bar Association) que culminaron en la propuesta Jenner-Butler de reducir la jurisdicción del Tribunal⁴⁵⁰. Dicha propuesta, sin embargo, suscitó, a su vez, un enorme debate en el Congreso y terminaría por ser rechazada en ajustadas votaciones en su práctica integridad, entre otras cosas, gracias a la intervención del jefe de la mayoría Lindon Johnson, subsistiendo tan sólo una pequeña modificación a la regla *Jencks*. Aunque la mayor parte de las críticas a las decisiones del Tribunal se referían al fondo de la cuestión, también se produjeron ciertas críticas expresadas en términos contramayoritarios. Se dan aquí dos de los factores aislados por el profesor Friedman para el surgimiento de dicha crítica: importancia de la supremacía judicial y considerable discrecionalidad en las decisiones del Tribunal. Entre dichas críticas quizá destaque la suscrita por 36 Magistrados Presidentes de Tribunales Supremos Estatales que afirmaba que el Tribunal Supremo, con demasiada frecuencia, había “adoptado el papel de actor político sin la debida restricción judicial”⁴⁵¹. A esta crítica se sumaron con entusiasmo quienes seguían molestos por las decisiones antisegregacionistas de *Brown*.

Entre los factores que contribuyeron a la escasa repercusión de esta ola de protestas contramayoritarias se cuenta la propia decisión del Tribunal que corrigió algunas de sus sentencias más polémicas (un segundo “switch in time”)⁴⁵².

of Education of City of New York, 350 U.S. 551 (1956) (anulando el despido de un profesor universitario sin audiencia alegando su invocación de la Quinta Enmienda en respuesta a preguntas incriminatorias sobre su pertenencia al Partido Comunista); *Cole v. Young*, 351 U.S. 356 (1956) (anulando el despido de un empleado del gobierno federal basado en su “sympathetic association” con una organización presuntamente subversiva); *Schware v. Bd. of Examiners of N.M.*, 353 U.S. 232 (1957) (anulando la no admisión de un solicitante al Colegio de Abogados (Bar) de Nuevo México por su falta de “good moral character” al haber pertenecido en el pasado al Partido Comunista); *Konigsberg v. State Bar of CA*, 353 U.S. 252 (1957) (anulando la decisión del Colegio de Abogados (Bar) de California denegando una solicitud, alegando ausencia de “good moral character” al negarse a responder a las preguntas relativa a su pasada o presente pertenencia al Partido Comunista); *Jencks v U.S.* 657 (1957) (en que anulaba la condena de un sindicalista por una falsa declaración de no pertenencia al Partido Comunista ante el NLBR, alegando que el condenado tenía derecho a examinar los informes del FBI presentados por los testigos gubernamentales).

⁴⁵⁰ A Bill to Limit the Appellate Jurisdiction of the Supreme Court in Certain Cases, S. 2646, 85th Cong. (1957).

⁴⁵¹ Cit. por FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 19, n. 104.

⁴⁵² Por ejemplo, *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959) que corregía a *Watkins*, al apoyar una citación de desacato de un Comité del Congreso frente a una negativa a responder preguntas relativas a la

Las decisiones de 1962 y 1963 sobre la oración en las escuelas se cuentan entre las menos populares de todo el Tribunal Warren⁴⁵³. En *Engel v. Vitale*⁴⁵⁴ el Tribunal prohibió el uso en una escuela del barrio de Regent de Nueva York de una oración, posteriormente conocida como “Regent’s Prayer”⁴⁵⁵ y en *Abington School District v. Schempp*⁴⁵⁶ prohibió la lectura en las aulas del Padrenuestro o de versículos de la Biblia. La mayor parte de las críticas se referían al fondo del asunto, es decir, a lo que se consideraba un impulso al alejamiento social de la religión y a una incorrecta interpretación de los precedentes y de la historia estadounidense. Entre los más activos en esta crítica se contaban, nuevamente, los disconformes con *Brown*. El Diputado Andrews de Alabama, por ejemplo, afirmó: “Primero metieron a los negros en las escuelas⁴⁵⁷, ahora están sacando a Dios”. Entre las razones que pueden explicar la ausencia de crítica contramayoritaria se ha alegado la difusión de una noción “pluralista” de la democracia, en la que el proceso legislativo era concebido más como un “gobierno de la minoría” fruto de la negociación entre grupos de presión, que como un gobierno por mayoría⁴⁵⁸.

Los casos de “Reapportionment” representan un buen ejemplo de oposición política sin objeción contramayoritaria. En 1962, en *Baker v. Carr*⁴⁵⁹, el Tribunal se apartó de su decisión anterior en *Colegrove v. Green*⁴⁶⁰ en la que sostuvo que las controversias sobre redistribución electoral constituía una cuestión política y, por tanto, no justiciable, para defender que la redistribución de la Cámara Legislativa de Tennessee podía ser enjuiciada por los tribunales federales. Aunque el caso de

“subversión comunista” en la educación. *Vid.*, PRITCHETT, Herman C., Congress versus The Supreme Court 1957-1960, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1961, p. 121: “The Court itself contributed to the defeat of the anti-Court legislation by subsequent moderation of position taken in some of the controversial decisions”. *Vid.*, también, en general, WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, *op. cit.*, pp. 363-363.

⁴⁵³ *Vid.* MARSHALL, Thomas R., Public opinion and the Supreme Court, Unwin Hyman, Boston, 1989, p. 136 y ss.

⁴⁵⁴ 370 U.S. 421 (1962).

⁴⁵⁵ “Dios todo poderoso, reconocemos que dependemos de ti e imploramos tus bendiciones sobre nosotros, nuestros padres, nuestros profesores y nuestro país”.

⁴⁵⁶ 374 U.S. 203 (1963).

⁴⁵⁷ LEWIS, Anthony, “Ruling is 6 to 1”, *New York Times*, 26 de junio de 1962, p. 17.

⁴⁵⁸ *Vid.*, FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 22, n. 123 y la bibliografía que allí se cita.

⁴⁵⁹ 369 U.S. 186 (1962).

Tennessee era particularmente grave ya que la Constitución del estado exigía redistribución cada diez años (lo que no se había hecho desde 1901), la decisión del Tribunal no se basaba en este extremo y resultaba, por ello, aplicable también a otros estados. En 1963, en *Gray v. Sanders*⁴⁶¹ el Tribunal anuló el sistema de primarias por condados de Georgia para elecciones estatales. En 1964, en *Wesberry v. Sanders*⁴⁶² el Tribunal ordenó la redistribución de distritos de Georgia para el Congreso según el principio una persona un voto. Posteriormente, en lo que se convertiría en el caso más importante⁴⁶³, en *Reynolds v. Sims*⁴⁶⁴ el Tribunal dispuso que el citado principio “una persona, un voto” debía aplicarse a todas las cámaras legislativas, equiparando el distinto peso del voto por razón de residencia a la discriminación por razones raciales (Warren), al anular el sistema de distribución de la legislatura de Alabama. Principio al que, desde ese momento, el Tribunal se adhirió con fuerza⁴⁶⁵.

El Congreso reaccionó airadamente ante lo que consideró una intromisión del Tribunal Supremo, proponiendo medidas tales como retrasar la entrada en vigor de las decisiones del Supremo, privar a los tribunales federales de la competencia sobre redistribución (*jurisdiction stripping*), enmiendas constitucionales que autorizaran a los estados a contar con cámaras no basadas en la representación popular (senador Everitt Dirksen de Illinois) o, incluso, privar a los magistrados del Tribunal Supremo de la subida de sueldo aprobada para el resto de los jueces federales. Las legislaturas estatales, por su parte, propusieron una enmienda constitucional para crear un Tribunal de la Unión, compuesto por los 50 Magistrados Presidentes de los Tribunales Supremos Estatales con capacidad para anular las decisiones del Tribunal Supremo.

Sin embargo, ninguna de estas medidas saldría adelante y ello porque a diferencia de otras decisiones políticamente controvertidas (sobre todo, *Brown*), los

⁴⁶⁰ 328 U.S. 549 (1946).

⁴⁶¹ 372 U.S. 368 (1963)

⁴⁶² 376 U.S. 1 (1964).

⁴⁶³ El mismo Warren se refirió a él como su “sentencia más importante”.

⁴⁶⁴ 377 U.S. 533 (1964).

⁴⁶⁵ Por ejemplo, en *Lucas v. 44th General Assembly*, 377 U.S. 713 (1964). Sobre estos casos, véase AUERBACH, Carl, “The reapportionment cases: one person, one vote, one value”, en *Supreme Court Review*, núm. 1, 1964.

casos de redistribución contaron con una muy considerable aprobación popular. Aprobación que, obviamente, se derivaba del carácter netamente prodemocrático de estas decisiones y de su base en uno de los principios más arraigados de la ideología norteamericana, el de la “igualdad de oportunidades”. En un contexto así habría resultado francamente risible alegar objeciones contramayoritarias contra un Tribunal que se esforzaba por hacer posible la formación de esa opinión mayoritaria. Estos casos contribuyeron, indudablemente, a aumentar el prestigio del Tribunal ante la población como posible dirigente del movimiento de progreso social. Confianza que, sin embargo, pronto se vería debilitada en la siguiente oleada de casos: los relativos a los derechos de los detenidos y procesados.

En una serie de decisiones desde 1961 el Tribunal impuso las normas federales relativas al procedimiento penal a los tribunales estatales y, en general, aumentó las garantías constitucionales de los detenidos y procesados. En *Mapp v. Ohio*⁴⁶⁶ impuso la “*exclusionary rule*” de la Cuarta Enmienda a los Estados, en *Gideon v. Wainwright*⁴⁶⁷ impuso a los estados la obligación de facilitar asistencia letrada a los procesados y, finalmente, en una de las sentencias más famosas de toda la historia norteamericana, en *Miranda v. Arizona*⁴⁶⁸, exigió la lectura de derechos antes de admitir como prueba las confesiones ante la policía.

Los casos hasta 1963 contaron con un cierto apoyo popular, sobre todo, en la medida en que se relacionaba la reforma judicial con el esfuerzo del tribunal por la igualdad racial. Por otra parte, aproximadamente hasta esa fecha, la criminalidad no figuraba entre las preocupaciones principales de los norteamericanos⁴⁶⁹. Sin embargo, con *Miranda* la situación había cambiado totalmente y en 1967-1968 el Tribunal se encontraba en sus niveles más bajos de popularidad. Richard Nixon basaría una parte de su campaña en la crítica a estas decisiones con declaraciones del tipo “some of our

⁴⁶⁶ 367 U.S. 643 (1961)

⁴⁶⁷ 372 U.S. 335 (1963).

⁴⁶⁸ 348 U.S. 436 (1966).

⁴⁶⁹ “A steady increase in the crime rate was reported during the second half of the 1960’s, growing at a rate of five, or six, or even nine times the population growth rate”, FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An academic Obsession”, *op. cit.*, p. 28.

courts in their decisions have gone too far in weakening the peace forces as against the criminal forces”. En este momento, se produjo una importante crítica contramayoritaria aunque con dos importantes matizaciones. Por un lado, no se expresó tanto en términos de que la minoría se estuviera imponiendo a la mayoría, sino de que los derechos “individuales” se estaban imponiendo a la decisión mayoritaria (naturalmente, hay que tener en cuenta que los individuos de que se trataba (los delincuentes) no contaban con muchas posibilidades de hacer oír su voz ni como mayoría ni como minoría). Y, en segundo lugar, que la acusación que se hacía al Tribunal no era tanto la de estarse “oponiendo” a la voluntad popular, como la de estarse “adelantando” a la opinión popular sin dejar a las legislaturas el tiempo necesario para que trataran de dar solución a los problemas. De hecho, cuando se dictó *Miranda* existían proyectos de reforma legal en materia de confesiones.

En todo caso, con el apoyo popular obtenido, Nixon nombraría a Warren Burger Presidente del Tribunal Supremo, entre otras cosas, por su oposición a estas decisiones⁴⁷⁰. El Tribunal, efectivamente, redujo en parte el alcance de *Miranda*⁴⁷¹ en varias decisiones posteriores.

Tal como antes se dijo, se expondrá ahora la separación entre la doctrina y la opinión pública.

Como se ha visto a lo largo de los treinta años que van desde el abandono de los planes de *court-packing* de Roosevelt hasta el final del Tribunal Warren, la opinión pública se manifestó acerca del Tribunal dependiendo, básicamente, de la actividad de éste. Es decir, que las críticas se referían, fundamentalmente, al fondo de los asuntos. En ocasiones, claro es, esta crítica adoptó forma contramayoritaria pero, en muchas ocasiones, por el contrario, no.

⁴⁷⁰ Vid. BURGER, Warren E., “Rights and Wrongs of U.S. Justices”, en *Reader's Digest*, Agosto, 1969, p. 84.

⁴⁷¹ Por ejemplo, *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Michigan v. Mosley*, 423 U.S. 96 (1975); *North Carolina v. Butler*, 441 U.S. 369 (1979); *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980).

Lo que interesa destacar, ahora, es que a lo largo de este mismo período se produjo un muy intenso debate doctrinal sobre las funciones y actuación del Tribunal Supremo en el que participaron profesores, jueces y algunos medios de comunicación. Ahora bien, aunque la objeción contramayoritaria terminaría ocupando la posición central de este debate, dicho protagonismo no coincidió, temporalmente, con aquellos momentos en que existía una mayor inquietud por su actuación. Más aun, se ha dicho que “what is most stark is how academic anxiety about the role of the Supreme Court seemed to occur distinctly separate and apart from what the Court actually was doing”⁴⁷². La preocupación, más bien, era sobre lo que la Corte *podría* llegar a hacer.

Como antes se vio, entre 1937 y 1952, el Tribunal apenas adoptó decisión alguna que trascendiera a la opinión pública y, subsiguientemente, no recibió apenas críticas de ninguna especie. El debate académico, sin embargo, fue muy intenso y sentó las bases de lo que sería el planteamiento clásico de Bickel. Dicho debate se vio impulsado por la muy intensa fragmentación en el voto del Tribunal. Acabada la batalla por el New Deal en la que hubo una considerable unanimidad, las diferencias de fondo existentes entre los magistrados del Tribunal aflorarían en los casos sobre libertades civiles y en términos muy duros. Las diferencias no eran, en realidad, sobre el fondo de los asuntos que, en muy buena medida compartían. Como ha señalado el Prof. Friedman “Had these men [los magistrados del Supremo] been in the legislature together, most of the may have voted similarly”⁴⁷³. Las discrepancias eran sobre la “función” del Tribunal Supremo.⁴⁷⁴ Estas discrepancias se manifestarían, primero, en las propias sentencias y, después, en trabajos doctrinales. En *West Virginia Board of Education v. Barnett*⁴⁷⁵ el juez Frankfurter se manifestaba en términos abiertamente contramayoritarios: “If the function of this Court is to be essentially no different from that of the legislature [...] then indeed judges should not have life tenure and they should be made directly responsible to the electorate”. En 1943, inspirado en este tipo de afirmaciones

⁴⁷² FRIEDMAN, Barry, “The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁷⁴ “The Justices are not divide on political issues but on the understanding of their function”, SCHLESINGER, Arthur B. Jr., “The Supreme Court: 1947”, en *Fortune*, enero, 1947, p. 73.

⁴⁷⁵ 319 U.S. 651-652.

Commager escribiría *Majority rule and minority rights*, concluyendo que la “*judicial review* has been a drag upon democracy”⁴⁷⁶. En 1952 aparecerían dos importantes artículos cuyos mismos títulos ya anuncian la obra de Bickel: “*The Supreme Court and the general will*” y “*The Democratic Character of Judicial Review*”⁴⁷⁷.

En 1954, por el contrario, en medio de la tormenta mediática y de opinión ocasionada por *Brown*, la doctrina se mantendría en silencio por obvias razones. Una intervención, incluso de lo más teórico, en defensa de la auto-limitación judicial hubiera sido leída en términos políticos como una defensa de las políticas racistas y discriminatorias de los estados del Sur. Ante tal riesgo, la academia permaneció en silencio.

A finales de los 50, sin embargo, y coincidiendo con las decisiones “comunistas”, las críticas contramayoritarias alcanzarían entre la doctrina su punto más alto. En 1957 el Juez Learned Hand, el que era considerado el juez más importante de Estados Unidos, al final de su carrera, en las Holmes Lectures de la *Harvard Law Review* se manifestó en términos extraordinariamente críticos sobre el activismo judicial y hasta sobre la propia *judicial review*. Al año siguiente, en estas mismas conferencias Herbert Wechsler⁴⁷⁸ lanzaba críticas semejantes sobre el Tribunal Warren. Casi todos los autores posteriores señalarían estas conferencias como el punto de partida de toda la doctrina⁴⁷⁹. Henry Hart, en su *Foreword* al *1958 Term*, señalaba la falta de crítica

⁴⁷⁶ COMMAGER, Henry Steele, *Majority rule and minority rights*, Oxford University Press, London, 1943, p. 428.

⁴⁷⁷ ROSTOW, Eugene V., “The Democratic Character of Judicial Review”, en *Harvard Law Review*, vol. 66, 1952, pp. 193 y ss. (pro-activismo); SUTHERLAND, Arthur E., “The Supreme Court and the General Will”, en *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, 1952-1953, (pro-selfrestraint).

⁴⁷⁸ Después en WECHSLER, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 1-35. Sobre Wechsler, véase, en España, ARBÓS, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *op. cit.*, pp. 263-298.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, DEUTSCH, Jan G., “Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some intersections between Law and Political Science”, en *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968, pp. 168 y ss.; HENKIN, Louis, “Some Reflections on Current Constitutional Controversy”, en *U. Pa. Law Review*, vol. 109, 1961, pp. 637 y ss.; McCLOSKEY, Robert G., “The Supreme Court, 1961 Term – Foreword: The Reapportionment Cases”, en *Harvard Law Review*, vol. 76, 1962, pp. 54 y ss.

doctrinal como una de las razones de los excesos judiciales. Dicha crítica no faltaría en los años sucesivos⁴⁸⁰.

Aunque estos críticos trataron de separar sus intervenciones de las implicaciones políticas de las mismas⁴⁸¹, obviamente, no lo consiguieron. Charles Black, por ejemplo, señala que resulta “surprising to find a number of scholars of the law, friends, in the main, neither of the suppression of political eccentricity nor of racism, have in effect joined hands with the Supreme Court more ideological critics”. O, en terminos más radicales, *Newsweek* (11 de mayo, 1964) señalaba que en la crítica al Tribunal se unían “critics, who range from the know-nothing of the extreme right to the savants of the law schools”⁴⁸².

Como es sobradamente sabido, este debate adquiriría forma clásica tras la intervención en el mismo de Alexander Bickel. En primer lugar, en la *Harvard Law Review*⁴⁸³ elogiando las “*passive virtues*”, conforme a las cuales el Tribunal debía evitar las “*constitutional questions*”, para permitir que su solución madurara en los poderes políticos del Estado. Posteriormente, en el tantas veces citado, *The Least Dangerous Branch*⁴⁸⁴, Bickel emplearía por primera vez la expresión “counter-majoritarian difficulty” para referirse a las tensiones existentes entre *judicial review* y gobierno democrático. Según Bickel el control del tribunal se realiza “not in behalf of the prevailing majority, but against it”⁴⁸⁵ y nada “can alter the essential reality that judicial review is a deviant institution in the American democracy”⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ HART, Henry M. Jr., “The Supreme Court, 1958 Term – Foreword: The Time Chart of the Justices”, en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 84 y ss.; GRISWOLD, Erwin N., “The Supreme Court, 1959 Term – Foreword: of Time and Attitudes – Professor Hart and Judge Arnold”, en *Harvard Law Review*, vol. 74, 1960, pp. 81 y ss.

⁴⁸¹ Por ejemplo, BICKEL, Alexander M. “Mr. Justice Black: The Unobvious Meaning of the Plain Words”, en *New Republic*, 14 de marzo, 1960, p. 13.

⁴⁸² Citados por FRIEDMAN, Barry, “The History of Counter-majoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸³ BICKEL, Alexander M., “The Supreme Court, 1960 Term – Foreword: The Passive Virtues”, en *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961, pp. 40 y ss. Luego, en el capítulo cuarto de *The Least Dangerous Branch*.

⁴⁸⁴ BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 17.

Se expondrán, por último, las razones que pueden explicar la persistencia de estas críticas doctrinales en términos contramayoritarios, incluso en aquellos contextos en que el Tribunal ni es criticado por la opinión pública, ni puede objetivamente afirmarse que contradiga la opinión popular.

En primer lugar, hay que señalar que estas primeras formulaciones fueron contestadas en términos de la verificabilidad de sus afirmaciones. Podemos resumirlas en tres: el gobierno norteamericano es democrático, la mayoría gobierna en el legislativo, los Tribunales no reflejan la opinión popular.

Frente a la afirmación desnuda de democraticidad, numerosos autores han insistido en que el gobierno norteamericano no es un gobierno sólo democrático, sino la suma o confluencia de varios factores, tales como la defensa de la libertad individual, el principio de igualdad, etc. Todo lo cual se reflejaría en instancias en las que no se aplica mecánicamente el principio de mayoría, sino que se ve complementado con otro tipo de estructuras o principios (la composición del Congreso, sin ir más lejos, con una cámara de representación popular y otra de representación territorial)⁴⁸⁷.

Frente a la presunta democraticidad o representación de la opinión popular del poder legislativo, los teóricos de la “Public Choice”, entre otros muchos, han insistido en que la legislación es, fundamentalmente, el resultado de un proceso cooptativo y competitivo entre grupos de presión y no la traducción de ninguna (inexistente) opinión pública⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁸⁷ Por ejemplo, CHEMERINSKY, Ervin, “The Supreme Court, 1988 – Foreword: The Vanishing Constitution”, *op. cit.* O, en aquel momento, ROSTOW, Eugene V., “The Supreme Court and the People’s Will”, en *Notre Dame Lawyer*, vol. 33, 1958, pp. 573 y ss.; BLACK, Charles L. Jr., “The Supreme Court and Democracy”, en *Yale Law Review*, vol. 50, 1960, pp. 188 y ss. Este tipo de planteamiento, ha sido, igualmente, retomado en Europa con mucha intensidad por L. Ferrajoli en lo que denomina “dimensiones sustantivas o materiales” de la democracia, *vid.* FERRAJOLI, L. y otros, Los fundamentos de los derechos fundamentales, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Editorial Trotta, Madrid, 2001.

⁴⁸⁸ *Vid.*, por ejemplo, PILDES, Richard H. y ANDERSON, Elizabeth S., “Slingshot Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics”, en *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 2121 y ss.

Por último, numerosos politólogos y sociólogos del derecho insistieron en que el Tribunal nunca permanecía apartado de la opinión pública mayoritaria durante mucho tiempo. Robert Dahl, por ejemplo, afirmaría: “The policy views dominant on the Courts are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States”⁴⁸⁹.

En definitiva, la objeción contramayoritaria resultaría normativamente incorrecta por basarse en una incorrecta descripción tanto del sistema constitucional norteamericano, como de la actuación del Tribunal. Sin embargo, estas alegaciones, apenas hicieron mella en la corriente principal de la doctrina norteamericana que siguió tratando de resolver esta dificultad y considerándola, por tanto, descriptivamente correcta y normativamente pertinente. Como antes se anunció, tres son las razones que pueden explicar la persistencia de la objeción contramayoritaria.

En primer lugar, la imparable extensión del realismo jurídico con su afirmación acerca de la imposibilidad de obtener un sentido único del texto constitucional, más allá del texto que se aplica, suponía que los valores de los jueces estaban necesariamente llamados a desempeñar un papel fundamental a la hora de adoptar sus decisiones. Esta subjetividad, contraria al *rule of law* y las bases mismas en las que se basa la función judicial como independiente, impersonal, abstracta, etc., fue impugnada, sobre todo, en relación con el “*double standard*” que se aplicaba a las decisiones económicas, por un lado (deferencia), y las decisiones sobre libertades civiles, por otro (activismo). Los críticos del Tribunal sostuvieron que si no existía ningún criterio, más allá de los propios valores, para decidir cuándo el Tribunal debía intervenir, la única posición razonable era la de una amplia deferencia al legislador (hasta el punto de sugerir, incluso, la supresión de la *judicial review*⁴⁹⁰).

Esta posición trae consigo dos importantes consecuencias. De un lado, la “deferencia” no constituye guía o patrón alguno de acción. La cuestión sigue siendo

⁴⁸⁹ DAHL, Robert A., “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, en *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 285.

⁴⁹⁰ *Vid. supra* n. 397.

cuándo y hasta qué punto debe ser deferente el Tribunal⁴⁹¹. Las polémicas políticas, por tanto, tan sólo se desplazan desde justicia constitucional sí/no, en general, a deferencia judicial sí/no para un caso concreto. Y, en segundo lugar, y es lo que aquí más importa. Si la Constitución no tiene un sentido investigable y los jueces deben deferir su intervención al legislador, entonces el patrón para medir toda actividad del tribunal es enjuiciable en términos de su consonancia con la opinión democrática. Toda intervención del tribunal se vuelve, así, *ex definitione*, contramayoritaria. En este cuadro teórico la objeción es irresoluble, se vuelve estructural, sólo caben dos alternativas, prescindir del Tribunal o justificar su persistencia por razones diferentes pero reconociendo su carácter antidemocrático.

La segunda razón, como se dijo, es la estrechísima vinculación entre Hand, Frankfurter, Commager, etc. que hizo que el debate se planteara en unos términos de dislocación histórica. En lugar de considerar las actuaciones del Tribunal en el presente, se tenían en cuenta, fundamentalmente, las opiniones de los jueces que se habían opuesto a la aplicación activista de la propiedad contra las reformas económicas en la fase anterior. “In this way the terms of the debate were not set so much by the press of events, as by those iconic figures of the law”⁴⁹².

La tercera razón que, en cierto sentido, resume a las demás, es la que ha sido denominada el dilema liberal. Efectivamente, la fijación con la objeción contramayoritaria tiene mucho que ver tanto con las creencias genéricas sobre el gobierno, como con las opciones políticas concretas del momento.

Lo cierto es que los cambios que experimentó el Tribunal no pueden ser más llamativos. Si en la época anterior se había esforzado por frustrar el gobierno popular,

⁴⁹¹ Indudablemente, se han propuesto innumerables técnicas o principios para neutralizar esta arbitrariedad, empezando por el argumento de la neutralidad propuesto por Wechsler. *Vid. supra*, n. 478. Como luego se verá, el que probablemente haya tenido más éxito es el argumento procesualista de Ely (son legítimas las decisiones que mejoran o protegen el proceso democrático) desarrollado a partir de la célebre nota a U.S. v. *Carolene Products*, 341 U.S. 152-153, n. 4 (1938), del juez Stone. *Vid. infra* p. 272.

⁴⁹² FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of an Academic Obsession”, *op. cit.*, p. 58.

contraponiéndole la propiedad privada, el Tribunal Warren se concentró en hacer posible y más profundo este gobierno popular (*reapportionment cases*) y en defender las libertades individuales frente a los excesos del poder.

Mientras los conservadores podían atacar estas nuevas decisiones por el fondo del asunto, es decir, sin criticar al Tribunal como tal, sino sólo las decisiones que *este* tribunal estaba adoptando, los liberales se veían ante la difícil tarea de reconciliar su convicción sobre las bondades del procedimiento democrático y la satisfacción con las decisiones que el Tribunal estaba adoptando. Al haber igualado, como consecuencia de la influencia del realismo jurídico, decisión judicial y decisión ordinaria, la posibilidad de que el Tribunal interfiriera con el Legislativo se percibía cada vez como más intolerable. Al tiempo, las decisiones del Tribunal eran la garantía de funcionamiento del sistema democrático. El caso más claro de este doble vínculo lo constituye la posición de Wechsler ante *Brown*. Mientras sobre el fondo declaraba que esta decisión “have the best chance of making an enduring contribution to the equality of our society of any that I know in recent years”. Sin embargo, sostuvo que la decisión no debió adoptarse ya que el Tribunal no identificó ningún “principio neutral” en el que apoyar su decisión y, lo que es más, él mismo no se sentía capaz tampoco de encontrar ninguno⁴⁹³. Esta misma actitud se repitió al hilo de otros casos, entre diferentes autores del momento.

Evidente, existía un problema contramayoritario desde el punto de vista liberal y éste podía activarse, incluso, cuando el Tribunal no sólo no adoptaba posiciones contrarias a sus ideales, sino que no adoptaba ninguna decisión. Y ello porque, como hemos visto, se trataba de un problema potencial permanente.

Pese a todo, y con la citada excepción del juez Hand, prácticamente ninguno de estos autores propuso una supresión pura y simple del Tribunal. Lo curioso del caso es que las discusiones más amplias y completas sobre la objeción contramayoritaria se

⁴⁹³ WECHSLER, Herbert, Principles, Politics, and Fundamental Law, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1961, p. 37

encuentran en los trabajos que, a fin de cuentas, pretende ser una defensa y no un ataque a la justicia constitucional⁴⁹⁴. Como es obvio, la más vasta exposición de la objeción contramayoritaria es el libro de Bickel que, no conviene olvidarlo, no es un ataque sino una defensa de la *judicial review*.

Bickel, en definitiva, constituye un punto de inflexión en el trabajo doctrinal sobre el Tribunal Supremo. Si se quiere, una “teorización” de la reflexión, frente a la atención anterior a los “hechos”. Bickel se encuentra entre las críticas anteriores a la actuación del Tribunal (no en términos contramayoritarios, sino referidas al fondo de los asuntos) y las defensas teóricas que intentarán hacer frente a la objeción contramayoritaria en el futuro. Y, con ello, como luego se verá, impuso una fijación de la discusión constitucional americana en los presupuestos liberales que inspiraron su obra. A estas discusiones teóricas se dedican las páginas siguientes.

⁴⁹⁴ Entre las más completas, ROSTOW, Eugene V., “The Democratic Character of Judicial Review”, *op. cit.*; y BLACK, Charles L. Jr., The people and the Court: judicial review in a democracy, MacMillan, New York, 1960.

2.- APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA.

Como ya se ha indicado reiteradamente el análisis de la posición y funciones del Tribunal Supremo norteamericano se ha convertido en la pieza central de la doctrina constitucional norteamericana. Por ello, las aproximaciones al mismo son innumerables, prácticamente, tantas como autores se ocupan del Derecho Constitucional. Por lo que todo acercamiento debe ser necesariamente selectivo. El que aquí se adoptará es el siguiente.

En primer lugar, se expondrá el planteamiento originario de la crítica contramayoritaria tal como quedó recogido en la obra de Bickel. En segundo lugar, se abordarán tres posiciones que denominaremos “clásicas” tanto por haberse convertido en referentes permanentes de los estudiosos posteriores, como por ocupar, digamos, posiciones topográficamente opuestas en el panorama constitucional. Además, como se verá después, las posiciones de cada uno de ellos están construidas en muy buena medida, tanto sobre el patrón argumentativo del anterior, como en forma de crítica a los contenidos concretos de dicho razonamiento⁴⁹⁵. Se trata de la filosofía moral de Ronald Dworkin y su defensa de la justicia constitucional encarnada en el figura del juez Hércules. Del acercamiento procesalista de John Hart Ely y su, digamos, posición intermedia ante la justicia constitucional (defensa con matices), y la posición radicalmente pro-democrática de Jeremy Waldron (oposición a la justicia constitucional). Con ello, se pretende incluir de manera resumida el conjunto de posiciones del resto de los autores. Ya que, en cierto sentido, éstas constituyen diferentes combinaciones de las posiciones de aquéllos.

Por último, se realizará una brevísima referencia a las contribuciones a este debate producidas en los últimos años. De esta forma, se pondrá de manifiesto tanto la vitalidad del debate, como la posible dirección que puede estar adoptando. Todo lo cual

⁴⁹⁵ *Vid. infra*, pp. 259 y ss.

debe servir como marco de referencia, posteriormente, a la hora de analizar las modificaciones de la justicia constitucional mexicana.

a) El planteamiento originario de la objeción contramayoritaria.

Como es sabido, Bickel toma el título de su obra y comienza su exposición con una cita de Alexander Hamilton en el número 78 de *El Federalista*: “Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un Gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la constitución porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes”⁴⁹⁶. De esta forma, se señala la conclusión a la que se pretende llegar, la defensa de la actuación del Tribunal. Para ello, Bickel adopta la siguiente estrategia argumentativa. Comienza por separar dos facetas en toda acción política: de un lado las consecuencias inmediatas pretendidas por la misma (es decir, el fondo político de la decisión o, si se prefiere, la preferencia por la mayoría de una entre varias opciones alternativas) y, de otro, la relación entre esta decisión y los valores fundamentales que, según el consenso social expresado en la constitución, deben regir la actuación de los órganos políticos (es decir, su enjuiciamiento, digamos, moral contra esos valores positivizados que son los artículos de la Constitución). Pues bien, Bickel afirmará que si bien los Tribunales no están capacitados para ejercer la primera de estas funciones, si lo están en cambio, para enjuiciar la segunda. O lo que es lo mismo, aunque no pueden escoger entre políticas alternativas (tarea que corresponde a los poderes representativos), sí pueden juzgar si las decisiones efectivamente adoptadas son compatibles con los valores expresados en la Constitución. De esta forma, Bickel se opone a los argumentos de Hamilton o Marshall que colocan a la invocación al pueblo como justificación de la revisión judicial. Los jueces “ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto [...] es lo que realmente ocurre [...] ésta es la razón por la que se puede acusar al poder judicial de ser antidemocrático”⁴⁹⁷. La razón por la que los tribunales podrían realizar esta tarea se deriva de su mayor capacidad para percibir dichos valores. Capacidad que surge de su formación, independencia y del mayor tiempo de que disponen para estudiar los asuntos

⁴⁹⁶ HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, *op. cit.*, p. 330-331.

⁴⁹⁷ BICKEL, A., *The least dangerous branch*, *op. cit.*, p. 18.

(no sólo más tiempo en términos absolutos, sino tiempo de mayor calidad, en la medida en que las decisiones de los jueces no coinciden temporalmente con los problemas a cuya resolución tratan de atender las opciones legislativas, es decir, no se adoptan *en caliente*)⁴⁹⁸, con ello el Tribunal puede “apelar a la mejor esencia del hombre, a sus más profundas aspiraciones, que pueden haber sido dejadas a un lado en los momentos difíciles”⁴⁹⁹.

Como puede verse, el problema se desplaza al de la determinación de estos valores desde los que juzgar las acciones de las otras ramas del poder. Como ha señalado Xavier Arbós, a diferencia de lo que sucede con Wechsler que “se refiere a principios jurídicos, en el sentido de que son elaborados por jueces para dar una base a su argumentación jurídica. Los principios a los que Bickel hace referencia son una pauta de conducta más amplia, que se pretende derivada de valores políticos acerca de los que existe un amplio consenso social”⁵⁰⁰. El Tribunal debía adoptar sus decisiones de conformidad con los valores sociales encarnados en el ordenamiento, pero con una salvedad que introduce, indudablemente, un (aun más) elevado grado de indeterminación: “The Court should declare as law only such principles as will –in time, but in a rather immediate future– gain general assent”. Es decir actuar como “guía”, como “forjador y profeta de la opinión que va a prevalecer y perdurar”⁵⁰¹.

Este señalamiento del Tribunal como intérprete último de los valores máximos del sistema político, tiene dos lecturas posibles. Una autoritaria y elitista y otra más dialógica y democrática. Según la primera, lo que en definitiva afirmaría Bickel es que “los jueces aparecen como sujetos mejor capacitados para conocer y defender tales “valores básicos”, aun en relación con los mismos individuos que van a resultar afectados por las consecuencias de su defensa de dichos valores”⁵⁰². Dicho

⁴⁹⁸ “Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government”, *ibidem*, cap. I.

⁴⁹⁹ Sobre este aspecto, *vid.* ELY, J. Hart, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁰⁰ ARBÓS, X., “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *op. cit.*, p. 287.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 288.

⁵⁰² GARGARELA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, *op. cit.*, p. 74. En general, véase el capítulo 2 de esta misma obra, para una defensa muy convincente de esta interpretación.

apodícticamente, el Tribunal porque sabe, debe imponerse. Para la segunda, por el contrario, si el Tribunal debe convertirse en guía y forjador de opinión, ello sólo podrá realizarlo si satisface dos requisitos. En primer lugar, una aproximación progresiva a su labor. Es decir, no podrá pretender imponer convicciones o valores totalmente ajenos al consenso social. En segundo lugar, su tarea sólo tendrá éxito en la medida en que sea capaz de razonar sus decisiones convincentemente y de abrir un diálogo con la sociedad en forma tal que ésta no perciba las decisiones como imposiciones sino como persuasiones. Por decirlo en sus términos más clásicos, si en lugar de hacer uso de la *potestas*, ejerce la *auctoritas*⁵⁰³. Como señalaría Ely⁵⁰⁴ esta argumentación ofrece dos puntos débiles. El primero es que en una sociedad ampliamente fragmentada y atravesada por conflictos de intereses, no parece probable que exista ningún valor del que pueda decirse que es socialmente compartido y, menos aun, del que pueda predecirse su aceptabilidad futura. O, incluso de existir, siempre lo hará en competencia con otros, igualmente aceptables para otra parte de la sociedad. En segundo lugar, la búsqueda del consenso social no parece la base más firme para la defensa de las libertades individuales (o de las minorías) frente a la acción de las mayorías en el Gobierno.

⁵⁰³ Esta interpretación sería la que daría lugar a la así llamada escuela de la “reasoned elaboration”, conforme a la cual el Tribunal debería siempre, en primer lugar, ofrecer las razones de su decisión; en segundo lugar, exponer dichas razones de forma coherente y completa; en tercer lugar, que dichas razones hubieran pasado por una fase de discusión colectiva y, por último, que contaran con alguna relación con las preferencias de la sociedad. Sobre esta escuela véase, WHITE, G. Edward, “The Evolutions of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change”, en *Virginia Law Review*, vol. 59, 1973, pp. 279-302.

⁵⁰⁴ ELY, John Hart, “The Supreme Court 1977 Term – Foreword: On discovering fundamental values”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, pp. 5-55.

b) Tres posiciones clásicas.

b.1) Ronald Dworkin.

La obra de Ronald Dworkin constituye, probablemente, la defensa más enérgica de la tarea del Tribunal Supremo dentro del esquema de reparto de poderes norteamericano y una de las referencias permanentes en la discusión doctrinal. Hasta el punto de que muchas de las posiciones doctrinales posteriores deben entenderse como críticas o diálogos con el pensamiento dworkiano.

Aunque *Taking rights seriously*⁵⁰⁵ (una colección de artículos) supone, en realidad, un intento de construir una teoría global del derecho constitucional desde el punto de vista liberal de su propia filosofía moral, aquí, se abordará tan sólo lo que se refiere a la actividad de los jueces y al papel y funciones de la justicia constitucional⁵⁰⁶.

Para Dworkin existen dos tipos de actividades de las que se ocupa el derecho y, consecuentemente, dos tipos diferentes de discursos justificadores de los mismos. De un lado, el que se refiere a los derechos individuales y, de otro, el que se refiere a los “objetivos sociales colectivos”, es decir, a las finalidades que se pretenden alcanzar con las diferentes políticas estatales. Mientras que los primeros son individualizables y divisibles igualmente puesto que siempre tienen titulares concretos de los mismos y pueden ser ostentados por todos los individuos simultáneamente (libertad de expresión, derecho a la vida, etc.), los segundos son de tipo agregativo y se refiere a la población considerada globalmente y no a título individual (orden público, prosperidad económica, desarrollo, etc.).

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977. Traducción castellana de Marta Guastavino en DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

⁵⁰⁶ La bibliografía sobre Dworkin es amplísima. Pueden consultarse útiles resúmenes y comentarios a su obra en WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 459 y ss.; GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.; FERRERES Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

Pues bien, según Dworkin mientras que los segundos son la tarea natural y exclusiva de la política y los políticos (dicho de otro modo, responsabilidad del llamado “circuito democrático”), a los jueces les corresponde la tutela de los primeros. La *judicial review*, por tanto, debe poner límites a las políticas públicas cuando éstas interfieran en la esfera individual protegida por el derecho y, se entiende, abstenerse de juzgarlas en caso contrario.

Dworkin trata de dar especificidad epistemológica a esta tarea elaborando otra distinción fundamental en su obra. La que separa los “conceptos” de las “concepciones”⁵⁰⁷. Mientras que los primeros encierran ciertas opciones morales, las segundas son aplicaciones de los mismos. Los conceptos tienen no carácter vago, sino abstracto. Sólo pueden considerarse vagos cuando se los confunde con las concepciones. Pues bien, la Constitución no incluiría, en opinión de Dworkin, concepciones sino conceptos. Las acusaciones sobre indeterminación que se vierten sobre la Constitución, lejos de ser defectos, son virtudes. Por ejemplo, la Constitución prohíbe los castigos “cruels”, realiza, por tanto, una opción moral a favor de la “humanidad”, pero no prejuzga ninguna concepción específica de la crueldad o de la humanidad, diferentes comunidades humanas pueden sostener en diferentes momentos diferentes concepciones (o aplicaciones) de este concepto, sin que el mismo quede desconocido.

A los Tribunales les corresponde, por tanto, no determinar cuáles son los conceptos que deben guiar la actividad legislativa, al contrario, son justamente estos conceptos los límites y guías de su actuación (los tribunales, conservando el ejemplo anterior, no podrían “optar” por un sistema “cruel”), sino determinar qué concepción pone en marcha para el presente la previsión constitucional.

El problema se traslada, por tanto, a cómo deben determinar los jueces qué concepciones son concreciones para el presente de los conceptos constitucionales (por ejemplo, ¿constituye en el presente, al margen de lo que pensaran originalmente los

⁵⁰⁷ Vid. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, op. cit., 1977, cap. V: “Constitutional Cases”.

padres fundadores, la pena de muerte un castigo “cruel”): ¿aplicando sus propias concepciones? ¿las de la mayoría? ¿las de algún grupo en particular?

Para realizar esta formidable tarea de determinación de las concepciones que expresan los conceptos constitucionales, Dworkin imagina un juez de extraordinarias capacidades al que denomina *Juez Hércules*. Como luego se verá, las razones de esta hipótesis tienen que ver con su estrategia argumentativa, en el sentido de que si un juez con tales facultades fuera capaz de realizar esta ingente tarea, entonces el problema reside, básicamente, en encontrar (léase, formar, seleccionar, etc.) a dichos jueces y no en impugnar la función jurisdiccional como un todo. Lógicamente, *sensu contrario*, si ni el *Juez Hércules* puede realizar esta tarea, entonces sólo cabe prescindir de la *judicial review*. Dworkin quiere también implicar que otras soluciones, ni realizadas por otros Hércules (el Legislador Hércules, el Gobernante Hércules, etc.) resultarían satisfactorias por las razones que luego se verán.

Dworkin trata de dar respuesta a lo que son tanto las posibles objeciones más evidentes a su posición teórica, como también a las que constituían principales críticas en el plano político a la labor del Tribunal. Podemos resumir ambas cuestiones con los siguientes términos. La función de los Tribunales sería, según sus críticos, arbitraria e ilegítima.

Arbitraria, obviamente, porque en el marco del realismo jurídico dominante (*vid. supra* pp. 246 y ss.), lo que los jueces realizarían es, ni más ni menos, que una sustitución de las previsiones constitucionales por sus propias concepciones con la consecuencia, aparte de otras de carácter moral que luego se abordarán, de una absoluta arbitrariedad en la aplicación del Derecho. Sería imposible predecir sin conocer personalmente a los jueces cuáles son las “concepciones” que implica la Constitución para el presente, lo que es lo mismo que decir que desaparecería la estabilidad, previsibilidad, generalidad, etc. en el derecho que caracterizan al *rule of law*. La jurisprudencia se disolvería en sociología o psicología (los valores culturales o

individuales de *estos* jueces en concreto y no una elaboración sobre normas, principios, etc.).

Frente a esta crítica, Dworkin va a tratar de limitar la “apertura” o “indeterminación” de la interpretación y aplicación judicial de los conceptos. Y ello, fundamentalmente, a través de dos procedimientos: el de los “casos típicos” y el de la “integridad” del orden jurídico. En una estrategia que recuerda a la de Wechsler o aun de Bickel.

Dworkin sostiene que el hecho de que los conceptos no sean “concretos” o, mejor dicho, no aparezcan concretados en formas de concepciones, no quiere decir que puedan admitir cualquier tipo de contenido (la crueldad puede no aparecer concretada en concepciones, pero la palmadita en el hombro no parece que pueda contarse entre sus instancias, por ejemplo). Según Dworkin existen casos típicos que ejemplifican el entendimiento colectivo los conceptos. Estos casos típicos actuarían como guías epistemológicas a la hora de decidir otros casos, en el sentido de que habría que proyectar sobre éstos los principios (las razones) que nos hacen decir de los casos típicos que son instancias del concepto. Por ejemplo, los casos típicos de crueldad deben servirnos para descubrir las razones por las que consideramos algo como cruel, una vez aisladas éstas, debemos comprobar si en los casos dudosos, podemos aplicar el mismo razonamiento. En definitiva, lo que implica esta forma de razonar es una limitación sobre las razones que pueden introducirse en el juicio o, si se prefiere, una prohibición a que se contrabandeen razones nuevas que nunca estuvieron previstas en el concepto. Por ejemplo, una pena no podría ser considerada cruel por, digamos, atentar contra la propiedad privada, toda vez que en los casos típicos de “crueldad” (“el pulgar de hierro”) no se toma para nada en consideración dicho principio. Es decir, un juez podrá declarar un determinado castigo como cruel (es decir, sostener que la concepción de crueldad incluye como instancia tal castigo) pero sólo alegando del mismo, aunque parezca redundante, que es cruel y ninguna otra cosa, y alegando que es cruel por las mismas razones que son crueles los casos típicos de crueldad.

El principio de integridad supone que las interpretaciones parciales que se realicen de cada norma para pasar de los conceptos a las concepciones, deben integrarse en una interpretación global y sistemática del ordenamiento jurídico presupuesto por la Constitución.

La presunción que existe detrás de esta afirmación es que el conjunto de conceptos expresados en la Constitución refleja una *Weltanschauung* coherente. Un conjunto de valores integrados armónicamente y sin contradicción. Pues bien, el desarrollo de las concepciones que realicen los jueces debe respetar este equilibrio existente entre los conceptos, sin que puedan resultar admisibles concepciones que partiendo de un concepto supriman la posibilidad de desarrollo de otros conceptos diferentes o alteren el equilibrio o balance existente, originalmente, entre ellos. Se trata de una nueva restricción a la posible arbitrariedad en la medida en que exige conservar en las concepciones el mismo tipo de relaciones recíprocas que existen entre los conceptos, lo que las convierte en más estables, previsibles, etc.

Se podría decir que mientras que los casos típicos garantizan la objetividad y seguridad vertical de las concepciones, el principio de integridad garantiza su objetividad y seguridad horizontales. Mientras que el primero garantiza una suerte de *continuidad temporal* de cada concepto en sus diferentes concepciones, el segundo garantiza la *continuidad topográfica* de sus relaciones.

Por lo que respecta a la ilegitimidad, ésta se derivaría naturalmente de la creencia de que “...todos los temas pendientes, incluyendo los principios morales y políticos, deben ser resueltos por instituciones que son políticamente responsables...”⁵⁰⁸ en un sistema que se autoconsidera democrático.

Dworkin responde a esta crítica con una doble argumentación. Por un lado, negará que exista una sola categoría de asuntos públicos en la que quepa englobar

⁵⁰⁸ WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 460.

“todos los temas”. En segundo lugar, admitida esta división, no a todos ellos les corresponde un procedimiento democrático de resolución.

Como antes se vio, Dworkin distingue entre las cuestiones que atañen a los derechos individuales y las que se refieren a los objetivos sociales colectivos. Lo que caracterizaría, justamente, al constitucionalismo como forma de organización sociopolítica frente a la mera “democracia”, es que mientras que la segunda encomienda todos los asuntos a la decisión de la mayoría, el primero excluye de ella a los derechos individuales. Si se admite por las razones antes expresadas, la diferencia entre estos dos tipos de cuestiones, lo que quedaría por probar es que a los derechos individuales no les corresponde una decisión mayoritaria y que, consecuentemente, en estos temas es más defendible el activismo judicial que la *self-restraint*.

Dworkin comienza por matizar la interpretación, digamos, vulgar de la regla democrática, según la cual las decisiones políticas generales (y, en particular, las que se refieren a objetivos sociales colectivos) se adoptarían mediante simple aplicación de la regla de mayoría. Efectivamente, para adoptar la mayor parte de las decisiones en el Estado contemporáneo se requiere la participación (competitiva) de un cierto número de poderes, en forma tal, que quienes en uno de ellos pueden ser mayoría, pueden ser, sin embargo, minoría en los demás. O, dicho de otro modo, que las decisiones democráticas también están afectadas por el diseño general de *checks and balances* de las constituciones liberales. Podría parecer, por tanto, que ninguna decisión se adopta por aplicación simple de la regla de mayoría y que, por tanto, en ningún caso, se hacen necesarias garantías adicionales. Dworkin negará esta idea. En su opinión, en los litigios sobre derechos individuales, los poderes públicos aparecen simultáneamente como homogéneos y hostiles. Es decir, aparecen como “poder”, entendido como limitación de la libertad individual. Justamente en estos casos, el único control que existe es el control de los tribunales.

Dworkin cree, además, disponer de argumentos en función de los cuales las mayorías resultarían inadecuadas para resolver este tipo de asuntos. Dicho en la forma

más sencilla, si es verdad que en los casos de libertades individuales lo que existe es un litigio entre un individuo (o una minoría) y la mayoría actuando como bloque homogéneo y hostil, la resolución de dicho litigio no puede encomendarse a una de las partes (en este caso, la mayoría) porque según un principio de justicia universal, nadie puede ser juez en su propia causa. Con estas precisiones, la acusación de ilegitimidad de la actuación judicial quedaría destruida. Muy al contrario, lo que resultaría ilegítimo es confiar su resolución al circuito democrático.

Al hacer estas afirmaciones, Dworkin no niega la posibilidad de que el control judicial pueda llegar a degenerar en una tiranía. Ahora bien, conviene advertir que se trataría de una “degeneración” no de la consecuencia del sistema en sí. Los jueces, naturalmente, pueden adoptar decisiones equivocadas y hasta tiránicas, aquí es donde reaparece argumentativamente la figura del Juez Hércules.

Este riesgo no se materializaría en el caso de que el juez fuera capaz de aplicar sin error los procedimientos antes enunciados (casos típicos, etc.), es decir, si fuera el Juez Hércules. El problema se traslada, por tanto, de la legitimidad de la función judicial (que está teóricamente asegurada) a la legitimidad del ejercicio efectivo de la misma (que es teóricamente falible, en caso de no contar con jueces Hércules) y, en último término, por tanto, a la formación y selección de los jueces. Tanto más se aproximen al ideal dworkiano tanto menor será el riesgo de que incurran en un activismo excesivo (o hasta tiránico).

Si hubiera que resumir al máximo la posición de Dworkin frente a la objeción contramayoritaria, ésta consistiría no en negar el carácter antidemocrático de la actuación judicial sino en decir que, según la Constitución norteamericana, ciertas decisiones no deben adoptarse por mayoría, sino dependiendo de sus propios conceptos por parte de los jueces.

b.2) John Hart Ely.

Ely comienza su análisis sobre las relaciones entre democracia y control constitucional en *Democracy and Distrust*⁵⁰⁹ en el punto en que lo dejara Bickel, para criticarlo. Según Ely la historia norteamericana desmentiría la afirmación de la “debilidad” del poder judicial, o de la “facilidad” con la que sus decisiones son ignoradas por los otros poderes. Efectivamente, sólo cuatro sentencias han sido revocadas mediante enmiendas constitucionales⁵¹⁰.

Según este análisis, no bastaría, por tanto, con la invocación de los controles formales existentes en la Constitución para afirmar que la Corte no constituye una amenaza para el gobierno democrático de la nación. Por tanto, si constituye un peligro, deben existir sólidas razones que aconsejen la supervivencia de este activismo judicial y que sean capaces de responder adecuadamente a la acusación contramayoritaria que sobre él pesa.

Varias han sido, en opinión de Ely, las justificaciones que se han intentado. Una justificación posible radica en la existencia de un derecho natural superior a las decisiones legislativas positivas, que justificaría la intervención del Tribunal. Efectivamente, este derecho natural constituiría, por así decir, las pautas en las que debería quedar enmarcado el derecho positivo y la labor del Tribunal sería la de verificar esta compatibilidad entre estos dos órdenes normativos. Como el propio Ely señala, citando a Unger, esta posición está ampliamente desacreditada como consecuencia tanto de la dificultad de aislar estos principios de derecho natural, como de su comparación con normas de derecho positivo: “o bien los fines presuntamente universales [del derecho natural] son demasiado pocos y abstractos como para dar contenido a la idea del bien, o son demasiado numerosos y concretos, como para ser realmente universales. Es preciso elegir, entonces, entre la trivialidad y la

⁵⁰⁹ *Op. cit.*, n. 11 (p. 220).

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 67.

implausibilidad”⁵¹¹. Cada vez es más evidente que las sociedades actuales no creen que exista un orden de valores morales superiores al derecho positivo.

Ahora bien, lo que aquí importa es que este mismo esquema argumentativo se repite, después, con respecto a la Constitución. Si la Constitución es suprema desempeña la misma función respecto del derecho legislado, que el derecho natural desempeñaba respecto del derecho positivo en su conjunto. Existen dos órdenes normativos en relación jerárquica entre los que pueden existir discrepancias. Como el derecho no puede admitir este tipo de antinomias, debe existir un procedimiento para resolverlas. La pregunta, ahora, pasa a ser: admitido que existen dos órdenes normativos y que pueden producirse antinomias entre ellos ¿por qué deberían ser los jueces los encargados de resolverlas?

Ely pasa a revista críticamente a las posiciones, en el fondo, similares de Wechsler, Bickel y Dworkin. Todos ellos utilizan alguna suerte de razonamiento de filosofía moral. Lo que se sostiene, en definitiva, es que existen una serie de patrones morales (“principios neutrales”, los “principios de filosofía moral” o “conceptos”) desde los que enjuiciar el derecho legislado. Y la razón por la que deben ser los jueces los encargados de realizar tales juicios es en su condición de especialistas en filosofía moral. Los autores citados y, sobre todo, Dworkin ven a los Tribunales como órganos morales, como encargados de hacer Justicia y descubrir la Verdad.

Ely negará esta capacidad a los Tribunales. En su opinión ni hay método de filosofía moral⁵¹², ni los jueces estarían, de existir, en mejores condiciones para aplicarlo: “la experiencia sugiere que de hecho habrá un sesgo sistemático en la opción judicial de los valores fundamentales, como es de esperarse, a favor de los valores de la clase media alta profesional de la que, proviene la mayor parte de los abogados y jueces y, dicho sea de paso, de los filósofos morales. Es comprensible que la gente piense que

⁵¹¹ *Ibidem*, pp. 72-73 y UNGER, Roberto Mangabeira, Knowledge and Politics, Free Press, New York, 1975, p. 241.

⁵¹² “El error reside en suponer que existe algo llamado “el método de la filosofía moral”, sobre cuyos contornos coincidirían los expertos, según el cual “sólo hay dos tipos de razonamiento, uno sensato y otro

aquello que consideran importante es lo importante y la gente como nosotros no es la excepción [...] Así, la lista de valores que la Corte y los comentaristas han tendido a consagrar como fundamentales es una lista que los lectores de este libro [*Democracia y Desconfianza*] no tendrán dificultad en identificar: expresión, asociación, educación, libertad académica, privacidad del hogar, autonomía personal, incluso el derecho a no ser encerrada en un papel estereotipado femenino y ser sostenida por su esposo. Pero hay que ver a los teóricos de los derechos fundamentales dirigirse a la puerta a penas se mencionan el empleo, la alimentación o la vivienda: éstos son importantes, ciertamente, pero no son fundamentales”⁵¹³.

Una argumentación similar (inexistencia objetiva más incapacidad subjetiva de los jueces para descubrirlos) se utiliza para otras posibles fuentes epistemológicas para el descubrimiento de los valores constitucionales.

Si la razón se ha probado como una fuente vacía, los dos candidatos alternativos posibles son la tradición y el consenso social. Pues bien, para Ely, ambas son o vacías, indeseables o imposibles de discernir. La tradición, en primer lugar, “puede invocarse para apoyar prácticamente cualquier causa”⁵¹⁴ ya que no se sabe nunca qué tradición exactamente es la que debemos considerar pero es que, aunque pudiera concretarse “hay, no obstante, serios problemas teóricos con la tradición como fuente de valores constitucionales. Su abierto carácter retrógrado pone en evidencia su naturaleza antidemocrática: resulta difícil de compaginar con la teoría de nuestro gobierno, según la cual la mayoría de ayer, suponiendo que haya sido una mayoría, debería controlarla la de hoy”⁵¹⁵.

En lo relativo al consenso, el argumento es semejante, ya que “no hay, de hecho, un consenso por descubrir (y en la medida en la que aparece existir alguno es probable

no. Así no son las cosas”, DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 79.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 80-81.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 82.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 84.

que refleje tan sólo el predominio de unos grupos sobre otros)”⁵¹⁶. Y, en el que caso de que existiera, “entre los tribunales y las legislaturas, es claro que estas últimas se encuentran en mejor situación para reflejar el consenso [...] podemos conceder hasta el cansancio que las legislatura no son completamente democráticas, pero esto no hará que los tribunales sean más democráticos que las legislaturas”⁵¹⁷

Ely tratará de salir de esta vía sin salida, con una dura crítica a Dworkin, pero calcando su razonamiento sobre el de aquél. Si para Dworkin la Constitución contiene conceptos morales y éstos pueden entrar en conflicto con los objetivos sociales colectivos fijados por el legislador, y dichos conflictos deben ser resueltos por los jueces en la medida en que son especialistas en juicios morales y pueden descubrir sus concepciones adecuadas, y no por las mayorías pues serían jueces de su propia causa, para Ely las Constituciones contienen procedimientos⁵¹⁸ y corresponde a la legislación la fijación tanto de los valores como de los objetivos de política general, pudiendo surgir el conflicto tan sólo entre legislación y procedimiento⁵¹⁹ (o, si se prefiere, una incorrección procedimental a la hora de fijar valores y objetivos), debiendo éstos ser resueltos por los jueces (no por las propias mayorías, aceptando implícitamente el razonamiento dworkiano citado) por tratarse de especialistas en procedimiento.

La estructura formal, por tanto, de los razonamientos de ambos es perfectamente simétrica: división de las tareas del derecho en dos bloques, posibilidad de conflicto entre ellos y resolución de los mismos por parte de especialistas. Lo que resulta del todo distinto, por supuesto, es el contenido de la argumentación.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 86.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁵¹⁸ “La selección y ajuste de valores sustantivos se deja casi enteramente al proceso político y el documento se ocupan más bien, de manera abrumadora, de la equidad procedimental en la resolución de los conflictos individuales (procesos de autos), por una parte, y de lo que en general puede denominarse procesos de decisión –asegurando una amplia participación en los procesos y distribuciones del gobierno–”, *ibidem*, p. 112.

⁵¹⁹ “A diferencia de un enfoque dirigido a la imposición judicial de “valores fundamentales”, la orientación que refuerza la representación [...] no es incompatible con el sistema norteamericano de democracia representativa, sino que, por el contrario, lo apoya completamente”, *ibidem*, p. 128.

Ely no se limita a decir que la Constitución contiene un procedimiento, sino que trata de fijar qué procedimiento concreto es el establecido en la constitución, y cuáles son las consecuencias que se derivan del mismo para la *judicial review*.

Según Ely, “en una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus cargos. El mal funcionamiento se da cuando el *proceso* no inspira confianza, cuando 1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos. Obviamente, nuestros representantes elegidos son las últimas personas en quienes confiaríamos para identificar cualquiera de estas dos situaciones”⁵²⁰.

Las funciones de los magistrados, como especialistas en procesos relativamente desinteresados en las polémicas concretas, consistirían, pues, en despejar los canales del cambio político y en facilitar la representación de las minorías.

En relación con la primera de las funciones, su labor se centraría, fundamentalmente, en cuatro aspectos: las pre-condiciones de la participación, el ejercicio efectivo de la participación como sufragio, la publicidad del procedimiento legislativo y, valga la redundancia, el “carácter legislativo” de la legislación como resultado.

En lo que se refiere al primer aspecto “prácticamente todo el mundo coincide en afirmar que los tribunales deberían estar fuertemente involucrados en controlar los impedimentos a la libertad de expresión, de prensa y de asociación política [...]

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 130.

derechos de esta índole [...] deben [...] ser protegidos de manera estricta, porque son decisivos de un proceso democrático abierto y efectivo. El control constitucional en este ámbito debe implicar, como mínimo, la eliminación de cualquier inhibición de la expresión que sea innecesaria para la promoción de un interés del gobierno”⁵²¹.

Sobre el derecho al sufragio, Ely afirmará que aunque “parece ser igualmente fundamental para el derecho a la participación en el proceso democrático, hay menos consenso entre los comentaristas acerca de si un activismo judicial en el ámbito del sufragio sería apropiado”⁵²². Aunque el derecho de sufragio no aparece mencionado en la Constitución, tampoco lo está el derecho de asociación y, sin embargo, concluye que “desbloquear las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debería ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio pareciera ser la obstrucción por excelencia”⁵²³.

La exigencia de publicidad se deriva del razonamiento de que “la elección popular significará relativamente poco si no sabemos qué hacen nuestros representantes”⁵²⁴. Con todo, Ely se muestra bastante escéptico sobre las posibilidades de control efectivo en esta área (declaraciones de motivos, etc.)⁵²⁵.

El cuarto aspecto se refiere a la exigencia de que la legislación contenga una instrucción lo más completa posible sobre los objetivos perseguidos y la forma de alcanzarlos. En caso contrario, será el poder ejecutivo el que vaya colmando estas lagunas con decisiones que resultarán, materialmente, legislación. El problema de esta (para)legislación administrativa es, naturalmente, su menor control democrático y su menor publicidad y responsabilidad. “Si sólo consiguiéramos que nuestros legisladores legislarán, podríamos llegar a comprender adecuadamente sus objetivos”⁵²⁶. Tampoco

⁵²¹ *Ibidem*, p. 133.

⁵²² *Ibidem*, p. 145.

⁵²³ *Ibidem*, p. 146.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 155.

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 159-161.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 165.

en este caso Ely aclara qué casos desencadenarían el ejercicio de la *judicial review*, limitándose a expresarlo más bien como una guía general del proceder legislativo.

En lo relativo a la segunda de las funciones Ely afirma que aunque “algunos comentaristas han sugerido que el papel de la Corte en la protección de las minorías debería limitarse únicamente a eliminar los obstáculos a su participación en los procesos políticos [...] el deber de representación que reside en el núcleo de nuestro sistema requiere más que voz y voto. Con independencia de lo abierto que sea el proceso, quienes tienen la mayor parte de los votos están en condiciones de votar para sí ventajas a costa de otros, o negarse de todas maneras a tener en cuenta sus intereses”. Aunque es evidente que una de las funciones de la legislación es determinar la distribución de los bienes sociales, creando así desigualdades de trato entre los ciudadanos coherentes con dichos objetivos (pensiones para una cierta edad, pero no para otras; ayudas para las familias con un número de hijos y no con menos, etc.), lo que los Tribunales están llamados a evitar es que la mayoría política perpetúe su situación de mayoría auto-atribuyéndose las ventajas sociales que le permitan seguir disfrutando en el futuro de una situación de privilegio.

Esta elaboración de Ely se traduce en la práctica en dos reflexiones concretas, la necesidad de *strict scrutiny* frente a las clasificaciones sospechosas y la constitucionalidad, *prima facie*, de las acciones afirmativas. Basándose en la citada nota de *Carolene Products*, Ely sostendrá que las normas que señalen a las “minorías discretas e insulares” son en principio sospechosas, en la medida en que su propia condición de minoría, hace que su voz haya tenido una muy escasa participación (o ninguna) en la elaboración legislativa. Por último, Ely defenderá la presunción de constitucionalidad de las acciones afirmativas en la medida en que “no hay nada constitucionalmente sospechoso en el que una mayoría discrimine en contra de sí misma, pero nunca debemos bajar la guardia en caso de que algo que pasa por un hecho semejante sea en realidad otra cosa”⁵²⁷.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 206.

Aunque han sido muchas las críticas que se han dirigido a la elaboración de Ely⁵²⁸, resaltaremos aquí tres por la trascendencia que han tenido en la discusión posterior y porque se refieren al corazón mismo de su teoría: la opción procesualista.

Expresadas en sus términos más sencillos estas críticas serían: 1) la opción procesualista (es decir, la concepción de la Constitución como un sistema de reglas y no como un conjunto de valores, conceptos o contenidos) es, ella misma, una opción sustantiva por lo que, según el propio Ely, los jueces no estarían en condiciones de realizarla (en todo caso, les tendría que venir impuesta legislativamente); 2) la selección de los (pre)requisitos formales de la participación y el diferente énfasis que se ponga en unos u otros son opciones sustantivas, puesto que determinan el resultado de la legislación (nuevamente, por tanto, los jueces no podrían determinar cuáles ni con qué intensidad deben protegerse estos pre(requisitos)⁵²⁹; y 3) las condiciones para la participación no se agotan en los (pre)requisitos puramente formales señalados por Ely (libertad de expresión, asociación, etc.) sino que incluyen también otros, tales como la seguridad contra atentados a la vida, a la integridad física y a la libertad de movimientos, y aun más, también los derechos sociales que permiten una participación razonable y real, tales como el derecho a la alimentación, a la formación, a la vivienda, etc. En estas condiciones, la presunta restricción de la acción judicial a cuestiones de procedimiento, se ve desbordada hasta cubrir la práctica totalidad de la constitución involucrando con ello (ilegítimamente, siempre según Ely) juicios sustantivos en la *judicial review*⁵³⁰.

⁵²⁸ En realidad, como antes se dijo y luego se verá, casi todas las elaboraciones posteriores son críticas a la posición de Ely, como la de Ely era una crítica a la de Dworkin. Muchas de ellas, impugnan todas las premisas de su pensamiento por lo que aquí no las abordaremos (por todos, SUNSTEIN, Cass, “Beyond the Republican Revival”, en *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1548 y ss.).

⁵²⁹ Esta posición ha sido sostenida, por ejemplo, por WOLFE, Christopher, La transformación de la interpretación constitucional, *op. cit.*, p. 485-486, o GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, *op. cit.*, pp. 200-201.

⁵³⁰ Un representante destacado de este tipo de crítica es NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, *op. cit.*, pp. 125-128.

Si hubiera que resumir al máximo la posición de Ely frente a la objeción contramayoritaria, ésta consistiría en decir que, según la Constitución norteamericana, los Tribunales tienen como función asegurarse de que las decisiones adoptadas sean verdaderas decisiones democráticas. El Tribunal, por tanto, sería un órgano estructuralmente no democrático pero funcionalmente democrático en la medida en que se encarga de velar por la democraticidad de los demás. Si la democracia exige ciertos pre-requisitos (libertad de expresión, etc.), también implica ciertos controles a posteriori (*judicial review*).

b.3) Jeremy Waldron.

El último autor que se tomará aquí en cuenta es Jeremy Waldron⁵³¹. Frente a la defensa limitada y matizada de la *judicial review* de los autores antes considerados (o, si se prefiere, su justificación normativa), Jeremy Waldron representa la oposición a cualquier forma de control constitucional de la ley. La importancia de su contribución es doble. Por un lado, porque se trata, como se verá, de una argumentación que se inserta en el mismo tipo de discurso (existencia de valores y derechos, argumentación filosófico moral, etc.) que el de los autores antes considerados (aunque con conclusiones totalmente dispares) y, por otro, porque pone sobre la mesa un segundo problema (el de la autoridad) que ha resurgido con mucha intensidad en el debate posterior⁵³².

Aunque las tesis de Waldron aparecen en su forma más desarrollada en *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, como consecuencia de la propuesta sostenida por Charter 88 de incluir un Bill of Rights para Gran Bretaña, su postura tiene, sin embargo, alcance general y se refiere, fundamentalmente, a la *judicial review* tal como se practica en los Estados Unidos. Por ello, se prescindirá en esta exposición de los detalles correspondientes a lo que podemos calificar de problemas de derecho interno inglés en relación con el Bill of Rights, para concentrarnos en su trabajo teórico.

Como antes se dijo, Waldron parte de un marco teórico relativamente convencional en el que se acepta la existencia de derechos fundamentales y se les asigna un papel de primer orden. Ahora bien, la tesis final de Waldron es casi el reverso

⁵³¹ La contribución de Jeremy Waldron aparece recogida en una serie de trabajos: WALDRON, Jeremy, "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en CHAPMAN, John W. y WERTHEIMER, Alan (eds.), *Nomos XXXII: Majorities and Minorities*, New York University Press, New York, 1990, pp. 44-75; WALDRON, Jeremy, *The Law*, Routledge, Londres, 1990; WALDRON, Jeremy, "Rights in conflict", en *Ethics*, vol. 99, 1989; WALDRON, Jeremy, "The irrelevance of moral objectivity", en GEORGE, R. (ed.), *Natural Law*, Oxford U.P., Oxford, 1992; WALDRON, Jeremy, *The Right to Private Property*, Oxford University Press, Oxford, 1988. Su forma definitiva aparece en WALDRON, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51.

⁵³² Aunque son muchas las referencias que a esta trascendencia de la obra de Waldron podrían hacerse, puede verse por todos, el debate sostenido entre Anna Pintore y Luigi Ferrajoli en *Teoria Politica*, recogido después, en forma de libro FERRAJOLI, L. y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, y las obras que allí se citan.

perfecto de la Dworkin (y, en realidad, también de Bickel o Wechsler, etc.): porque hay derechos fundamentales no puede haber *judicial review*.

Waldron organiza su argumentación en cuatro pasos. En primer lugar, trata de negar la relación de implicación entre la convicción moral a favor de los derechos y su constitucionalización. En segundo lugar, se refiere a la dificultad de definir los derechos. En tercer lugar, suscita el problema de la autoridad como requisito ineludible para cualquier argumentación moral sobre derechos. Por último, concluye la no conveniencia de la *judicial review* como instrumento de defensa de los derechos.

Waldron comienza su discurso en un marco declaradamente Dworkiano, el de las teorías basadas en los derechos (o que tienen en su base a los derechos). Es decir, que da valor fundante a convicciones de orden moral sobre determinados valores, tales como la libertad, la dignidad, la independencia, etc. Ahora bien, esta convicción puede tratar de defenderse con diferentes estrategias. Una de ellas son los derechos fundamentales (legales, por oposición a morales). Los derechos se legalizan porque se piensa que contribuirá a defender esos valores sobre los que se fundamenta el orden social. Sobre lo que Waldron quiere llamar la atención es que no existe relación de implicación lógica entre la asunción de valores fundantes y la opción por una determinada estrategia (los derechos fundamentales, por ejemplo). La opción es, por el contrario, coyuntural y depende del contexto. Son, precisamente, los caracteres formales de universalidad, igualdad, etc. que caracterizan a los derechos fundamentales (legales) como estrategias de protección de ciertos valores básicos los que pueden resultar o no deseables en cada contexto concreto. Y, al contrario, pueden defenderse los derechos fundamentales como estrategia para defender cosas diferentes de los derechos morales (desde una posición utilitarista, por ejemplo).

Este argumento se repite al considerar no ya la “legalización” de los derechos fundamentales, sino su “constitucionalización”. Nuevamente, constitucionalizar un derecho es optar por una determinada estrategia de protección de un derecho moral. En este caso, lo que se busca son las características formales de dicho documento, es decir,

su rigidez, resistencia pasiva a la derogación, etc. Sucede, por tanto, que incluso defendiendo los derechos morales (es decir, desde una teoría basada en los derechos) puede considerarse conveniente legalizarlos o no, y considerando conveniente legalizarlos puede, a su vez, juzgarse oportuna o no su constitucionalización.

Dos argumentos principales pueden desaconsejar la constitucionalización, uno de carácter epistémico y otro relacionado con la autoridad (democracia). El primero refleja, en cierto sentido, la distinción dworkiana entre conceptos y concepciones. Waldron señala que los valores a los que pretende servirse con los derechos fundamentales (legales/constitucionales) poseen un elevado grado de abstracción (son conceptos, diría Dworkin), mientras que su positivización (si se pretende que tenga cierta utilidad) exige una determinada realización verbal (se convierten en concepciones, según Dworkin). El problema estriba en que, por este medio, el valor (el concepto) queda atrapado por su enunciación verbal (su concepción) y pierde la flexibilidad que tenía originalmente. En el caso de la constitucionalización ello puede significar que, dadas las barreras que impone la rigidez, etc., la sociedad puede quedar prisionera de una enunciación verbal que considera incorrecta de los valores, sin que existan formas (viables) de modificarla.

En lo relativo al argumento de la autoridad (sobre el que luego volverá), es evidente que constitucionalizar un derecho (es decir, impedir su modificación/derogación legislativa ordinaria) supone limitar al poder legislativo ordinario, es decir, introducir una “discapacitación” en el procedimiento democrático. “To embody a right in an entrenched constitutional document is to adopt a certain attitude toward one’s fellow citizens. That attitude is best summed up as a combination of self-assurance and mistrust: self-assurance in the proponent’s conviction that what she is putting forward *is* a matter of fundamental right and that she has captured it adequately in the particular formulation she is propounding; and mistrust, implicit in her view that any alternative conception that might be concocted by elected legislators next year or the year after is so likely to be wrong-headed or ill-motivated that *her own*

formulation is to be elevated immediately beyond the reach of ordinary legislative revision”⁵³³.

Ambos argumentos están, en realidad, íntimamente relacionados o, si se prefiere, el primero conduce al segundo de ellos. Efectivamente, lo primero que se debe reconocer es que razonar en términos de derechos es notablemente complejo y que existe la mayor discrepancia entre las opiniones tanto en el nivel de los filósofos morales, como en el nivel social o político. Las diversas teorías de los derechos difieren prácticamente en todos sus extremos. En primer lugar, deben identificar esos valores primarios que ocuparán la posición fundante (libertad, independencia, etc.). En segundo lugar, debe establecer el equilibrio que debe darse entre ellos, cuando colisionen. En tercer lugar, deben establecer las concretas formulaciones verbales y las formas jurídicas de exigibilidad de los mismos. En cuarto lugar, debe fijarse quiénes son los titulares de los derechos (los hombres, las personas, los animales, los engendrados no nacidos, los grupos, los antepasados, las generaciones venideras, etc.). Todo lo cual parecería aconsejar una posición modesta al abordar los derechos fundamentales y reconocer que la complejidad del tema parece aconsejar más el diálogo entre posiciones discrepantes que la elaboración dogmática en solitario. Ello nos conduce, naturalmente, al argumento de la autoridad.

Ello explica que cualquier teoría de la justicia (y de los derechos) deba incluir también una teoría de la autoridad. Porque la gente no está de acuerdo sobre qué es justo, cuáles son los derechos, etc. y porque es necesario adoptar algún tipo de decisión en sus controversias, necesitamos introducir algún tipo de mecanismo (de autoridad) para solventarlas. Este mecanismo es necesario e independiente de la argumentación moral sobre los derechos. Es decir, no se puede establecer como regla de resolución de los conflictos sobre derechos: “adoptemos la decisión más justa”. Es justamente sobre qué es justo, sobre lo que no estamos de acuerdo⁵³⁴. Por ello, de nada sirven posiciones

⁵³³ WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, p. 27.

⁵³⁴ Como el propio Waldron recuerda este argumento se debe originalmente a Hobbes. La autoridad del soberano no puede depender de la “bondad” de sus órdenes, ya que es precisamente porque no estamos de acuerdo sobre “qué es bueno” por lo que necesitamos un soberano. *Vid.* HOBBS, Thomas,

tales como las que sostienen que se puede adoptar cualquier decisión “siempre que no viole los derechos fundamentales” o la concepción Dworkiana de los derechos como “triumfos” que derrotan las decisiones de la mayoría. Porque es justamente sobre los derechos y sobre si han sido violados, sobre lo que no estamos de acuerdo. Es justamente, su existencia y posible violación lo que estamos tratando de determinar, por ejemplo, por mayoría (o por sorteo, o confiándoselo a un líder religioso o a un juez, o como sea).

Esta reflexión conduce, naturalmente, a la llamada paradoja de la autoridad. Puede darse el caso de que quien sostiene una teoría completa de la organización social (es decir, que incluya tanto una teoría de la justicia como una teoría de la autoridad) se encuentre defendiendo la prevalencia de una decisión que considera injusta. Efectivamente, entre la decisión A y la decisión B, la teoría de la justicia puede indicar la posición A como recomendable, ahora bien, la teoría de la autoridad puede señalar que, ante la discrepancia, debe prevalecer la opinión de la (por ejemplo) mayoría que sostiene B. La posición coherente (pero paradójica) es defender la aplicación de la decisión B que se considera injusta (o, en otra terminología, se defenderá internamente B, aunque externamente se abogue por A). Con ello se quiere señalar la falacia por universalidad del argumento de que los procedimientos democráticos pueden dar como resultado decisiones tiránicas. Todos los procedimientos de autoridad pueden dar como resultado decisiones tiránicas, ya que, como se ha dicho, los hemos establecido, justamente, porque no estamos de acuerdo sobre qué es justo (para el perdedor, por tanto, siempre estaremos ante una decisión tiránica (o injusta), aunque comparta la forma de resolución elegida). En concreto, los Tribunales también pueden (y lo han hecho con amplitud) adoptar decisiones tiránicas o injustas. Este argumento, por tanto (el de la justicia) no puede utilizarse para resolver el problema de la autoridad. Ello no implica, en absoluto, caer en un relativismo moral. Pueden defenderse concepciones hasta absolutas de la moralidad y, sin embargo, y por diferentes razones aceptar mecanismos de autoridad que, en ciertos casos, arrojen decisiones que puedan ser consideradas injustas.

Leviathan, cap. 18 e *Íd.*, De Cive, Libro VI, 6.

Como puede verse, la discusión ha cambiado totalmente de terreno. Mientras que Dworkin y Ely están tratando de encontrar la respuesta más “justa” a las discrepancias entre mayorías y derechos constitucionales y, por ello, seleccionan “especialistas” en diferentes nociones de justicia (“conceptual”, “procedimental”), Waldron está tratando de resolver el problema de la autoridad: ¿quién debe decidir cuando no somos capaces de ponernos de acuerdo sobre la “justicia”? La respuesta a la discrepancia no dirá, por tanto, qué es lo justo (que seguirá siendo objeto de debate en términos de teoría de la justicia), sino que pondrá fin (provisional) a una discrepancia.

Waldron abordará este problema desde su propia concepción de los derechos (*a right-based critique*). La forma de autoridad escogida debe resultar, en la medida de lo posible, compatible con las propias nociones de justicia material. Para Waldron la participación es un derecho fundamental (moral) básicamente por dos razones: en primer lugar porque remite a las ideas de libertad y pluralidad, es decir, a la capacidad de auto-determinarse no sólo personal sino también políticamente y a la posibilidad de presentarse como distinto a los demás (el derecho a participar es, en esencia, el derecho a discrepar) y, en segundo lugar, porque constituye (como procedimiento) un eficaz instrumento de auto-defensa o auto-protección. Es obvio que existen menos posibilidades de que se adopten decisiones dañosas para un individuo si participa en su adopción que en caso contrario. Los derechos de participación no pueden, pues, concederse (a diferencia de muchos otros) paternalistamente, siempre parten de una noción de igualdad entre los participantes y son, también, un meta-derecho en la medida en que son un instrumento válido para la defensa de todos los demás.

Por otra parte, como es sabido, existe también el argumento epistemológico a favor de la participación, como forma en que, con mayor probabilidad, se encontrarán soluciones correctas a los problemas como consecuencia de la agregación de las capacidades intelectuales de todos cuantos participan en su adopción. En el caso de Waldron, este argumento epistemológico tiene un doble carácter: *ex ante* y *ex post*. No sólo se trata de que es más probable que un grupo de ciudadanos adopten una decisión correcta que no uno sólo, sino de que, una vez adoptada, resulta más fácil percibir si los

efectos provocados son los realmente buscados, si la formulación es la más correcta, etc. En definitiva, facilita los mecanismos de (auto)corrección.

Este paso en la argumentación recuerda a la posición de Ely, sin embargo, la posición de Waldron está construida, en realidad, contra el argumento de Ely. Efectivamente, podría pensarse que si los derechos de participación son tan importantes, entonces, al menos ellos deberían quedar protegidos frente a la intervención de las mayorías que, eventualmente, podrían desconocerlos o suprimirlos. Aunque pudiera considerarse antidemocrático proteger a los derechos sustantivos de la democracia, no habría nada antidemocrático en proteger a la democracia de sí misma.

El problema, sin embargo, es que los procedimientos democráticos son, en sí mismos, objeto de discusión. No existe acuerdo sobre quiénes deberían participar, ni cuándo, sobre si deberían hacerlo directa o mediatamente, sobre los límites a las opiniones representables, sobre los sistemas de traducción de las opciones sociales en grupos políticos (mayoritarios, proporcionales, etc.), sobre si deberían privilegiarse ciertas opiniones tradicionalmente discriminadas, etc. La opción por el auto-gobierno, por tanto, no puede detenerse a la hora de considerar estos asuntos “procedimentales”.

Naturalmente, también sobre estas discrepancias debe adoptarse algún tipo de decisión y esta decisión no puede ser “adóptese el mejor procedimiento” porque, de nuevo, es sobre cuál es el mejor procedimiento, sobre lo que no estamos de acuerdo. Reaparece aquí, nuevamente, el problema de la autoridad: ¿quién decide qué procedimiento debemos adoptar para decidir por qué procedimiento resolveremos nuestras discrepancias? Si se defienden los valores participativos antes mencionados, también en este caso deberemos optar por dejar esta decisión al juego de las mayorías.

Esta decisión tiene algunos aspectos paradójicos, pero no más que otras. ¿Por qué si no estamos de acuerdo sobre qué procedimientos debemos adoptar para resolver conflictos, debemos adoptar uno en concreto (el democrático, por ejemplo) para resolver este metaconflicto? En primer lugar, esta dificultad se aplicará a cualquier

procedimiento que adoptemos y, por tanto, no nos permite discriminar, por sí misma, entre unos y otros. Y, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que esta decisión puede no ser tan determinante en última instancia. Podemos decidir resolver nuestros conflictos sobre cómo resolver nuestros conflictos por el procedimiento A y, una vez adoptado, al aplicarlo, decidir resolver nuestros conflictos por el procedimiento B.

El resultado de todo ello es que las presuntas diferencias entre problemas sustantivos y problemas procedimentales quedan disueltas en el problema más general de la teoría de la justicia y la teoría de la autoridad. Las mismas razones por las que se opta por aplicar el procedimiento participativo democrático a las cuestiones sustantivas, resulta igualmente válido para las cuestiones de procedimiento.

Se llega, así, al último punto de la argumentación de Waldron. En éste, se pasa de unas consideraciones puramente teóricas al enjuiciamiento crítico del sistema norteamericano basado en una declaración de derechos en la Constitución (en las Enmiendas, fundamentalmente), más un sistema de revisión judicial por parte de los tribunales.

En el sistema norteamericano los derechos aparecen recogidos en el texto constitucional y protegidos, formalmente, por las disposiciones del Artículo V (sobre reforma constitucional) frente a la invasión legislativa. Ello quiere decir que las concepciones de los derechos señaladas en la Constitución no pueden ser modificadas como consecuencia del funcionamiento democrático ordinario sino sólo por el muy agravado de la reforma constitucional. La realidad, sin embargo, es que no es éste el procedimiento normal por el que se produce el cambio de concepción en los derechos. Éste depende de las tareas interpretativas del Tribunal Supremo que va fijando, en cada momento, el sentido de las cláusulas constitucionales. Cuando el Tribunal realiza esta labor, ello supone que el legislador ordinario no podrá sostener una posición contraria a este entendimiento y quedará, por tanto, sometido a la decisión judicial. Esta pérdida de poder por parte de los representantes (esta discapacidad en terminología de Waldron (disabling)) y la desigualdad política que implica deberían resultar sospechosas para

cualquier teoría basada en los derechos que enfatice el papel de la participación democrática en la determinación de las decisiones (sustantivas y procedimentales).

Según Waldron, tres son las razones habitualmente aducidas para justificar esta anómala situación. En primer lugar, se alega que ello resulta absolutamente inevitable. Los jueces están obligados a aplicar las leyes (y la Constitución) y, para hacerlo, no les queda más remedio que interpretar las normas. Los jueces dicen lo que el derecho es porque si no, no podrían desarrollar su función de resolución de conflictos. Este argumento sólo ofrece, para Waldron, una parte de la verdad. Constituye una petición de principio decir que los jueces al aplicar las normas las interpretan, lo que no se deduce de ahí es que *sólo* los jueces puedan interpretar los derechos constitucionales, ni que sus interpretaciones tengan necesariamente que *imponerse* sobre las de otros órganos (con mayor legitimidad democrática, por ejemplo). En realidad este argumento puede desdoblarse en dos. O se conciben los derechos como rígidamente petrificados en las Constituciones y sólo el procedimiento de reforma constitucional resultaría válido para su reforma y, entonces, la mayor parte de la labor del Tribunal Supremo carecería de toda legitimidad en la medida en que es absolutamente obvio que expresiones tales como “debido proceso”, “comercio”, “*stablishment clause*”, etc. han cambiado totalmente su sentido a lo largo del tiempo con la labor del Tribunal, o se está de acuerdo en que las declaraciones de derechos deben tener un carácter dinámico, flexible, abierto a los cambios sociales, etc. En este segundo caso, no está nada claro por qué no podrían participar en esta labor de transformación social los representantes populares.

Una segunda línea argumentativa trata de defender no la inevitabilidad de la labor judicial sino sus “credenciales democráticas”. Se alega, efectivamente, que el Tribunal Supremo ostenta una cierta capacidad representativa en la medida en que, aunque indirectamente, su nombramiento es el resultado de las elecciones. Las del Presidente que los propone y las del Senado que los ratifica.

Sin embargo, Waldron sostiene que este argumento, que por otro lado califica de “artificial”, no es suficiente para depositar el control de las leyes en el poder judicial. En efecto, dicho argumento no explica por qué la Corte tiene esa prerrogativa (basándose justamente en su respetabilidad democrática), y la gente y sus representantes carecen de ella (que en cuanto a “credenciales democráticas”, ni duda cabe que reúnen más que el poder judicial que sólo las ostenta de manera indirecta), ni por qué en caso de colisión entre la autoridad judicial y la autoridad parlamentaria, debe prevalecer la primera sobre la segunda. Waldron reconoce que, si bien es cierto, los jueces son nombrados por autoridades que han sido elegidas democráticamente, también lo es que ello no hace que la institución judicial sea una institución representativa, carácter que, aunque de manera imperfecta, desde luego goza la institución parlamentaria. Ni duda cabe que, tanto en la teoría como en la práctica política, la legislatura es la encarnación del gobierno popular. En palabras de Waldron “there are lots of dignified ways of describing the judiciary, but “locus of representative authority” is unlikely to be one of them”⁵³⁵.

Finalmente, la tercera línea argumentativa, que en palabras de Waldron, tal vez sea la más insidiosa, es aquella que sostiene que la objeción al poder judicial es irrelevante en la medida en que tanto la legislatura como las vías plebiscitarias son formas imperfectas de democracia. Waldron argumenta que la imperfección de la democracia no se remedia restringiendo el ámbito de su actuación (como, por ejemplo, no mejora privando del voto a los negros o a las mujeres) sino al contrario, y que la imperfección de un poder no puede ser causa de legitimación de otro (la Cámara de los Lores no puede legitimarse (desde el punto de vista democrático) por la imperfección de los Comunes).

Por último, Waldron se encarga de dos posibles objeciones a su posición: la legitimación democrática de la *judicial review* y el problema de las autolimitaciones capacitatorias o “restricciones que refuerzan la democracia”⁵³⁶. La primera podría

⁵³⁵ WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, p. 44.

⁵³⁶ *Vid.* HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 217-262.

formularse del siguiente modo: dado que la *judicial review* depende del texto constitucional (en los casos en que ello es así) y de la constitucionalización de los derechos, y que éste ha sido ratificado por vías democráticas, dichas instituciones deben ser, necesariamente, democráticas y no pueden ser atacadas desde ese punto de vista. O, si se prefiere, más analíticamente, cualquier resultado de un proceso democrático es también, en sí mismo, democrático, ya que la democracia no es más que el procedimiento para alcanzar las decisiones y no ningún contenido concreto de éstas. Pues bien, Waldron no está de acuerdo con este análisis. En su opinión, efectivamente, si democráticamente se decide tener *judicial review* y derechos constitucionalizados, eso es, justamente, lo que una sociedad debe tener y ello por aplicación del argumento de autoridad. Pero eso no hace que la decisión sea más democrática o más conforme a los derechos (según el argumento de la justicia), como no lo sería, por ejemplo, la decisión de otorgar todo el poder a un dictador, de acabar con un determinado grupo de ciudadanos, etc. Lo que seguiría teniendo que ser demostrado es que un sistema en el cual las decisiones sobre los derechos se adoptan emitiendo y contando millones de votos es menos democrático que otro en la cual dichas decisiones se toman contando tan sólo unos pocos (los de los magistrados). Como Waldron señala, en realidad, la *judicial review* no es contramayoritaria ya que las decisiones en el Tribunal se adoptan por mayoría, lo que cambia es quién está llamado a participar en las decisiones. Son por tanto dos mayorías, la de todos los ciudadanos o la de unos pocos magistrados.

En cuanto al argumento de las restricciones habilitantes, según Waldron no resultaría de aplicación a las decisiones sobre derechos por las siguientes razones. La idea de auto-imponerse limitaciones se basa en la previsión de que en el *futuro*, una determinada mayoría movida coyunturalmente por *estímulos irresistibles* (el canto de las sirenas) pudiera verse avocada a adoptar decisiones de las que, después, tendría que *arrepentirse*. No es ésta la situación en absoluto en lo que se refiere a los derechos y a la *judicial review*. En lo relativo a los derechos, las mayorías y minorías discrepan en el *presente*, no movidas por estímulos irresistibles sino por *discrepancias racionales*, con decisiones que, una vez adoptadas, siguen siendo objeto de discrepancia entre mayorías

y minorías pero, hasta tanto se derogan, *consideradas correctas* y no objeto de arrepentimiento.

Si hubiera que resumir al máximo la posición de Waldron podríamos decir que considera antidemocrática la *judicial review* porque al privar a la ciudadanía de la posibilidad de decidir sobre el alcance de los derechos se violan sus derechos de participación. Al contrario de lo que sostienen Dworkin y Ely, porque tenemos derechos y derecho a decidir nuestros derechos, no podemos tener justicia constitucional.

c) Los últimos diez años.

Aunque, como se indicó, la posición del Tribunal Supremo dentro del sistema constitucional americano es, hasta hoy, uno de los elementos centrales de la reflexión académica en los Estados Unidos, sin embargo y con las salvedades que luego se harán, casi todas las elaboraciones de los últimos años son, por así decir, combinaciones en diferente proporción de los elementos básicos facilitados por Dworkin y Ely (para quienes apoyan la *judicial review*) y por Waldron (para quienes la critican)⁵³⁷.

Es más, si nos centramos en la posición más estándar, la que se refleja, por ejemplo, en los manuales de derecho constitucional, podríamos decir que todas las exposiciones del sistema norteamericano de control de constitucionalidad comienzan exponiendo la “dificultad contramayoritaria” como fondo teórico⁵³⁸ y las diferentes formas de superar dicha dificultad sea en forma dworkiana⁵³⁹ (defensa de los derechos), sea en el estilo de Ely⁵⁴⁰ (defensa de las minorías y del procedimiento democrático) o bien, lo que suele predominar, una yuxtaposición de ambas posturas aunque, como se recordará, la obra de Ely surge como una *crítica* a la de Dworkin.

Este cierto consenso, con todo lo inestable (y hasta incoherente) que se quiera, ha comenzado a modificarse en los últimos diez años, como consecuencia de la labor del Tribunal Renquist. Efectivamente, como se verá, el Tribunal ha adoptado una postura de activismo decidido y ha tratado (con bastante éxito) de imponer ciertas orientaciones ideológicas a la legislación norteamericana en lo que constituye un cierto

⁵³⁷ Una importante revisión de la mayor parte de ellos, en FERRERES Comella, Víctor, Justicia constitucional y democracia, *op. cit.*

⁵³⁸ Acaso, los más importantes sean, ACKERMAN, Bruce, We the People: Foundations, *op. cit.*; BORK, Robert H., The Tempting of America: the Political Seduction of the Law, Simon & Schuster, New York, 1992; BURT, Robert A., The Constitution in Conflict, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1992; TUSHNET, Mark V., Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1988.

⁵³⁹ Por citar sólo a los más importantes, RAWLS, John, Political Liberalism, Columbia University Press, New York, 1993; ACKERMAN, Bruce, Social Justice in the Liberal State, Yale University Press, New Haven, 1980.

⁵⁴⁰ Quizá, como más destacado, CHOPER, Jesse, Judicial Review in the National Political Process: a Functional Reconsideration of the role of the Supreme Court, University of Chicago Press, Chicago, 1980; FREEMAN, Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review” en *Law*

revival del Tribunal Lochner. Ello ha hecho que el sector más progresista de la doctrina haya adoptado, por su parte, posicionamientos críticos contra el Tribunal que, en términos contramayoritarios o no, reclaman su modificación o hasta su supresión. Con carácter general, una fuerte oposición sustantiva se ha convertido en una oposición también teórica o formal.

En la presente sección, se considerará tanto la actuación del Tribunal en la última década⁵⁴¹, tanto cuantitativa como cualitativamente, como algunas de estas reacciones doctrinales de fuerte oposición a la *judicial review*.

En la última década se ha producido un importante avance en el desmantelamiento del *Welfare State* en los Estados Unidos. Efectivamente, tanto las administraciones Clinton como la recién estrenada administración Bush han puesto en marcha un ambicioso programa de reforma administrativa. Ahora bien, esta reforma tiene incidencia directa no sólo en la estructura organizativa del Estado, sino en los derechos sociales (en primer término) y civiles de numerosos grupos, en especial de las minorías desfavorecidas. El Tribunal Supremo está tomando una posición muy activa en ambos campos superando, en ocasiones, al propio Congreso en sus tendencias neoliberales lo que, como se verá, ha provocado que se hable de una “nueva era Lochner”. Se tratarán por separado ambas cuestiones.

La idea que late tras la reforma del *Welfare State* en el sentido apuntado, es que son los propios subsidios, concebidos como derechos, los que provocan la pobreza de sus perceptores, desincentivando con su paternalismo la búsqueda de un trabajo y el ascenso en la escala social⁵⁴². No cabe duda de que el subsidio a la pobreza no es remedio de la misma, para lo que haría falta la transformación de las estructuras que

and Philosophy, vol. 9, 1990, p. 327 y ss.

⁵⁴¹ Las páginas siguientes han sido elaboradas en el marco del seminario sobre doctrina constitucional norteamericana que dirige A. de Cabo y aparecerán, en una versión diferente, como CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, en *Teoría y realidad constitucional*, vol. 7, 2001 (en prensa).

⁵⁴² Cfr. ELLICKSON, Robert C., “Taming Leviathan: Will the Centralizing Tide of the Twentieth Century Continue into the Twenty-First?”, en *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001, pp. 101-118.

permiten la desigualdad económica. Pero el *Welfare State* estadounidense no pretende ser un programa de remoción de los obstáculos a la igualdad material de los ciudadanos, sino simplemente un Estado providencia.

El principal obstáculo constitucional a la intervención del Estado en la economía, removiendo los obstáculos que impiden la igualdad material de los sujetos, es la interpretación de la llamada *Taking Clause* de la quinta enmienda⁵⁴³. Esta disposición no ha sido interpretada en el sentido de que la expropiación sea siempre indemnizable, sino con alcances mucho más amplios.

En *Lochner v. New York*, como se vio, el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una Ley del Estado de Nueva York que establecía una jornada laboral máxima para los panaderos, por entender que atentaba contra su libertad contractual⁵⁴⁴. Hoy en día, este mismo resultado se consigue a través de la *Taking Clause*, invalidando la legislación social en decisiones tan controvertidas como *Del Monte Dunes v. City of Monterey*⁵⁴⁵. Esta jurisprudencia tiene un respaldo doctrinal en las posturas que defienden que, en virtud de la *Taking Clause*, cualquier política redistributiva de la riqueza, sería inconstitucional⁵⁴⁶.

Esta doctrina en su implicación federal se entiende porque muchas de las Constituciones de los Estados miembros contienen disposiciones sociales, concretos mandatos al legislador para que ponga en marcha leyes y políticas de protección del

⁵⁴³ “... nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁵⁴⁴ 198 U. S. 45, 60-61 (1905).

⁵⁴⁵ Cfr. WEINBERG, Phillip, “*Del Monte Dunes v. City of Monterey: Will the Supreme Court Stretch the Takings Clause Beyond the Breaking Point?*”, en *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 26, 1999, pp. 315 ss.

⁵⁴⁶ EPSTEIN, Richard A., Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, donde se afirma: “I argue that the eminent domain clause and parallel clauses in the Constitution render constitutionally infirm or suspect, many of the heralded reforms and institutions of the twentieth century: zoning, rent control, workers’ compensation laws, transfer payments, progressive taxation” (p. X). Frente a esta teoría, se elevan las llamadas doctrinas comunitaristas, que defienden una función social de la propiedad; cfr. ETZIONI, Amitai, The Spirit of Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda, Crown Publishers, New York, 1993; y, para una selección de lecturas, *Íd.* (dir.), The Essential Communitarian Reader, Rowman & Littlefield, Lanham, (Md.), 1998. Una traducción práctica de las teorías comunitaristas, y de la concepción de Rawls del bien común, se encuentra en QUINN, Kevin J., “Viewing Health Care as a Common Good: Looking Beyond Political Liberalism”, en *Southern California Law Review*, vol. 73,

bienestar de los ciudadanos⁵⁴⁷. Para evitar la actuación de estas políticas sociales se procede, de una parte, a descentralizar la gestión administrativa con el mandato específico de reducir al máximo las políticas sociales, y de otro, se impiden nuevas políticas sociales mediante una interpretación de la *Taking Clause* que permite al Tribunal Supremo revisar y anular la legislación y los actos de los Estados en aplicación de los mandatos de su propia Constitución⁵⁴⁸.

Como se apuntaba antes, la construcción del *Welfare State* tiene una doble dimensión normativa e institucional. De un lado, depende de la existencia de ciertas instituciones destinadas a dar satisfacción a las necesidades materiales de la población, de otro, de la existencia de un marco normativo que determine los llamados a recibir dichas ayudas. Una parte considerable de este marco normativo se construyó en Estados Unidos en términos de *Civil Rights*, fundamentalmente, derechos de las minorías frente a la discriminación y derecho a acciones compensatorias frente a situaciones pasadas contrarias a la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, el desmantelamiento de las instituciones de *welfare* no puede hacerse, naturalmente, sin suprimir también el discurso de los derechos, en caso contrario, la crisis de legitimación del sistema podría llegar a ser intolerable. A esta tarea se está dedicando con impulso sin precedentes el Tribunal Supremo⁵⁴⁹. “En los últimos cinco años, el Tribunal ha anulado leyes del Congreso en 24 ocasiones (...). En esa medida, el Tribunal Rehnquist es más “activista”⁵⁵⁰ que ningún otro de nuestra historia, incluyendo al Tribunal Warren. Lo que es más, mientras que el Tribunal

2000, pp. 277-375.

⁵⁴⁷ Por ejemplo, la Constitución del Estado de Washington establece mandatos para dictar leyes de protección en el trabajo (art. II, § 35), para regular las corporaciones (art. XII, sección primera), la prestación de servicios y las obras públicas (art. XII, secciones 13, 18, 19 y 20), para la prohibición del trust y del monopolio (Art. XII, sección 21), para la propiedad pública de los espacios costeros (art. XVII, sección primera), prohibiendo que ciertos bienes del deudor puedan ser reclamados por el acreedor (art. XIX, § 1), y sobre la salud (art. XX, § 1).

⁵⁴⁸ Sobre la connotación federal de esta doctrina, cfr. TALMADGE, Phillip A., “The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The interaction of Police Power and Property Rights”, en *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, pp. 857-909.

⁵⁴⁹ Naturalmente, no en solitario. Hay que tener presente la considerable supresión “democrática” de derechos civiles para las minorías por vía referendaria, *vid.*, a este respecto, LAZOS Vargas, Sylvia, “Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Vote on Minorities’ Democratic Citizenship”, en *Ohio St. L.J.*, vol. 66, 1999.

⁵⁵⁰ Lo que acompaña con declaraciones del tipo: “The root of American governmental power” es el poder

Warren solía respaldar las leyes sobre derechos civiles del Congreso, el Tribunal Rehnquist suele invalidarlas⁵⁵¹. Para realizar esta misión, el Tribunal se está valiendo, básicamente, de dos estrategias: el nuevo federalismo⁵⁵² y la reconsideración de la cláusula de igualdad⁵⁵³.

En *Kimel v. Florida Board of Regents*, 120 S. Ct. 631 (2000), por ejemplo, el Tribunal echaba por tierra las intenciones antidiscriminatorias de la Age Discrimination in Employment Act (ADEA)⁵⁵⁴. La ADEA establece como ilegal tanto para particulares como para los estados la no contratación, despido o discriminación por razones de edad. Tres grupos de empleados estatales de Alabama y Florida reclamaron con base en esta norma indemnizaciones a sus estados. Los estados alegaron *sovereign immunity*, que fue apreciada para los recurrentes de Alabama y denegada para los de Florida. Las partes derrotadas acudieron a la Corte de Apelaciones del Undécimo Circuito. Éste

conferido “upon this Court”, en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 865 (1992).

⁵⁵¹ REED Amar, Akhil, “The Supreme Court 1999 Term. Foreword: The Document and the Doctrine”, en *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000, pp. 84. Un elenco más o menos completo sería: *Kimel v. Fla. Bd. of Regents*, 120 S. Ct. 631, 637 (2000), *Coll. Sav. Bank v. Fla. Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd.*, 527 U.S. 666, 691 (1999), (se afirma que la Trademark Remedy Clarification Act no supuso una renuncia válida a la inmunidad estatal y que Florida no renunció constructivamente a ella al emprender el comercio interestatal); *Alden v. Maine*, 119 S. Ct. 2240 (1999) (que permite a los estados alegar inmunidad soberana para no cumplir leyes federales); *Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998) (establece que la Coal Industry Retiree Health Benefit Act constituye una expropiación ilegal), *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 597, 532-536 (1997) (donde afirma que la Religious Freedom Restoration Act de 1993 invadió la inmunidad estatal, excediéndose de lo autorizado por la el § 5 de la Decimocuarta Enmienda al modificar el significado que el Tribunal Supremo da a la Primera Enmienda); *Seminole Tribe v. Florida*, 517 U.S. 44, 47 (1996) (donde afirma que el Congreso no puede abrogar la inmunidad de soberanía estatal frente a litigios en tribunales federales derivados de la *Indian Commerce Clause*); *United States v. Lopez*, 514 U.S., 549, 567-68 (1995) (donde afirma que la *Gun-Free School Zones Act* excede de las facultades del Congreso según la *Commerce Clause*); *Garcia v. San Antonio Metro. Transit. Auth.*, 469 U.S. 528, 579 (1985) (donde afirma que la aplicación de la Fair Labor Standards Act a los empleados estatales viola la inmunidad de soberanía estatal).

⁵⁵² Sobre las bases teóricas de esta política jurisprudencia, véase CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, en *Teoría y realidad constitucional*, vol. 3, 1999, pp. 271 y ss.

⁵⁵³ Según la cual, las discriminaciones positivas en favor de las minorías (raciales o de otra índole) no serían permisibles en la medida en que estimulan los “estereotipos raciales” y la “balcanización social”, como en los casos *Shaw (Shaw v. Reno)*, 509 U.S. 630 (1993), *Miller v. Johnson* 515 U.S. 900 (1995), *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996)). Efectivamente, el Tribunal Supremo parece estar retomando, increíblemente, su línea interpretativa de *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), cuando afirmaba, tan sólo 20 años después de la abolición formal de la esclavitud, que “enough time has passed so that basic civil rights protections constituted unwarranted special treatment for African Americans who now had to learn to be “mere citizens” rather than special wards of the Court” (WILLIAMS Crenshaw, Kimberlé, “Symposium: Race and the law at the turn of the century – Opening remarks: reclaiming yesterday’s future”, en *UCLA Law Review*, vol. 47, 2000, p. 1461).

consolidó los casos y estableció que la ADEA no suprimía la inmunidad derivada de la Undécima Enmienda. El Tribunal Supremo confirmó la decisión afirmando que la AEDA no venía cubierta por el § 5 de la Decimocuarta Enmienda. El Tribunal ha reiterado en esta ocasión el análisis iniciado con *Seminole Tribe v. Florida* (517 U.S. 44 (1996)) y continuado en *Aleen v. Maine* (527 U.S. 706, 711 (1999)), *College Savings Banc v. Florida Prepaid Postsecondary Education Expenses Board* (527 U.S. 666, 672 (1999)) y *Florida prepaid Postsecondary Education Expenses Board v. College Savings Bank* 527 U.S. 627, 634 (1999))⁵⁵⁵ según la cual el Congreso no puede suprimir la *sovereign immunity* de los Estados apoyándose en el Artículo I, salvo que haga uso de los poderes derivados del § 5 de la Decimocuarta Enmienda. Aplicando el test de “congruencia y proporcionalidad” de *City of Boerne v. Flores* (521 U.S. 507 (1997)) el Tribunal consideró que no existían pruebas de discriminación anterior y que, por tanto, la medida tenía carácter “profiláctico”, lo que no ampara el citado § 5. Esta decisión que había extendido una duda considerable, a su vez, sobre la constitucionalidad de la Americans with Disabilities Act (ADA)⁵⁵⁶ ha servido de base para hacer de ella la próxima víctima social del federalismo⁵⁵⁷.

Curiosamente, sin embargo, esta actitud pro-estatal y anti-federal cede cuando el resultado pudiera influir negativamente en los intereses de las grandes corporaciones, y favorecer a la parte más débil, en este caso, el consumidor. Así, en *Geier v. American Honda Motor Co.*, 120 S. Ct. 1913 (2000), el Tribunal modificó su doctrina de la *preemption* para permitir una regulación federal que excluía las reclamaciones de perjudicados estatales.

Alex Geier resultó herido en un accidente de tráfico, cuando colisionó contra un árbol al volante de su Honda Accord no dotado de airbag. Geier reclamó a Honda en el Tribunal de Distrito de Columbia, alegando que Honda había diseñado defectuosa y negligentemente su coche sin airbag. El Tribunal rechazó la reclamación, afirmando que

⁵⁵⁴ 29 U.S.C. §§ 621-634 (1994 & Supp. IV 1998).

⁵⁵⁵ Véase el comentario a estas sentencias en CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, *op. cit.*, p. 278 y ss.

⁵⁵⁶ 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (1994).

⁵⁵⁷ Véase un comentario crítico en AMAR, Akhil Reed “The Supreme Court 1999 Term. Foreword: The Document and the Doctrine”, *op. cit.*, pp. 114-118. *Vid. Bd. Of Tr. Of The Univ. of Alabama v. Garret*,

la National Traffic and Motor Vehicle Safety Act (Pub. L. No. 89-563, 80 Stat 720 (1966) (codificada en 49 U.S.C. §§ 30101-30127 (1994)), había suprimido la reclamación por daños de derecho común estatal. El Federal Motor Vehicle Safety Standard (FMVSS) 208 (49 Fed. Reg. 28,962, 29,009 (July 17, 1984)) del Ministerio de Transportes, declaraba voluntarios los airbag para 1987. La reclamación de Geier supondría modificar dicho estándar y, por tanto, quedaba suprimida por la citada ley federal. El problema estribaba en que la propia ley parecía excluir explícitamente esta interpretación al establecer que el cumplimiento de los estándares federales “no eximirá de responsabilidad según el *common law* estatal”. Una vez en el Tribunal Supremo, éste estableció que aunque la ley no suprimía “expresamente” la reclamación de Geier, sí lo hacía implícitamente, en la medida en que dicha reclamación hubiera puesto en peligro el objetivo gubernamental de una “introducción progresiva” de los airbag para las fechas citadas. Lo que importa destacar es que, en este caso, el Tribunal parece haber dado la vuelta a su noción de federalismo abandonando la presunción de que, en ausencia de declaración expresa, la ley de los estados seguía en vigor⁵⁵⁸. Ello, sin embargo, no es casual, hay que tener en cuenta que lo que está en juego en este caso es la viabilidad de una economía interestatal uniforme que no pueda ser alterada por reclamaciones estatales. El Tribunal se muestra más sensible, pues, a las necesidades de los agentes económicos que a los derechos de los posibles perjudicados para facilitar el comercio federal e internacional⁵⁵⁹.

En relación con la cláusula de igualdad y las acciones afirmativas existe, efectivamente, un consenso bastante generalizado sobre el hecho de que el Tribunal Supremo se dispone a anular (en la línea de la proposición 209 californiana) cualquier consideración de raza en la adopción de decisiones en relación con la educación superior, dando por terminado así un régimen que el propio Tribunal impuso en *Regents*

U.S., todavía sin asignar número (2001).

⁵⁵⁸ *Vid.*, NELSON, Caleb, “Preemption”, en *Va. L. Rev.*, vol. 86, 2000, pp. 290-303; DINH, Viet D., “Reassessing the Law of Preemption”, en *Geo. L.J.*, vol. 88, 2000, especialmente, pp. 2097-98.

⁵⁵⁹ En esta misma línea, *United States v. Locke* (120. S. Ct. 1135 (2000)).

of the *University of California v. Bakke* (438 U.S. 265 (1978)) con base en un concepto más que dudoso de neutralidad⁵⁶⁰, como ya ha hecho con la VAWA (*vid. infra*).

Como antes se dijo, la insatisfacción con las decisiones sustantivas del Tribunal ha puesto en marcha una importante cadena de reacciones, algunas centradas en el fondo de ciertas decisiones, otras desde una perspectiva más general, lo que tienen de característico estas reacciones es que no tratan tanto de superar esta dificultad modificando la *judicial review*, sino, más bien (aunque en diferente grado), suprimiéndola.

Cabe citar dos ejemplos muy recientes⁵⁶¹ en los que un estudio detallado de una decisión concreta del Tribunal se acompañan de propuestas de supresión de la *judicial review*. Se trata de los trabajos de Soifer sobre discapacitados⁵⁶² y del “*Comment*” para *The Supreme Court 1999 Term*, de la *Harvard Law Review* de MacKinnon⁵⁶³. En el primero de ellos, Soifer analiza una serie de decisiones⁵⁶⁴ en las que la restrictiva interpretación jurisdiccional de la *American with Disabilities Act*⁵⁶⁵ habría terminado, en su opinión, por frustrar la promesa de igualdad que la ley contenía⁵⁶⁶. Lo que aquí importa es que, al margen, de la insatisfacción con estas decisiones concretas, Soifer encuadra su trabajo en un marco más amplio sobre la labor del Tribunal y critica los

⁵⁶⁰ DELGADO, Richard y STEFANCIC, Jean, “Home-Grown Racism: Colorado’s Historic Embrace –and Denial– of Equal Opportunity in Higher Education”, en *U. Colo. L. Rev.*, vol. 70, 1999; KENNEDY, Randall, “Is Affirmative Action on the Way Out”, en *Commentary*, marzo 1998, 35 y ss. En “Race-Sensitivity Admissions in Higher Education: Commentary on How the Supreme Court is Likely to Rule” (*J. Blacks Higher Educ.*, vol. 26, p. 97 (1999-2000)), los cinco juristas entrevistados predijeron que el Tribunal reduciría o abandonaría la justificación de las acciones afirmativas en términos de “diversidad” en la primera ocasión que se le presentara.

⁵⁶¹ Un comentario a estos trabajos y algunos otros ejemplos similares referidos a discriminación por razón de raza o a extranjería en CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, *op. cit.*

⁵⁶² SOIFER, Aviam, “The Disability Term: Dignity, Default, and Negative Capability”, *op. cit.*, pp. 1279-1331.

⁵⁶³ MacKINNON, Catharine A., “Comment: Disputing Male Sovereignty: On *United States v. Morrison*”, en *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000, pp. 135 a 179.

⁵⁶⁴ *Murphy v. United Parcel Service* (119 S. Ct. 2133 (1999)); *Sutton v. United Air Lines, Inc.* (119 S. Ct. 2139 (1999)); *Albertsons, Inc. v. Kirkingburg* (119 S. Ct. 2162 (1999)), *Olmstead v. Zimring* (119 S. Ct. 2176 (1999)).

⁵⁶⁵ 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (1994).

⁵⁶⁶ Conviene destacar, además, que este trabajo es anterior a la decisión final en *Board of Tr. of the University of Alabama v. Garret*, U.S., sin asignar número (2001), que ha venido a empeorar, si cabe, las cosas en el sentido previsto por la doctrina.

resultados de la doctrina del “New Federalism” sobre los derechos. Tras evaluar diferentes alternativas, Soifer se decanta, sencillamente, por la supresión del Tribunal⁵⁶⁷.

MacKinnon, por su parte, analiza la sentencia *United States v. Morrison*⁵⁶⁸ por la que se anula la Violence Against Women Act (VAWA)⁵⁶⁹. Al igual que sucede con el trabajo de Soifer, MacKinnon considera esta decisión en el marco más amplio de la estrategia federalista del Tribunal. En su opinión, esta decisión representaría el caso extremo de esta doctrina, doctrina que habría terminado por demostrar su incompatibilidad con los derechos⁵⁷⁰ (en este caso, con los derechos de la mujer). Incompatibilidad ante la cual, tanto la doctrina como quienes la defienden habrían perdido toda legitimidad para seguir existiendo: “*Morrison* was a major battle in women’s civil war: a battle at once over the structure of the union and the status of the sexes in civil society. It addressed ground zero for citizenship –physical security- and ground zero for women’s status –sexual inviolability. At stake was nothing less than whether women are full citizens and full human beings: equals. The VAWA stood for the principle that a woman could not, with impunity, be assaulted anywhere in this nation simple because she is a woman. It put the power to dispute male sovereignty in women’s hand. The *Morrison* majority decided that the union could not permit that and be the same union it was. The ruling thus raised, as no case before it has, the question whether a nation organized to preclude relief for the violation of one half of its people by the other half should survive”⁵⁷¹. Como puede verse, un argumento muy similar al

⁵⁶⁷ “History does have its demands, however, and we are on the cusp of a most significant anniversary: the bicentennial of *Marbury v. Madison* (1803). Undoubtedly, there will be numerous attempts to memorialize that great decision. Many will want to celebrate *Marbury*’s role in pioneering judicial review –or at least in promoting that key concept with marked success. Could anything be more fitting for the bicentennial than to emulate the *Marbury* Court? It would be no wise to wait for Congress to force the issue as they did in 1802, by canceling the Court’s sitting for an entire year. Moreover, the notion of judicial sabbaticals is an idea whose time has almost come. How gracious if the current Justices were to take sabbatical themselves. What an example of negative capability and a national boon it would be. A year with no Supreme Court Term might be the best *Marbury* observance anyone can offer the nation”, SOIFER, Aviam, “The Disability Term: Dignity, Default, and Negative Capability”, *op. cit.*, p. 1331.

⁵⁶⁸ 120 S. Ct. 1740 (2000).

⁵⁶⁹ 42 U.S.C. § 13981 (1994).

⁵⁷⁰ “Doubly shut out, violated women are, in essence told by the *Morrison* majority –a majority that did not mention them once- that this legal system not only need not, but by virtue of its structural design may not, deliver meaningful equal protection of the laws to them”, MacKINNON, Catharine A., “Comment: Disputing Male Sovereignty: On *United States v. Morrison*”, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁷¹ MacKINNON, Catharine A., “Comment: Disputing Male Sovereignty: On *United States v. Morrison*”,

utilizado en las luchas anti-esclavitud y una conclusión “la conveniencia de la supervivencia de la unión”, semejante al que se sostuvo en tiempos de la Guerra Civil.

Una postura más general, en esta misma línea, es la desarrollada por Akhil Reed Amar en el “*Foreword*” al *The Supreme Court 1999 Term* de la *Harvard Law Review*⁵⁷². Reed Amar distingue entre las posiciones que considera “documentarians” (aquellos que buscan su inspiración en las palabras de la Constitución, en sus formas de argumentar y en las experiencias históricas que dieron lugar a su surgimiento y a sus enmiendas), tales como el magistrado Hugo Black, o los profesores John Hart Ely, Steven Calabresi y Douglas Laycock; y las que denomina “*doctrinalists*” (que en lugar de tratar de extraer hasta la última gota de sentido del texto constitucional y su estructura, tratan de sintetizar lo que el Tribunal Supremo ha dicho y hecho en nombre de la Constitución, para quienes, con frecuencia, el precedente prevalece sobre el propio texto), tales como el magistrado Harlan, o los profesores Kathleen Sullivan, Richard Fallon o David Strauss. En su opinión, el Tribunal actual representaría una forma extrema de doctrinalismo que estaría poniendo en riesgo la propia supervivencia de la Constitución. “At the dawn of a new millenium, constitutional law is at risk of touching with the Constitution itself. A dense doctrinal grid threatens to obscure the document, with generally unfortunate consequences. The Constitution is wiser than the Court”⁵⁷³. Por ello, propone un programa que vuelva a poner a la Constitución en el centro de los debates y prescindiera de las opiniones del Tribunal. Éste, por su parte, debería reevaluar, en cada caso, sus opiniones contra el texto y la historia de la constitución y no contra sus propias decisiones y su historia: “Perharps the *Harvard Law Review* should complement its annual November survey of the Supreme Court Term with an annual June issue devoted to the Constitution outside the Court. Most fundamental of all, those who teach and study constitutional law should reacquaint themselves with the Constitution itself. It is a document rich with meaning, rewarding loving study. It is perhaps too much to ask the current Justices to read the Constitution regularly and

op. cit., pp. 135 a 179.

⁵⁷² REED Amar, Akhil, “The Supreme Court 1999 Term – Foreword: The document and the doctrine”,

op. cit., pp. 26-134.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 133.

carefully. But is it too much to ask of constitutional law professors and law students?”⁵⁷⁴. Se trata de una posición que supera los enfoques más parciales de los trabajos antes citados, pero con menor radicalidad en sus propuestas (no prescindir del Tribunal, sino vincularlo más al texto constitucional). La obra de Gangi⁵⁷⁵, por su parte, resulta igualmente general, aunque mucho más radical en sus críticas.

Gangi defiende como tesis central de su libro que la evolución de la Corte ha provocado una expansión del poder judicial que ha desembocado en la pérdida de control público, de forma ilegítima y negativa, sobre las políticas del Estado. Según Gangi, el derecho más importante que se les aseguró a los norteamericanos tras la revolución y que quedaría inscrito en la Constitución es el “people’s right to decide what public policies are conducive to the public good”⁵⁷⁶. Los ciudadanos, sin embargo, deben admitir que la fidelidad a las intenciones de los padres fundadores es el precio que hay que pagar para lograr la gobernabilidad. En este sentido, la misión del Tribunal sería la de interpretar la Constitución tratando de descubrir y aplicar “the clearly discernible intentions of the framers”⁵⁷⁷. El Tribunal Supremo, sin embargo, habría abdicado de su responsabilidad para con las intenciones de los padres de la constitución y se habría entregado a una versión no interpretativista, mediante la cual habría “deconstruido” la Constitución siguiendo teorías sociales y económicas propias.

Tomando como elementos interpretativos a la Constitución y el Federalista, Gangi opina que las facultades del Tribunal de anular leyes deben ser estrictamente restringidas a aquellas normas que ostensiblemente sean contrarias al texto de la Constitución y a la forma en que los padres constituyentes la entendía. Para apoyar su argumentación se basa en el estudio de seis casos (cronológicamente, entre *Marbury* (1803) y *Dred Scott* (1856)) en los que cree encontrar una actitud de sometimiento del

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 134.

⁵⁷⁵ GANGI, William, *Saving the Constitution from the Courts*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1995. En un sentido semejante, *vid.*, también, en terminus sumamente conservadores, BORK, Robert H., *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, New York Times, New York, 1996.

⁵⁷⁶ GANGI, William, *Saving the Constitution from the Courts*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1995, p. xiii.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. xvi.

Tribunal a las intenciones originales y una negativa a la posibilidad de introducir las preferencias políticas personales, principios éticos o valores morales distintos de los de los redactores de la Constitución.

En opinión de Gangi, sin embargo, tras la Guerra Civil, comenzó a desaparecer esta restricción política del Tribunal. Como consecuencias de su “darwinismo social” y del resto de sus convicciones, el Tribunal comenzó a “descubrir” nuevos significados en los viejos términos de la Constitución y a crear toda una serie de derechos económicos de carácter sustantivo y no procedimental, que contradecían ostensiblemente las intenciones de los constituyentes. Para Gangi, lo más peligroso de esta promoción de la extra-constitucional filosofía del *laissez-faire*, fue que legitimó las subsiguientes teorías y doctrinas no interpretativas para los Tribunales posteriores en otros asuntos. Esta actitud habría sido adoptada tanto por tribunales progresistas como conservadores, tales como Warren, Burger y Rehnquist.

Desde estas posiciones, sólo cabrían las intervenciones del Tribunal en un marco interpretativista muy estricto y ante violaciones flagrantes de la Constitución. La capacidad de creación de derecho por parte del Tribunal se considera, por tanto, incompatible con el sistema democrático de fijación de objetivos sociales. Para lograr este objetivo, Gangi propone un programa de reformas consistente en establecer como obligación de los jueces este papel negativo y restringido y complementarlo con una vigilancia activa por parte de la ciudadanía y un sistema de revocación de los magistrados que no satisficieran estos criterios. Además, “constitutional scholars must accept as their primary obligation their duty to inquire into the ratifiers’ intentions, and [...] put aside their personal beliefs (including religious) and assumptions”. Esta actitud generaría un estado de opinión que haría imposibles los excesos judiciales y minimizaría la necesidad de emplear las formas punitivas de remoción de magistrados⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ Una recensión muy crítica del trabajo de Gangi puede verse en MISHLER, William, “Review of Saving the Constitution from the Courts” en *The Law and Politics Book Review*, <http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/gangi.htm>.

TERCERA PARTE:
EL CASO MEXICANO –
EN BUSCA DE LA OBSESIÓN

Una vez analizados tanto el origen histórico de los diferentes sistemas de control de constitucionalidad (Parte Primera), como el desarrollo de los mismos y las reflexiones teóricas que de ellos se han ocupado (Segunda Parte), en esta Tercera Parte se aplicarán las conclusiones obtenidas al estudio crítico de la recientemente reformada Suprema Corte de Justicia de México y su práctica del control de constitucionalidad. Igualmente, se expondrán algunas de las reacciones de la doctrina ante esos cambios y ante los primeros años de ejercicio jurisdiccional de la nueva corte. Se incluirán, por último, algunas reflexiones globales sobre la oportunidad y conveniencia de las reformas y algunas propuestas de mejora para la misma.

Esta Tercera Parte lleva como subtítulo la frase “En busca de la obsesión” por simetría con lo indicado en la Segunda Parte. Con ello quiere expresarse que la justicia constitucional mexicana no ha participado de ninguna de las dos obsesiones que caracterizan a la jurisdicción europea (legislador negativo) y americana (dificultad contramayoritaria), en esencia, porque ni ha existido ni, parece, está en camino de existir. En realidad, si hubiera que señalar una obsesión de la Suprema Corte ésta sería más bien la de no interferir con los designios presidenciales. En estas condiciones, ni la teoría ni la práctica han reflejado, como es natural, ninguna forma de tensión entre justicia constitucional y legitimidad democrática.

I.- ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL CONTROL HASTA 1994.

Aunque el objetivo de esta Tercera Parte es el estudio de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional en la forma en que ha quedado configurada tras las reformas de 1994, en el presente apartado se hará un breve recorrido histórico de las instituciones que precedieron al control de constitucionalidad en México, haciendo la advertencia de que de ninguna manera pretende ser un estudio exhaustivo⁵⁷⁹, lo cual rebasaría el objetivo del mismo, sino más bien servir de orientación para que pueda ser comprendida la parte medular de este capítulo. Se trata, pues, sencillamente, de poner de manifiesto cuál fue la base sobre la que se operó la reforma. Por ello, se reducirán al mínimo las observaciones críticas (que podrían multiplicarse casi al infinito) y se hará hincapié principalmente en los hechos y normas⁵⁸⁰, salvo en lo relativo a la Constitución vigente de 1917 que se aborda en el apartado 4, b). *Valoración general*⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Para este tema, véanse entre otros: CARRILLO Flores, Antonio, “Reflexiones con motivo del Sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia” en VV. AA, La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, Porrúa, México, 1981. CARRILLO Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia Mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, en VV. AA, La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico, Poder Judicial de la Federación, México, 1985; BARRAGÁN Barragán, José, Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861, UNAM, México, 1980.

⁵⁸⁰ Se utilizarán como guía fundamental para esta exposición los artículos FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en PÉREZNIETO Castro, Leonel (comp.), Las reformas constitucionales de la renovación nacional, Porrúa, México, 1987; y CARPIZO, Jorge, COSSÍO Díaz, José Ramón y FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, en GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (comp.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pp. 747-802.

⁵⁸¹ El mejor y más actualizado tratamiento de esta materia aparece en COSSÍO, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, en *Política y Gobierno*, vol. VIII, núm. 1, 2001, pp. 61-115.

1.- CONSTITUCIÓN DE 1824: CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL CONGRESO Y POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

La Suprema Corte de Justicia mexicana se establece por vez primera en la Constitución de 1824, inspirándose para ello en la Carta Fundamental norteamericana de 1787, sin embargo, tanto las atribuciones como su posterior desarrollo fueron muy diferentes⁵⁸² como consecuencia, entre otros factores, de la tradición jurídica española que pesó de manera muy considerable en los años inmediatamente posteriores a la independencia.

En concreto la Suprema Corte recibió muchas de las atribuciones que anteriormente ostentara la Audiencia de México y el Consejo de Indias –a través de la recepción de la Constitución de Cádiz de 1812–, como el control de legalidad en última instancia; al mismo tiempo, sin embargo, también se inspiró en el artículo III de la Constitución norteamericana, otorgándole el conocimiento de las violaciones a la Constitución y a las leyes federales en el artículo 137, fracción V, inciso sexto, en la forma en que previera la ley. Dicha ley nunca llegó a aprobarse por lo que, pese a una cierta resistencia de la Corte, dicha competencia nunca sería ejercida. También por influencia del artículo III citado, se establecieron las así llamadas “controversias constitucionales” (art. 173, fracción I), para “Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro”.

En la práctica, sin embargo, se impuso el control de constitucionalidad de las leyes de la Entidades Federativas por parte del Congreso Federal que, efectivamente anuló algunas de ellas. La Constitución establecía en sus artículos 164 y 165, inspirados por la Constitución de Cádiz, que: “El Congreso (federal) dictará todas las leyes y

⁵⁸² Como muy gráficamente ha escrito Antonio Carrillo: “Órganos semejantes, caminos diferentes”. En “Reflexiones con motivos del Sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, pp. 164-165.

decretos que crea conducentes a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten la Constitución y el Acta Constitutiva” (de 31 de enero de 1824) y “Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta Constitución y el Acta Constitutiva”. Además, se establecía en el artículo 160, fracción I, un Consejo de Gobierno, semejante a la Diputación permanente española, encargado de ejercer las funciones propias del Congreso cuando éste no estuviera reunido y, en concreto, la de “velar sobre la observancia de la Constitución, del Acta Constitutiva y de las leyes generales, formando expediente sobre cualquier incidente relativo a estos objetos...”.

Se trata, pues, de una situación semejante a la que antes se consideró para la Francia revolucionaria en la que un órgano político, en definitiva las fuerzas sociales que están detrás del nuevo orden constitucional, son las encargadas de velar por la normatividad constitucional⁵⁸³

⁵⁸³ *Vid. supra* pp. 92 y ss.

2.- LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836. CONTROL POLÍTICO EN UN ESTADO CENTRALISTA.

La tradición constitucional francesa tiene su única repercusión importante para la justicia constitucional mexicana en las leyes constitucionales de 1836. Fundamentalmente, a través de la institución de un Supremo Poder Conservador, inspirado en el Senado Conservador de la Constitución Francesa del año VIII (1799).

Efectivamente, algunos años después, las fuerzas políticas de inspiración más conservadora consiguieron establecer un sistema unitario y centralista de inspiración francesa, al organizar la República en Departamentos mediante Siete Leyes Constitucionales aprobadas en 1835 y 1836.

Desde el punto de vista de la defensa jurídica de la Constitución, el sistema era, también en este caso, mixto. Pues si, de un lado, el artículo 2, fracción III, establecía el llamado “reclamo” (semejante al amparo), para la defensa de la propiedad privada frente a las expropiaciones⁵⁸⁴, del que conocerían la Suprema Corte en la capital y los Tribunales Superiores en los Departamentos, con capacidad para suspender la expropiación hasta el pronunciamiento del fallo. De otro, sin embargo, y ya no con carácter restringido a la propiedad, sino general, la Segunda Ley Constitucional establecía un Supremo Poder Conservador, integrado por cinco miembros, responsables “ante Dios” y la opinión pública (art. 17), con competencia para declarar la nulidad de los actos, resoluciones o leyes de cada uno de los tres órganos del poder, a petición de uno o de los otros dos (artículo 12, fracciones I a III). La eficacia práctica de este órgano resultó muy escasa. En las ocasiones en que llegó a pronunciarse, sus decisiones fueron ignoradas por las autoridades correspondientes. En 1841, como consecuencia de un pronunciamiento militar, el Supremo Poder Conservador quedó abolido. Aunque hubo proyectos para ampliar el citado reclamo como mecanismo general de protección de las normas constitucionales y los derechos individuales, dichas normas nunca

⁵⁸⁴ Conviene recordar aquí, el paralelo existente con la situación norteamericana en la que, como se vio, el surgimiento de la justicia constitucional estuvo, en los hechos, estrechamente relacionado con la defensa de la propiedad frente a las intervenciones de las legislaturas locales.

llegaron a ser definitivamente aprobadas. Con todo, pueden considerarse precedentes de las directrices judicialistas adoptadas en 1857.

3.- LA CONSTITUCIÓN DE 1857, CONTROL JUDICIAL EN UN ESTADO FEDERAL A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO EN TRES ETAPAS SUCESIVAS: CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN DE 16 DE MAYO DE 1841, EL ACTA DE REFORMAS DE 1847 Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 5 DE FEBRERO DE 1857.

La divulgación en México a partir de 1837 de la obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, en la traducción de Sánchez de Bustamante, condujo a una revalorización del papel de los órganos judiciales en las funciones de control de inconstitucionalidad. Como consecuencia de ello, se introdujo en México en diferentes etapas el juicio de amparo, como una suerte de *judicial review* encaminada a proteger a los particulares frente a las lesiones en sus derechos constitucionales por leyes y actos de cualquier autoridad.

El juicio de amparo se estableció, pues, por primera vez en la Constitución de Yucatán, aprobada el 16 de mayo de 1841 y redactada según el proyecto de Manuel Crescencio García Rejón (huido del control centralista de la capital y refugiado en su estado controlado por los federalistas). Dicho mecanismo procedía ante el pleno de la Suprema Corte de Justicia del Estado contra leyes y decretos de la legislatura que fueran contrarios al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del gobernador del Estado, cuando en ellas se hubiese infringido el texto constitucional (artículo 62, fracción II). Este instrumento debía interponerse ante los jueces de primera instancia, contra los actos de funcionarios que no correspondieran al poder judicial (administrativos), cuando violasen los derechos fundamentales (garantías individuales) consagrados por dicha Carta (artículo 80) y acudiéndose a los superiores de los propios jueces (salas de la Suprema Corte), cuando éstos infringiesen dichos derechos en sus resoluciones (artículo 90). El artículo 70, por su parte, establecía una forma de control difuso de constitucionalidad: “En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del Congreso del Estado”.

En el plano nacional, en el Acta de Reformas a la Constitución Federal de 1824, promulgada en 1847, según proyecto de Mariano Otero, se incluía igualmente el juicio de amparo. El artículo 25 establecía: “Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare”. La parte de dicho precepto referida a los efectos del fallo, se conoce con el nombre de *fórmula Otero* y sigue vigente en la actualidad.

Con todo, no desaparecía el control político por parte del Congreso Federal, ya que los artículos 22 y 23 establecían la facultad de dicho órgano para decretar la nulidad de las leyes de las Entidades Federativas. La novedad, en este caso, estribaba en una “federalización” de dicha facultad, toda vez que también la mayoría de las Legislaturas Estatales podían decidir la nulidad de la ley federal, previa impugnación por parte del Presidente de la República, diez diputados, tres senadores o tres legislaturas locales. La Suprema Corte se encargaba de verificar su número y publicar el resultado de la votación.

Finalmente, la última etapa en la creación del juicio de amparo, se llevó a cabo en la Ley Fundamental anterior a la actualmente vigente, la Constitución Federal de 1857. En ella, se establecen dos instrumentos de garantía constitucional: el juicio de amparo y las controversias constitucionales.

Los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857 establecían el juicio de amparo frente a la violación indirecta de los derechos fundamentales por actos individuales o disposiciones legislativas. Su conocimiento recaía, como última instancia en la Suprema Corte que también conocía de las controversias entre la Federación y los Estados o de éstos entre sí.

En tales artículos, se puede apreciar una gran influencia del modelo norteamericano de la *judicial review*, que, como anteriormente se dijo, había sido divulgado por Toqueville, autor ampliamente aceptado por los defensores y autores del proyecto constitucional⁵⁸⁵, basta con revisar la exposición de motivos del constituyente en la parte referida al juicio de amparo en donde se cita expresamente al mencionado autor y se hace referencia a su obra como “preciosa” para darnos cuenta de ello, así como consultar los debates en donde los principales defensores de dicha institución (Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán), sostuvieron que, al establecer el juicio de amparo tenían el propósito de que a través de él se introdujera en México la revisión judicial norteamericana, sólo que dirigida específicamente a la protección de los derechos o garantías individuales consagrados constitucionalmente, contra los actos o leyes de cualquier autoridad.

De esta manera, en el proyecto constitucional, el juicio de amparo es considerado como la reforma más importante, al respecto se dijo: “No habrá, pues, en lo adelante, y siempre que se trate de leyes o actos inconstitucionales, ya de la Federación o ya de los estados, aquellas iniciativas ruidosas, aquellos discursos y reclamaciones vehementes en que se ultrajaba la soberanía federal o la de los estados, con mengua y descrédito de ambos, y notable prejuicio para las instituciones, ni aquellas reclamaciones públicas y oficiales que muchas veces fueron el preámbulo de los pronunciamientos; habrá sí un juicio pacífico y tranquilo y un procedimiento en formas legales que se ocupe de pormenores, y que dando audiencia a los interesados, prepare una sentencia, que si bien deje sin efecto en aquel caso la ley de que se apela, no ultraje ni deprima el poder soberano de que ha nacido, sino que lo obligue por medios indirectos a revocarla por el ejercicio de su propia autoridad.”⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ El proyecto fue suscrito el 16 de junio de 1856 por los diputados constituyentes Ponciano Arriaga, Mariano Yáñez, León Guzmán, Pedro Escudero y Echanove, José María del Castillo Velasco, José María Cortés y Esparza y José María Mata, pertenecientes en su mayoría a la corriente liberal de carácter radical.

⁵⁸⁶ Para consultar el proyecto de Constitución y su exposición de motivos *vid.* TENA Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 1808-1985, 13ª. Ed, Porrúa, México, 1985, pp. 525-554. ZARCO, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857), El Colegio de México, México, 1956, pp. 306-329.

Por otra parte, en el artículo 126 de la Constitución de 1857, se estableció un sistema de control difuso, copia casi literal del artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, que disponía: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

También en lo referente a las controversias constitucionales la Constitución norteamericana tuvo gran influencia en la Constitución de 1857, en el artículo 97 fracciones III y IV se regularon los conflictos que se suscitaban entre los Estados o aquellos en los que la Federación fuese parte, y en el artículo 98 se encomendó en única instancia la resolución de tales conflictos a la Suprema Corte de Justicia.

A pesar de la existencia de los dos mecanismos anteriormente descritos para la defensa de la constitución (juicio de amparo y controversias constitucionales), así como de la adopción en el artículo 126 de la Constitución de 1857 de un sistema de control difuso, sólo tuvo eficacia uno de ellos: el juicio de amparo. Las controversias constitucionales fueron muy esporádicas y el control difuso establecido por el párrafo segundo del artículo 126 constitucional (que coincide esencialmente con el vigente artículo 133 de la Constitución de 1917) nunca fue llevado a la práctica por los jueces locales, ya que desde esa época se impuso el criterio de que sólo los tribunales federales, a través del juicio de amparo, podían pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, situación que sigue vigente hasta hoy en día.

En efecto, el juicio de amparo fue el instrumento utilizado para proteger, en principio, a los derechos fundamentales (consagrados en los 28 primeros artículos de dicha Constitución) de toda violación constitucional, para luego ampliarse tal protección, por jurisprudencia de la Suprema Corte, a todos los preceptos constitucionales que dieran lugar a una afectación individual.

Así, pues, la Corte debía encargarse principalmente de la interpretación de la Constitución, sin embargo y contra lo que expresamente establecía la Ley de Amparo de 1869, que en su artículo 8º señalaba categóricamente la no admisibilidad del amparo en los negocios judiciales, el Tribunal decidió conocer también de la impugnación de las disposiciones legales secundarias en las resoluciones de todos los Tribunales. De esta forma desde su decisión de abril de 1869 (amparo de Miguel Vega contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa) la Corte, interpretó (muy libremente⁵⁸⁷) el artículo 14 de la Constitución de 1857 en el sentido de que debía actuar como un Tribunal de Casación en control de legalidad, especialmente en materia judicial, apartándose en este aspecto del modelo norteamericano, y suscitando una serie de reacciones violentas por parte del sector del Congreso que había aprobado el citado artículo 8 de la Ley de Amparo de 1869, llegando incluso a desencadenar un procedimiento de responsabilidad política en contra de los ministros de la Suprema Corte que habían votado a favor en el caso antes mencionado, proceso que no siguió adelante por la oposición de la propia Suprema Corte a someterse al Congreso⁵⁸⁸.

A partir de este momento, el juicio de amparo procederá no sólo contra violaciones a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (finalidad, que por otro lado, fue para lo que se creó en la Constitución de 1857), sino también contra las infracciones a las leyes ordinarias, es decir, a través del juicio de amparo se lleva a cabo no sólo el control de constitucionalidad, sino también el de legalidad.

Ahora bien, el reconocimiento legal de dicha jurisprudencia se realizaría posteriormente en la Ley de Amparo de 1882, reconocimiento que subsiste hasta nuestros días.

⁵⁸⁷ Emilio Rabasa habló, en su momento, de “corrupción”.

⁵⁸⁸ Para consultar sobre la importante decisión de la Suprema corte de Justicia de 29 de abril de 1869 véase entre otros: CARRILLO Flores, Antonio, “Reflexiones con motivo del Sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia”, en La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, *op. cit.* NORIEGA Cantú, Alfonso, La consolidación del juicio de amparo (El caso del artículo 8 de la Ley de 1869), Círculo de Santa Margarita, México, 1980. RABASA, Emilio, El juicio constitucional. El Artículo 14, Porrúa, México 1955. VALLARTA Ignacio, Luis, El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico comparativo sobre esos recursos constitucionales, Imprenta de J.J. Terrazas, México,

Como puede verse, en todos estos avatares de la Corte apenas existe mención alguna a disputas doctrinales ni, en todo caso, éstas tuvieron influencia en las decisiones adoptadas. Se confirma, pues, la determinación básicamente política del surgimiento y extensión de las funciones de los tribunales tal como se indicó en páginas anteriores⁵⁸⁹.

1896.

⁵⁸⁹ *Vid. supra.* 29 y ss.

4.- CONSTITUCIÓN DE 1917 HASTA 1994.

a) Descripción histórica.

El problema anteriormente mencionado adquirió especial relevancia en los debates constitucionales celebrados en Querétaro. El proyecto de Venustiano Carranza recogía esta práctica del amparo contra resoluciones judiciales por infracción de normas secundarias como competencia constitucional de la Suprema Corte. Aunque los defensores de este proyecto reconocieron que se restringía la autonomía judicial de los Estados, se alegaba que aún no era posible confiar en los Tribunales Locales por lo que la Corte debía ejercer a través de esta especie de casación, una labor de tutela sobre los mismos. Aunque con la oposición de parte de los constituyentes (Medina y Jara⁵⁹⁰ entre ellos) el proyecto de los artículos 14 y 107 que se aprobó dio rango constitucional al control de legalidad mediante amparo judicial.

El artículo 105, por su parte, recogía nuevamente las “controversias constitucionales” y el 97, párrafo tercero, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia frente a violaciones de los derechos individuales. Ahora bien, tal como sucediera en 1857, ninguna de estas instituciones ha tenido una aplicación importante, por lo que hasta las reformas de 1994, el amparo siguió siendo la única forma jurisdiccional de protección de la normatividad constitucional.

Ello, sin embargo, no resolvió, lógicamente, el problema de exceso de trabajo del Tribunal, que venía arrastrando desde su polémica decisión de 1869, por lo que en 1928 (mediante reforma constitucional de 20 de agosto del artículo 94)⁵⁹¹ fue dividido

⁵⁹⁰ El voto particular de estos diputados fue suscrito el 18 de enero de 1917 y en él se proponía que el artículo 107 tuviese la misma redacción del texto original del artículo 102 de la Constitución de 1857 ya que consideraban necesario que los tribunales y jueces locales, en aras de salvaguardar la autonomía judicial de las entidades federativas, tuvieran la facultad de decidir de manera definitiva sobre las controversias en las que se aplicaran leyes locales. Cfr. VV. AA., Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 3ª. Edición, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, México 1985, tomo X, pp. 107/25-26.

⁵⁹¹ Cabe destacar que la iniciativa de reforma que dio origen a este cambio constitucional (se modificó tanto la composición de la Corte –artículo 94–, nombramiento de los ministros –artículo 96–, sus ausencias –artículo 98–, sus renunciaciones –artículo 99–, así como las cuestiones relativas a su mala conducta

en tres Salas especializadas (penal, administrativa y civil)⁵⁹², a la que se añadió una cuarta en 1934 (la laboral, mediante nueva reforma del artículo 94, de 15 de diciembre)⁵⁹³, y los llamados ministros supernumerarios en 1951 (reformas llevadas a cabo el 19 de febrero)⁵⁹⁴.

También en 1951 se crearon los Tribunales Colegiados de Circuito (tal como en 1891 se crearon en Estados Unidos los Tribunales de Circuito de Apelación) que debían conocer de ciertos juicios de amparo, que anteriormente le correspondía conocer a la Corte⁵⁹⁵.

Estas medidas sin embargo, no consiguieron frenar el retraso la Corte, ello condujo a que los Tribunales Colegiados, progresivamente, se encargaran de los juicios de amparo que en un principio correspondían a la Suprema Corte. Posteriormente, en 1968 se incrementó el número de Tribunales Federales y en el Distrito Federal y en Guadalajara se dividieron por materias. De esta forma a la Suprema Corte solo ingresaban los asuntos que se consideraban de mayor importancia constitucional o de mayor relevancia social o política.

Esta tendencia se confirmó en las reformas de 1983 y 1985 por las que se confería tanto a las Salas como al Pleno la facultad discrecional para avocar aquellos asuntos que consideraran de mayor importancia o para reenviar aquellos otros que aun

y responsabilidad –artículo 111–) fue presentada por Obregón el 19 de abril, siendo todavía candidato a la presidencia de la República, por lo que no contaba con facultades constitucionales para presentar dicha iniciativa (*vid. infra* pp. 316) y aun cuando esto produjo consecuencias políticas en mayo del mismo año, dicha iniciativa fue aprobada. Un estudio de la relevancia de las consecuencias políticas de este hecho puede verse en LOYOLA Díaz, R., La crisis Obregón-Calles y el Estado mexicano, Siglo XXI-IIS, México 1984, pp. 73-75).

⁵⁹² En el texto original del artículo 94 se establecía que la Corte se integraría con 11 ministros que siempre funcionarían en Pleno, por lo que con la reforma de 1928, se aumentó el número de ministros de 11 a 16.

⁵⁹³ En este caso, tal como ocurrió en la reforma anteriormente señalada, la iniciativa fue presentada sin base constitucional, ya que fue el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Nacional Revolucionario (ahora Partido Revolucionario Institucional PRI) y no el presidente de la República (Lázaro Cárdenas), quien el 12 de septiembre presentó dicha iniciativa (*vid. infra* pp. 317).

⁵⁹⁴ 5 ministros más que vendrían a suplir a alguno de los 21 que integran el Pleno, cuando así lo decidiera la Corte en función de sus necesidades.

⁵⁹⁵ El Tribunal Colegiado conocería del juicio de amparo en contra de violaciones de forma cometidas en la sentencia y la Corte en caso de violaciones de fondo.

correspondiéndoles según las reglas de competencia no consideraran suficientemente relevantes. También aquí se observa un paralelismo con las reformas norteamericanas de 1925 en las que se estableció el *certiorari* como mecanismo absolutamente discrecional por el que se admiten o rechazan los asuntos, y cuyo uso intensivo ha especializado al Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia constitucional.

En 1987 se inició, nuevamente, la reforma constitucional para especializar a la Suprema Corte en materia de amparo sólo para aquellas controversias estrictamente constitucionales (cuando se impugnara la constitucionalidad de disposiciones legislativas, reglamentarias y tratados internacionales), tal como originalmente había previsto la Constitución de 1857, relegando el control de legalidad, salvo en los casos de atracción por parte de la Corte⁵⁹⁶, a los Tribunales Colegiados de Circuito (artículo 107, fracciones V y VIII). Esta reforma tenía como precedente las de 1944 del presidente Ávila Camacho y de 1951 del senador Brena Torres, aunque ninguna de las dos fuera finalmente adoptada.

Por tanto, antes de las reformas de 1994 las formas de control de constitucionalidad de la ley eran: las controversias constitucionales del artículo 105 y los amparos del 107⁵⁹⁷, tal como recogía el artículo 103 (no modificado desde su redacción original de 1917): “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. III.- Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal”.

⁵⁹⁶ 107, fracción VIII, inciso b, párrafo 2: “La Suprema Corte de Justicia de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o el Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión que por sus características especiales así lo ameriten”.

⁵⁹⁷ Entre muchos otros, véanse las obras clásicas: BURGOA Orihuela, Ignacio, El juicio de Amparo, 15ª edición, Porrúa, México, 1980; CHÁVEZ Padrón, Marta, Evolución del juicio de amparo y del Poder Judicial Mexicano, Porrúa, México, 1990; FIX-ZAMUDIO, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, UNAM, México, 1993. HERNÁNDEZ Octavio, A., Curso de amparo, instituciones fundamentales, Botas, México, 1966; VV. AA., Manual del Juicio de amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Editorial Themis, México, 1992.

b) Valoración general.

Globalmente considerado el proceso anterior puede resumirse en dos ciclos diferentes de reformas⁵⁹⁸. Ciclos que, naturalmente, responden a la realidad política y social en la que se desarrollan y sin la cual resulta incomprensibles.

Distinguiremos, así, un primer ciclo de reformas destinadas a asegurar el control de la Suprema Corte por parte del Ejecutivo y un segundo ciclo de reformas destinado a conseguir una mejor adaptación funcional de la Corte al sistema político institucionalizado por el PRI.

El primer ciclo consta de tres fases diferentes: la reforma de 1928, la reforma de 1934 y la reforma de 1944.

En estas tres actuaciones se sigue un patrón de comportamiento similar aunque los intereses concretos a los que sirven sean distintos en cada caso. Este patrón puede resumirse en la presencia de dos elementos: la ilegalidad (o menosprecio a la legalidad) del procedimiento de reforma, y la pretensión de controlar directamente a los ministros. Podemos decir que se trata más bien de reformas de los ministros que no de reformas de la Suprema Corte⁵⁹⁹.

Efectivamente, el 19 de abril de 1928 Obregón presentaba su proyecto de reforma de los artículos 94, 96 al 100 y 111 cuando aún no era más que candidato a la presidencia de la República y por tanto carecía de competencias en tal materia. Sin embargo, como se vio, la reforma sería aprobada en mayo de ese mismo año en sesión extraordinaria del Congreso. Obregón se hizo con el control de la Suprema Corte mediante tres mecanismos. De un lado, haciendo depender (artículo 4 transitorio de la reforma) la continuidad en su cargo de todos los ministros de su propia ratificación (y

⁵⁹⁸ La organización del material de este epígrafe se inspira en la obra citada en la nota 581 de José Ramón Cossío, si bien, las conclusiones que se alcanzan difieren parcialmente de las sostenidas por dicho autor.

⁵⁹⁹ Para la descripción de actuaciones semejantes en los Estados Unidos de América, véase lo que se dice en el apartado 1.- Desarrollo histórico de las relaciones entre el Tribunal Supremo y el poder político en Estados Unidos, sobre diferentes formas de *court-packing*.

de la del Senado)⁶⁰⁰. De otro, estableciendo un sistema de designación de los ministros en manos del Ejecutivo y del Senado. Por último, creando un sistema de responsabilidad para los ministros que, en la práctica, suponía la posibilidad de removerlos de su cargo con la sola alegación indefinida de “mala conducta”. En este contexto, nada tiene de particular que la Suprema Corte fuera absolutamente servicial respecto del poder presidencial y que careciera, por tanto, de toda relevancia como Poder.

En 1934, como se vio, se reformaron los artículos 94 y 95. En este caso la iniciativa correspondió al Comité Ejecutivo Nacional del Partido Nacional Revolucionario (PNR) por encargo de Lázaro Cárdenas, en aquel momento (12 de septiembre, Presidente electo). El artículo 2 transitorio establecía que todos los ministros de la Suprema Corte cesarían en sus funciones el 31 de diciembre. En este caso resultaba particularmente obvia la conveniencia de contar con una Corte afín, toda vez que Cárdenas se proponía un importante programa de reformas sobre todo en materia agraria y laboral. También en este caso el contar con una Corte nueva y nombrada *ad hoc* junto con la no inamovilidad judicial constituían la garantía de que el Poder Judicial no se opondría al programa presidencial. Así fue y, durante este período, se modificaron importantes criterios por parte de la Corte sobre todo en lo relativo a los conflictos laborales, la sindicación, la materia agraria y, quizá, lo que resulte más relevante la Corte avaló las decisiones de Cárdenas en relación con el petróleo. Aunque con ciertas limitaciones, la Corte supuso durante esta época (lo que nunca más sucedería en todo el siglo) un factor de cambio social en la medida en que en lugar de encargarse de la defensa directa de los intereses de la clase dominante, practicó una cierta juridificación del proyecto revolucionario.

El 21 de septiembre de 1944, se reformaron, por su parte, los artículos 94 y 111. En este caso el proceso de la reforma responde a un patrón diferente. La reforma se presenta el 19 de diciembre de 1940, es decir, casi cuatro años antes de su aprobación

⁶⁰⁰ Ministros que, para aquel entonces, según la previsión constitucional (“a partir del año 1923”) eran inamovibles.

definitiva. Ello se explica, en parte, porque durante ese período se fueron produciendo las renovaciones de la Corte que le permitieron introducir ministros proclives a su programa. Éste consistía, básicamente, en tratar de poner fin a lo que se consideraron excesos socializantes de Lázaro Cárdenas. Una vez que la Corte no parecía un riesgo para la reforma ésta dispuso, entre otras cosas el restablecimiento del carácter vitalicio de los ministros y la deposición de todos los miembros de la Corte y el nombramiento de otros nuevos en el plazo de treinta días por parte del Presidente y del Senado (artículo 1 transitorio). Esta nueva Corte de ministros vitalicios coincidió con la estabilización definitiva del Régimen que, entre otras cosas, dejaría de denominarse (1946) Partido Nacional Revolucionario para pasar a ser el Partido Revolucionario Institucional. Efectivamente, la política de Ávila Camacho consiguió estabilizar los diferentes sectores del Poder priísta en forma tal que, a partir de ese momento, se produciría una rotación más o menos ordenada en el cargo presidencial sin modificaciones estructurales importantes.

Si consideramos, pues, este ciclo en su conjunto se nos revela que el deseo de los Presidentes de contar con Cortes adeptas era el reflejo de una situación política aún no institucionalizada en la que existía la posibilidad de que un Presidente tuviera un programa político que chocara con los intereses de algún grupo social importante que pudiera tratar de oponerse a ella. Cuando la institucionalización del sistema alcanza su grado más alto, ya no resulta importante quiénes concretamente ostenten el cargo de ministros, puesto que están en cualquier caso controlados por el autoritarismo presidencial, por la corrupción que se deriva del ofrecimiento de prebendas políticas, y por la amenaza de la sanción política o jurídica. La Corte a partir de este momento se convierte en un órgano de casi nula relevancia política amoldado a los intereses presidenciales y, más aún a los intereses globales representados por el PRI como institución de la clase dominante.

El segundo ciclo de reformas incluye las del 19 de febrero de 1951, y la del 25 de octubre de 1967 y las de agosto de 1987. En todas ellas, a diferencia de lo que sucedía en las anteriormente consideradas, el asunto de quiénes concretamente

ocupaban el cargo de ministros perdió toda relevancia. Las reformas se referían, en cambio, a cuestiones funcionales, organizativas, etc. En todas ellas, el problema fundamentalmente alegado era el del retraso en la tramitación de asuntos por parte de la Corte, y el mecanismo para su resolución la pérdida por parte de ésta de algunas de sus competencias y su progresiva concentración en el conocimiento de la constitucionalidad de las normas generales. Todo ello resulta coherente con la descripción antes realizada de la evolución política de la Corte. Efectivamente, si la Corte ha pasado a ser un órgano plenamente integrado en la normalidad institucional del Régimen, las únicas dificultades que pueden surgir no se refieren tanto a cuestiones de fondo como a cuestiones de eficacia. No tanto a que la Corte no quiera hacer algo como a que no pueda. De otro lado, si la Corte debe cumplir también un papel legitimador del sistema, éste puede realizarse con mayor eficacia concentrándose en las declaraciones de constitucionalidad o inconstitucionalidad (en realidad, sólo de constitucionalidad puesto que los casos en que la Corte se ha opuesto a los otros Poderes son casi inexistentes) de las normas generales, por su mayor valor simbólico.

De esta forma, la presunta conversión progresiva de la Suprema Corte en Tribunal Constitucional no responde a ningún programa preconcebido, ni a ningún entendimiento de la normatividad o supremacía constitucional sino, más bien, es el fruto de adaptaciones ocasionales motivadas por razones del todo diferentes. Efectivamente, esta concentración de funciones constitucionales en la Suprema Corte contravenía la letra y el espíritu de la Constitución en que claramente se establecía un sistema de control difuso. Si, además, tenemos en cuenta que la Corte tampoco ejerció *de facto* dichas funciones, más que de concentración o de monopolio del rechazo, cabría hablar de supresión de los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas.

II.- LAS REFORMAS DE 1994.

1.- EL CONTEXTO POLÍTICO.

Como ha sido señalado en innumerables ocasiones, las instituciones constitucionales dada su naturaleza esencialmente política no pueden explicarse sin tomar en consideración la realidad social sobre la que actúan. Si esto es cierto en todos los casos, lo es mucho más intensamente en el caso del constitucionalismo latinoamericano en general y mexicano en particular. No podemos olvidar que como ya indicara Loewenstein⁶⁰¹ en su clásico *Teoría de la Constitución*, un número considerable de normas constitucionales en estos países no pasan del rango de normas “semánticas”, es decir, que de constitución sólo tienen el nombre, cuando, en realidad, encubren y tratan de dar legitimidad a sistemas que, en absoluto, se corresponden con los valores propios del constitucionalismo. De entre todos los casos, quizá México represente un caso extremo en la medida en que, durante la mayor parte del siglo pasado, ha contado con una de las Constituciones que se jactaba de más avanzadas (progresista, social o hasta revolucionaria) y ha contado, simultáneamente, con una (cuasi)dictadura de facto que era la negación perfecta de estos mismos valores⁶⁰².

Por ello, puede considerarse justificado un breve repaso, en primer lugar, sobre la situación política general del país en el momento de la reforma, en segundo lugar, sobre el contexto político específico que rodeó la decisión de adoptarla para,

⁶⁰¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986. Se trae a colación la obra citada como una referencia muy general a la divergencia entre plano normativo y plano sociológico, sin ignorar que la forma concreta en que fuera planteada por Loewenstein ha sido objeto de muy importantes críticas y revisiones, tanto desde el punto de vista metodológico, como desde el punto de vista del “realismo” que pretende defender. En este sentido, en los últimos tiempos ha alcanzado cierta difusión una visión muy revisada de estos conceptos (en clave sistémico-luhmaniana) a través de la obra de Marcelo Neves, que emplea la terminología “constitución simbólica” inspirada en la construcción de la penalística germánica sobre el “derecho penal simbólico”. Cf. NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, Editora Academica, Sao Paulo, 1994.

⁶⁰² Sobre la necesidad de introducir cuestiones de “contenido” en el concepto mismo de constitución, puede verse, CABO Martín, Carlos de, *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, vol. II, *Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional*, Barcelona, PPU, 1993, pp. 180-219. Sobre la peculiaridad del constitucionalismo en los estados periféricos, *Íd.*, *La crisis del Estado social*, *op. cit.*, cap. II, pp. 97-124.

posteriormente, analizar la forma concreta en que se desarrolló y lo que se han considerado sus posibles vicios de forma y fondo.

Las reformas constitucionales de 1994 coinciden con lo que puede describirse como una transformación global de diferentes aspectos de la vida económica, social y política mexicana y, en cierto sentido, el final de una época.

Desde el punto de vista económico, México transformó durante el período presidencial de Carlos Salinas de Gortari su participación en la economía mundial y trató de adaptar a estas nuevas exigencias sus estructuras productivas interiores. Efectivamente, México había contado hasta ese momento con una estructura económica compleja en la que convivían muy diferentes estratos productivos, unos dirigidos hacia el consumo interno en formas más o menos atrasadas de subsistencia, otros dirigidos a proporcionar a las clases internas dirigentes la base económica de sus poderes social y político y otros, por último, destinados a beneficiar a las clases dirigentes exteriores, en particular norteamericanas, representadas sobre todo a través de las multinacionales y la presencia financiera de los grandes bancos norteamericanos. Ello exigía una muy compleja articulación, en cierto sentido normativa, y sobre todo social en la que el caciquismo, el clientelismo, el aislamiento territorial, etc. convivían con modernas técnicas gerenciales, inversiones en telecomunicaciones y publicidad, etc. Pues bien, las reformas de carácter neoliberal impulsadas por el Presidente (secundando en esto, claro es, las indicaciones de los organismos económicos internacionales y la presión de los inversores extranjeros) tenían como objetivo polarizar el conjunto de la estructura productiva del país para su integración plena en el mercado mundializado global. En el plano normativo, esta intención de fusionar la economía mexicana con la economía global se plasmó en la negociación y firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte o NAFTA⁶⁰³. Naturalmente, estos procesos de cambio económico arrastraron, como se verá, muy importantes cambios en los planos político y social, y considerables resistencias por parte de quienes se consideraban desfavorecidos por la reforma. Lo que

⁶⁰³ La bibliografía sobre el TLC desde todos sus puntos de vista es enorme. Un resumen de posturas y una amplia selección bibliográfica en ACUÑA Soto, Víctor, Integración desigual: el caso de México en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997; desde el punto de vista del NAFTA, ACKERMAN, Bruce y GOLOVE, David, Is NAFTA

interesa destacar aquí, al margen de la conveniencia o inconveniencia de estas reformas neoliberales (sobre la que algo luego se dirá), es que son la indicación más clara de que México no podría seguir manteniendo su peculiar equilibrio político social y que debía introducir cambios radicales en muchas de sus instituciones. Los tiempos del gran terrateniente local, cacique en su propio territorio, coaligado con otros caciques semejantes en la estructura de dominio del PRI y, representados, en último término por las así llamadas “50 familias” parecían tocar económicamente a su fin.

Aunque es de sobra conocido, debe recordarse que este intento de transformación económica no fue ni siquiera considerado desde sus propios parámetros (que son más que discutibles), precisamente un éxito. El derrumbe económico conocido posteriormente como “Efecto Tequila” puso de manifiesto de la forma más ostensible que pretender insertar una economía que en muchas de sus ramas se encontraba en el más completo atraso, de forma inmediata en el contexto competitivo de las economías occidentales y hacerlo, además, en interés de esas mismas economías (y de un pequeño subgrupo de la dirigencia local relacionado con ellas), no podría llevarse a cabo sin una depauperación general del país y una acentuación de las diferencias e injusticias sociales.

Ahora bien, estos proyectos de transformación económica no sólo ponían en dificultades a sectores muy amplios de la población (en particular, de la población indígena), sino que, al tiempo, debilitaban la capacidad de control social por parte de los poderes locales basados en el anterior sistema de explotación caciquil. Efectivamente, la centralización de las decisiones que exigía el nuevo sistema, junto con la expropiación de la propia capacidad de decisión que pasaba a manos de intereses económicos internacionales, se traducía, consecuentemente, en una disminución del poder local y de las posibilidades de encontrar un equilibrio “populista” para el control social. Estos dos factores unidos, el agravamiento hasta límites intolerables de la miseria económica en áreas muy concretas del país (las que, de un lado, sobrevivían mediante sistemas muy rudimentarios de explotación económica y, de otro, alimentaban al mercado

constitutional?, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995.

internacional con producciones muy especializadas o apreciadas que sólo revertían a unas pocas manos (petróleo, por ejemplo)), junto con la reducción de las posibilidades de control local provocada por la enajenación de la economía globalizada, pueden contarse entre los factores que hicieron posible el alzamiento zapatista el 1 de enero de 1994. Conviene recordar, también, que aunque el más importante, el alzamiento zapatista no fue (ni es) la única forma de contestación social armada del orden establecido. Nuevamente, desde el punto de vista que aquí importa, el zapatismo anunciaba también el final de una época. El final del control social sectorializado por Estados, que se expresaba en un federalismo retóricamente defendido como valor fundamental de la organización constitucional, y que en la práctica significaba un poder central presidencial sumamente autoritario pero cuya capacidad de penetración en el conjunto del país (dejando a un lado los sectores considerados críticos) era muy escasa. El alzamiento en Chiapas obligaba a reconsiderar la forma en que se iba a repartir localmente el poder, las funciones y competencias del poder central, la distribución de poderes y riqueza entre los estados, etc. Obligaba también, por otro lado, a reconsiderar el reparto del poder en términos de raza. El tradicional estado constitucional mexicano había sido casi sin excepción un estado constitucional de criollos y para criollos, marginando a un sector considerable de la población que, en realidad, quedaba sometido a formas de dominio político pre-constitucionales.

El propio aparato interno del PRI reaccionó a estas transformaciones dando muestras, ellos mismos, de que el sistema político mexicano tal como había sido tradicionalmente entendido podía estar a punto de terminar. Conviene, en este sentido, realizar un paralelismo entre lo que fue la elección de Carlos Salinas y la de su sucesor Ernesto Zedillo. La elección de 1988 de Carlos Salinas siguió, en cierto sentido, la tradición política priísta. Salinas fue “destapado” por el presidente anterior (Miguel de la Madrid), se realizaron las elecciones presidenciales y Salinas entró en la Presidencia. En aquel momento, según la convicción generalizada de los estudiosos de dicho proceso (y aun de la población general), Salinas obtuvo menos votos para la Presidencia que su contrincante Cuauhtémoc Cárdenas (candidato por el PRD), lo que condujo al consiguiente fraude electoral. Ahora bien, lo característico de este proceso es, de un

lado, que el PRI no entendió el proceso electoral tanto en términos de confrontación electoral, es decir, de competición por los votos, como en términos de demostración de poder y de instrumento de reafirmación de las conexiones políticas en que se basaba su propio sistema de dominación⁶⁰⁴. Ello no supuso, en aquel momento, un obstáculo insuperable, sino que el sistema pudo reproducir sus formas de control social y, aunque con cierta contestación, no se puso en duda la capacidad del nuevo Presidente para ostentar su cargo. En definitiva, su legitimidad no era electoral, sino que se derivaba del reconocimiento que de sus funciones hacían tanto el aparato político del PRI, como la base económica y social (nacional e internacional) para la que ésta administraba el poder.

La situación en las elecciones de 1994 había cambiado radicalmente o, al menos, así era percibido por una parte importante de los grupos del poder. De un lado, se temía no tanto que el PRI pudiera llegar a perder las elecciones, sino si, en el caso de hacerlo, el sistema podría seguir subsistiendo sin legitimidad electoral. De otro, se temía igualmente que un candidato no idóneo no fuera capaz de dar continuidad al sistema tradicional del PRI. Ello se reflejó, igualmente, en un doble plano. Comenzando por el segundo de ellos y, como es sobradamente conocido, la designación del candidato a Presidente (el “dedazo”) estuvo rodeado de numerosas incógnitas y dificultades. Los diferentes grupos dentro del PRI parecían estar encontrando más dificultades que de ordinario para consensuar un candidato o para admitir la decisión autocrática del Presidente. La designación recaería finalmente en la persona de Luis Donald Colosio. Colosio parecía representar (aunque sobre ello existen posiciones discrepantes) la adaptación a un nuevo sistema en que la competencia electoral (el sistema formalmente democrático, en definitiva) debía ser el equivalente político de la nueva competencia económica (en el mercado mundial) en la que quería introducirse al país. Fuera ello cierto o no, lo que resulta indudable es que ciertos sectores contemplaron con enorme desconfianza esta posibilidad y pusieron todos los medios para evitar que pudiera llegar a producirse. Este acoso al candidato presidencial terminaría con su asesinato antes de

⁶⁰⁴ Sobre las funciones de la campaña y los procesos electorales en sistemas no (o no totalmente) democráticos, *vid.* CABO de la Vega, Antonio de, El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación, IIJ-UNAM, México, 1994.

las elecciones el 23 de marzo de 1994 en Lomas Taurinas. La espiral de violencia política no terminaría aquí sino que se prologaría, entre otros acontecimientos, con el asesinato del secretario general del PRI José Francisco Ruiz-Massieu (mayo de 1994) y el presunto suicidio el 10 de abril de 1995 (de *dos* tiros en el pecho), de Luis Miguel Moreno Gómez, Secretario de transporte y vialidad del Distrito Federal. Parecía claro que las transiciones de poder a la priísta (los tapados), habían terminado.

En el segundo aspecto, la campaña empieza a tomar el aspecto de lo que son las campañas ordinarias en las democracias consolidadas. Es decir, contraposición entre candidatos, debates, presencia de programas electorales, etc. en lugar del tipo de actuación para-estatal que caracterizaba a las anteriores campañas del PRI (obras públicas, inauguraciones, repartos de dádivas en efectivo y en especie, etc.). En este sentido, la campaña del candidato Zedillo va a girar, principalmente, en torno al problema de la justicia y de su reorganización. A ello contribuyó también el que la situación de numerosos procuradores de la República y del Distrito habían obligado a una rápida sucesión en el cargo, con el consiguiente desprestigio de las correspondientes instituciones. En este contexto Zedillo ofrece en su campaña una “reforma integral del Poder Judicial”. En concreto, sería el 14 de julio de 1994, en un acto de campaña en la clausura del “Foro Nacional Justicia y Seguridad”, en Guadalajara. El resto de candidatos también fueron sensibles a esta situación y el conjunto de todos ellos terminaría suscribiendo un documento denominado *Veinte puntos para la democracia* en el que se comprometían a emprender un amplio procedimiento de consulta nacional que, hipotéticamente, debía conducir a la reforma del poder judicial. La forma en que finalmente se reformaría la justicia y con ella la justicia constitucional no respondió, sin embargo, como a continuación se verá a este compromiso.

2.- TRAMITACIÓN Y APROBACIÓN DE LA REFORMA. VICIOS FORMALES Y VICIOS SUSTANTIVOS.

Pese a las promesas electorales, la reforma de 1994 se caracterizó por su extremada celeridad y por el considerable grado de reserva con el que se preparó y llevó a la práctica. La iniciativa de reforma fue remitida inicialmente al Senado el 5 de diciembre, como cámara de origen. En el plazo de diez días se dio lectura al dictamen final del Senado, que establecía texto final de las mismas. El 30 de diciembre se firmó el Decreto y el 31 se publicaba en el Diario Oficial de la Federación. Aunque en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de las Cámaras de Diputados y Senadores se afirmaba haber contado con las propuestas de juristas, estudiosos, etc., la oposición perredista negó la veracidad de tales hechos. La reforma sería finalmente aprobada con el apoyo del PAN. Como en seguida se verá, no sólo es que no se discutió fuera del Congreso, sino que es muy dudoso que se discutiera dentro. De ahí, justamente la acusación de inconstitucionalidad por defectos formales que parte de la doctrina ha señalado⁶⁰⁵.

Efectivamente, según el artículo 135 de la Constitución, la facultad de reforma o adición de la constitución viene confiada al Congreso de la Unión por mayoría de dos tercios de presentes y a las Legislaturas de los Estados, cuya mayoría debe aprobar la reforma (es decir, al menos, 16). Tal como se desprende del tenor literal del artículo, por tanto, la reforma constitucional no es potestad del Presidente, sino de los órganos legislativos, ello implica que, dejando a un lado la posibilidad de que aquél impulse la reforma, la realización de la misma debe corresponderles. Se alega que, en este caso, como por otra parte en muchos (o casi todos los) otros⁶⁰⁶, dicho procedimiento no fue respetado. El problema, fundamentalmente, no es tanto si se cumplieron los actos

⁶⁰⁵ Por ejemplo, MARTÍNEZ Cerda, Nicolás, La corte constitucional y la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, Editorial Instituto Mexicano del Amparo, México, 1995.

⁶⁰⁶ Lo que ha dado lugar a diferentes recursos contra las reformas, como el presentado en amparo por R.Sánchez Medal y V. Aguinaco Alemán, contra la iniciativa de reforma del artículo 28 constitucional de 1982 por no haberse respetado los requisitos formales, por faltar, entre otras cosas, las “constancias necesarias para justificar y demostrar la autenticidad y certeza del voto que aseguran que emitieron [las legislaturas estatales] aprobando la adición de un quinto párrafo al artículo 28”. Cf. SÁNCHEZ Medal, Ramón, El fraude a la Constitución: y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la

formales (es decir, si existen los documentos que los prueben), sino si realmente *pudieron* realizarse en el sentido pleno de la palabra.

Para que pueda realizarse una reforma a la Constitución debe plantearse una iniciativa ante una de las dos cámaras (llamada de origen), en este caso, el Senado. Ésta debe debatir la iniciativa en comisión (las denominadas Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Justicia y Asuntos Legislativos y Asuntos Legislativos) y emitir un Dictamen. Sobre este trabajo se pronuncia a su vez la Cámara, aprobándolo en su caso por mayoría de dos tercios de presentes. En ese momento, el proyecto pasa a la otra Cámara (llamada revisora), en este caso, la Cámara de Diputados que, a su vez, debe emitir un nuevo dictamen en comisión (las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia). Sobre el que, nuevamente, debe debatir y pronunciarse la Cámara, aprobándolo, en su caso, por mayoría de dos tercios de presentes. En ese momento, la iniciativa debe trasladarse a las 31 legislaturas estatales que, de conformidad con sus propias constituciones y reglamentos, deben estudiarla y pronunciarse sobre la misma. Dichas votaciones deben ser trasladadas al Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores en sesión conjunta) que deben verificar el número de votos favorables obtenidos en las Legislaturas y, de contarse con mayoría, declarar aprobada la Reforma para que el Presidente la promulgue en forma de Decreto y sea publicada en el Diario Oficial de la Federación.

La cuestión, como es obvio es: ¿es posible realizar todas estas tareas entre el 5 de diciembre y el 31 de diciembre⁶⁰⁷? La respuesta parece a todas luces que debe ser negativa. Muy especialmente cuando se trata de una reforma de los artículo 21, 55, 73, 76, 79, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 116, 122 y 123. Es decir, casi la cuarta parte de la constitución con 127 adiciones y cambios al texto constitucional. O, dicho más sencillamente, casi *una constitución nueva en 27 días*.

Constitución, Porrúa, México, 1988, p. 57.

⁶⁰⁷ Existen, además, cuestiones que podrían considerarse “menores” de procedimiento, como el que algunas legislaturas enviaran su decisión por fax en lugar de por conducto autenticado, etc.

Si se considera que esto es imposible, habría que concluir que aunque aparentemente nos encontramos ante una reforma constitucional, en realidad estaríamos ante una imposición de la voluntad presidencial (único órgano que realmente tuvo conocimiento y tiempo para preparar la reforma) y, por tanto, ante una violación total del artículo 135. Lo curioso del caso, como se verá, es que el órgano competente para haber declarado la inconstitucionalidad de esta reforma (la Suprema Corte de Justicia de la Nación) desapareció (al menos, temporalmente, art. Transitorio Segundo) como consecuencia de la propia reforma.

Además de esta inconstitucionalidad formal de la reforma de 1994, se ha alegado también su inconstitucionalidad sustantiva o de fondo. Este tema remite al de los límites a la reforma constitucional y al de la posibilidad de que existan reformas constitucionales inconstitucionales y hasta artículos o preceptos constitucionales inconstitucionales. No se pretende realizar un estudio de este punto, sino tan sólo poner de manifiesto la coincidencia temporal entre la creación de la justicia constitucional y lo que parte de la doctrina ha considerado un grave ataque a la normatividad constitucional. Por ello, para todas las cuestiones teóricas sobre los límites a la reforma constitucional se tomará como guía la obra de Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*⁶⁰⁸.

La Constitución mexicana carece de límites explícitos a la reforma constitucional o cláusulas de intangibilidad. Por ello, toda discusión sobre la procedencia de fondo de una reforma debe realizarse en el marco de los así llamados límites implícitos a la reforma constitucional. La doctrina ha dividido estos últimos en límites implícitos formales y límites implícitos materiales. Los primeros se refieren a la irreformabilidad de los procedimientos de reforma o a la así llamada reforma en doble grado. En este caso, dichos límites, de existir (mayorías cualificadas, etc.) no habrían entrado en juego, puesto que, entre los artículos reformados no se encuentra el 135. Queda, pues, por considerar el problema de los límites implícitos materiales. Es decir, aquellos elementos de una constitución (llámense decisiones fundamentales, principios

⁶⁰⁸ *Op. cit.*

básicos, etc.) que permiten, en primer lugar reconocerla como constitución y, en segundo lugar, reconocerla como la *misma* constitución (aunque modificada) existente antes de la reforma. En general, se admite que para ser reconocible como constitución, la norma fundamental debe contar con una declaración de democraticidad o soberanía nacional, alguna forma de división de poderes como garantía de la limitación del poder estatal y una declaración de derechos como inmunidad individual (y sus garantías) frente al poder. Para ser reconocible como la *misma* constitución debe contar, además, con la *misma* forma de gobierno⁶⁰⁹.

Pues bien, en el caso mexicano las dudas sobre la constitucionalidad de la reforma se refieren a su posible incidencia sobre la división de poderes. La Constitución mexicana, siguiendo en esto a la norteamericana, estableció un sistema rígido de división de poderes (art. 49), conforme al cual “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”. Complementado, además, con un sistema de división de poderes federal (art. 40). Ello

⁶⁰⁹ Esta formulación general se amplía o se reduce según los diferentes autores, aunque los elementos citados figuren en la práctica totalidad de los mismos y, en definitiva, no hagan sino recoger la definición de Constitución del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Para el caso mexicano, una lista más amplia en MARTÍNEZ Cerda, Nicolás, La corte constitucional y la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, *op. cit.*, p. 16, incluye: 1.- Los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, llamadas garantías individuales. La Constitución de 1917 introduce los derechos sociales de los campesinos y de los obreros en sus artículos 27 y 123. 2.- La soberanía nacional (art. 39). 3.- El juicio de amparo, como medio de control constitucional (arts. 103 y 107) para someter todo acto de autoridad o Ley a la Ley Suprema. 4.- La división de poderes (art. 49) [...]. 5.- La independencia del poder judicial. 6.- El régimen federal, el artículo 124 constitucional establece un régimen de facultades expresas, de respeto a la esferas competenciales ante los Estados y la Federación; logrando un equilibrio de poderes; no un sistema de coordinación o de compadrazgo. 7.- El Régimen Republicano y democrático (art. 40). 8.- El petróleo, su nacionalización. La Minería (Art. 27 constitucional). 9.- La Reforma Agraria, la no privatización del ejido, por ser aportación del constitucionalismo social. 10.- La separación del Estado y de la Iglesia [...]. 11.- La división competencial que establece el artículo 21 constitucional: la investigación y persecución de los delitos para el ministerio público y la facultad decisoria para el juzgador”. Conviene hacer notar que si éstos son los límites materiales a la reforma constitucional, existen un considerable número de reformas inconstitucionales puesto que algunos de ellos, sin duda, ya no figuran en la Constitución (petróleo, ejido, etc.).

significa, en definitiva, que existen tres poderes en la república, cada uno de ellos con legitimidad constitucional directa y dos de ellos con legitimidad democrática (ejecutivo y legislativo) directa. Ninguno de los poderes puede interferir en las áreas competenciales del otro. El Presidente no puede disolver el Congreso, el Congreso no puede deponer al Presidente (salvo en juicio político ante el Senado). El poder judicial a su vez recae en “una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito” (art. 94).

La reforma constitucional de 1994 se ha considerado atentatoria de estos principios en dos aspectos: la creación del Consejo de la Judicatura Federal y la destitución de los miembros de la Suprema Corte de Justicia⁶¹⁰.

La organización inicial del sistema judicial mexicano se realizó, inicialmente, a imitación de la vigente en España en el momento de la Independencia. Es decir, mediante una Secretaría de Justicia dependiente del Ejecutivo y una Suprema Corte independiente. A este sistema, sin embargo, se achacaron importantes niveles de corrupción y, particularmente durante el Porfiriato, de intromisión del Ejecutivo en las decisiones Judiciales, hasta el punto de que la insatisfacción generalizada con la situación de la justicia manejada desde la Secretaría, se cuenta entre las causas del propio movimiento revolucionario de 1910 que daría lugar a la Constitución vigente. Por ello, la Segunda Comisión de los debates del Constituyente de Querétaro (1917) propuso una reorganización completa de la justicia que terminaría por convertirse en el modelo tradicional mexicano y que suponía una respuesta directa a las intenciones revolucionarias. En él se suprimía la Secretaría de Justicia⁶¹¹ y se creaba la figura del

⁶¹⁰ Sobre esta reforma y su constitucionalidad, remito a BALBUENA Cisneros, Arminda y GUEVARA Hernández, Carlos Alberto, La autonomía del poder judicial federal y el consejo de la judicatura en México, Tesis de Licenciatura, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1995. En él se analizan con amplitud los diferentes argumentos sostenidos en el debate y las consecuencias de las reformas y se incluye la bibliografía relevante por ello, en lo que sigue, se realizará tan sólo un resumen de dicho problema.

⁶¹¹ “Puede decirse de un modo general que [la participación de la Secretaria de Justicia] en el nombramiento del personal de la administración de justicia y su vigilancia sobre éste no dan otro fruto que la corrupción del Poder Judicial”, Dictamen de la Segunda Comisión, cit. por BALBUENA Cisneros, Arminda y GUEVARA Hernández, Carlos Alberto, La autonomía del poder judicial federal y el consejo de la judicatura en México, *op. cit.*, p. 64.

Procurador General de la República con el carácter de consejero jurídico del gobierno y dependiente de él. El artículo 14 transitorio de la Constitución de 1917 dice “Queda suprimida la Secretaría de Justicia”. A partir de ese momento las competencias relativas tanto al manejo administrativo como al nombramiento de los funcionarios encargados de la administración de justicia federal recaían en la Suprema Corte. Los ministros nombrados por mayoría de dos tercios por el Congreso de la Unión a propuesta de las legislaturas de los estados eran inamovibles (a partir de 1923).

En este contexto, la creación de un Consejo de la Judicatura Federal (art. 94) no puede entenderse en el mismo sentido que su creación en otros sistemas europeos. Pues mientras en éstos, la finalidad es la de separar de la esfera del ejecutivo, concretamente del correspondiente Ministerio de Justicia, aquellas competencias de administración, nombramiento, sanción, etc. que pudieran incidir sobre la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados, en México tal finalidad carecía de sentido, justamente, por no existir una Secretaría de Justicia.

Si tenemos en cuenta, además, la composición concreta de dicho Consejo (“El Consejo se integrará por siete miembros de los cuales, uno será el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; un Magistrado de los Tribunales Colegiados de Circuito, un Magistrado de los Tribunales Unitarios de Circuito y un Juez de Distrito, quienes serán electos mediante insaculación⁶¹²; dos Consejeros designados por el Senado y uno por el Presidente de la República. Los tres últimos, deberán ser personas que se hayan distinguido por su capacidad, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de las actividades jurídicas”) y sus competencias (“La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes”) resulta obvio que su creación supone un aumento

⁶¹² Se ha señalado que la insaculación disminuye la capacidad de estos magistrados frente a los demás elegidos por diferentes órganos. Efectivamente, la representatividad de los mismos es mucho menor que la que se derivaría de su elección en un proceso competitivo democrático entre los propios jueces. Esta situación se modificó en las reformas de 1999 por las que pasaron a ser designados por el Pleno de la

de la participación de los otros poderes en el poder judicial⁶¹³ y, desde luego, no supone un aumento de su independencia como se afirmaba en las declaraciones presidenciales que acompañaron a la iniciativa de reforma⁶¹⁴. Si tenemos en cuenta, la importancia simbólica que en la conciencia constitucional mexicana (por las razones históricas expuestas) tiene la no intromisión del ejecutivo en la justicia, nada tiene de particular que una parte de la doctrina haya reaccionado con estas afirmaciones de inconstitucionalidad⁶¹⁵. El propio legislador parece haber tomado conciencia con posterioridad de estos problemas⁶¹⁶ ya que en 1999, y en sentido totalmente opuesto al que según se alegaba inspiró la reforma del 94, se devolvió el control prácticamente completo sobre todos estos asuntos a la Suprema Corte⁶¹⁷.

Esta sensación de intromisión de unos poderes en otros y, consecuentemente, desequilibrio del sistema de división de poderes, se vio incrementado por el artículo transitorio segundo del Decreto de Reforma que decía: “Los actuales ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluirán sus funciones a la entrada en vigor del Presente Decreto. Recibirán una pensión igual a la que para los casos de retiro

Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos.

⁶¹³ Ello se vio incrementado en la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal (art. 77), conforme a la cual el Consejo de la Judicatura podrá funcionar en pleno o por comisiones, en este último caso, las comisiones deberán estar integradas por tres miembros, uno del poder judicial y los otros dos entre los designados por el Ejecutivo y el Senado.

⁶¹⁴ Un último argumento manejado para defender la conveniencia de la reforma se refería a la posibilidad de descargar a los ministros de labores administrativas que los distraían de sus funciones propiamente jurisdiccionales y provocaban retraso en las decisiones de la Corte. Ahora bien, es un hecho que en aquel momento el retraso de la Corte era prácticamente inexistente por lo que existe una contradicción evidente entre el argumento y la realidad.

⁶¹⁵ Además de los ya citados Martínez Cerda y Balbuena Cisneros, puede consultarse la posición crítica de GARCÍA Ramírez, Sergio, “El Ministerio Público y la Reforma Constitucional de 1994 (Antecedentes, contexto y novedades)”, en *Íd.*, Poder Judicial y Ministerio Público, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1996.

⁶¹⁶ Además de las dificultades prácticas que surgieron como consecuencia de una actividad no particularmente afortunada por parte del Consejo.

⁶¹⁷ En concreto, “designa a 4 de los 7 integrantes [del Consejo]; segundo, le propone los acuerdos generales que debe dictar; tercero, puede llegar a revocar éstos; cuarto, mediante el recurso de revisión administrativa puede revocar buena parte de las decisiones individuales dictadas, y, quinto, si el Pleno decide no atender las consideraciones emitidas por las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados en su dictamen, puede conocer, mediante el juicio de amparo, de las violaciones a las garantías individuales cometidas por el Consejo”. Puede decirse por tanto “que la reforma de 1999 significó el regreso a algunas de las condiciones prevalecientes en 1994”. *Vid.* COSSÍO, José Ramón, “La Suprema Corte y la Teoría Constitucional” *op. cit.*, pp. 109 y 110.

forzoso prevé el “Decreto que establece las causas de retiro forzoso o voluntario de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

Este artículo ha sido objeto de tres importantes críticas. En primer lugar, supone la posibilidad máxima de intromisión de un poder en otro: su destrucción. Efectivamente, la acción combinada de la iniciativa presidencial más la aquiescencia de los legisladores tanto federales como locales suponía la pérdida de su puesto de todos los ministros y, en conjunto, la supresión de dicho poder. En segundo lugar, lo que viene a incrementar la sensación de intromisión es que mientras que su destitución fue automática el mismo día de entrada en vigor del Decreto, el nombramiento de los nuevos ministros dependía de que se cumplieran los requisitos y procedimientos establecidos en la propia reforma (transitorio tercero). Ello supuso que entre una fecha y otra, México no contó con Suprema Corte y por tanto se mantuvo sin Poder Judicial o, cuando menos, con un Poder Judicial sumamente disminuido. Por último, la reforma constitucional tenía una considerable carga de retroactividad. Hay que tener en cuenta que el principio de inamovilidad de los ministros figuraba en la Constitución desde su redacción inicial de 1917 como uno de los principios garantizadores de la división de poderes y la autonomía del poder judicial (art. 94). Por tanto, los ministros nombrados como inamovibles eran posteriormente removidos de sus cargos por causas distintas de las constitucionalmente previstas. La ley de reforma se configura así como una ley de caso único que sustituye a un acto administrativo (el del retiro forzoso) y de efecto retroactivo.

Si consideramos en su conjunto todos los factores anteriormente citados parece que junto a la versión “oficial” (a la que luego se hará referencia) sobre el “surgimiento y consolidación” de una jurisdicción constitucional en México, puede apuntarse otro tipo de explicación.

Efectivamente, tal como se vio en la Primera Parte, el surgimiento de los sistemas de jurisdicción constitucional, desde el punto de vista histórico, aparece ligado en ocasiones no al intento de dar efectividad a los valores constitucionales (democracia,

derechos, etc.) sino al intento de bloquear la efectividad de estos mismos valores por parte de quienes con una fachada constitucional temen perder el poder real y “ser víctima” de su propia retórica constitucional. Es indudable que el surgimiento de estas reformas se produce en el momento en que el partido tradicionalmente en el poder por vías antidemocráticas siente, por primera vez, el temor de ser, en primer lugar, obligado a realizar una contienda electoral y, en segundo lugar (y como así sucedería) de perderla. Es en este momento y no antes cuando el PRI siente la necesidad de poner límites a las mayorías, de defender a las minorías, de acordarse de la supremacía constitucional, etc. Si tenemos en cuenta, además, lo que podemos denominar el problema de la “legitimidad de origen” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia de su surgimiento mediante lo que parte de la doctrina ha considerado un “golpe de estado constitucional” (destrucción de uno de los poderes y deposición de los ministros contra el literal mandato constitucional y sustitución por ministros afines, nombrados todos ellos de una vez y para un plazo de 15 años), este intento de concentración y reforzamiento de las tareas de control de constitucionalidad en la Suprema Corte puede interpretarse, también, como un intento de “refugiarse” en la justicia cuando se va a perder el control del resto de poderes democráticos⁶¹⁸.

Otro elemento que es importante considerar a la hora de valorar esta “vuelta hacia la rigidez” impulsada en las reformas del 94 es que nos encontramos ante un intento de defender no la normatividad constitucional revolucionaria aprobada en 1917, sino la constitución “desustancializada” de 77 años de permanentes reformas⁶¹⁹ que han privado a la Constitución de sus principales elementos transformadores⁶²⁰. No tiene el mismo valor político (ni aun jurídico) defender la rigidez de una constitución

⁶¹⁸ Para un ejemplo paralelo (salvando las distancias) reciente, véase lo que antes se dijo sobre el caso francés. Cf., *supra*, pp. 173.

⁶¹⁹ Hasta el final de la Presidencia de Zedillo (diciembre de 2000), se habían producido 116 decretos de reforma constitucional. Con ellos se han modificado 98 de los 136 artículos de la Constitución (72 %). Estos 98 artículos recibieron un total de 392 modificaciones. Si consideramos cada párrafo modificado o adicionado como una reforma diferente, el número de “impactos” sobre la Constitución ha sido de 746. El texto constitucional ha pasado de 501 párrafos a 985 (casi el doble). Un estudio detallado (hasta 1999) de las reformas en RIVES Sánchez, Roberto, La Constitución Mexicana hacia el Siglo XXI, Plaza y Valdés-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 2000.

⁶²⁰ Véanse, por ejemplo, los elementos considerados “esenciales” en la Constitución del 17 en la nota 609 y cuántos de ellos siguen en la misma.

transformadora y revolucionaria, que la de una constitución diseñada para servir a los designios políticos de una determinada fuerza, en este caso el PRI⁶²¹. Refuerza este argumento el que haya sido, justamente, la Presidencia de Zedillo la que haya aprobado un mayor número de Decretos Presidenciales (16) de reforma constitucional.

Debe tomarse igualmente en consideración que la postura sostenida mayoritariamente por la doctrina no es la que aquí se ha reflejado sino la que se expresa en un discurso conformistas que las considera “culminación” de un presunto proceso de perfeccionamiento de la constitución mexicana desde su aprobación en 1917. Ello resulta tanto más llamativo, cuanto que algunos de los que recibieron con agrado las reformas habían sido los responsables del funcionamiento de la justicia hasta ese mismo momento y no parecían haber detectado en ella problema alguno, ni necesidad de reforma⁶²².

Una última consideración politológica que quizá convenga añadir aquí se refiere al paralelo movimiento “democratizador” (que no es objeto de estudio) realizado en estos mismos años. Efectivamente, la Presidencia de Zedillo tiene como sus dos ejes fundamentales las reformas en la justicia estudiadas y las reformas en el sistema electoral, régimen de partidos, financiación de los mismos, órganos de control electoral, etc. en un intento de dar credibilidad (y efectividad) a los procesos democráticos. Desde el punto de vista aquí indicado, ambos tipos de reformas lejos de resultar contradictorias, resultan, en cierto sentido, complementarias. Si se considera que el ciclo político y económico que representaba el PRI tradicional estaba efectivamente acabado, la “democratización” del sistema puede entenderse como una vía de escape, como un intento de rebajar la presión frente a la otra solución posible, la de un derrocamiento más o menos violento del gobierno. La acción combinada de las dos

⁶²¹ Un paralelo cercano podría trazarse con la labor de la justicia constitucional en Perú con la Constitución de Fujimori.

⁶²² Típicos ejemplos de oficialismo “doctrinal” en CARPIZO McGregor, Jorge, “Reformas constitucionales al poder judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, pp. 807-842; SOBERANES Fernández, José Luis, “Nueva Justicia Constitucional en México”, en *Crónica Legislativa*, núm. 8, 1996, pp. 13-29; ambos con importantes responsabilidades (Procurador General de la República, Secretario de Gobernación, Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, etc.).

tendencias resultaba, quizá, la única solución realista al agotamiento del sistema: organizar una transición (más o menos) democrática y minimizar los peligros del (nuevo) gobierno democrático, estableciendo sistemas de control que pudieran atenuar (o suprimir) las propuestas más radicales de un hipotético nuevo gobierno. En realidad, como el tiempo demostró, dichas prevenciones no han resultado hasta el momento muy necesarias dado que la política económica y social del nuevo Presidente no resulta particularmente “progresista y revolucionaria”.

III.- LA SITUACIÓN ACTUAL.

Como se ha visto, la situación (al menos, formal) de la Suprema Corte ha ido cambiando desde su creación en 1917 del siguiente modo. Originalmente, la Corte conocía de la Constitucionalidad de las normas (control concreto) en juicios de amparo con efectos *inter partes* (*fórmula Otero*) y de las controversias constitucionales (al margen de sus competencias en materia de control de legalidad, como tribunal de casación, que posteriormente perdería). Como se dijo, sin embargo, éstas últimas apenas han sido utilizadas por lo que su papel en el control de constitucionalidad ha sido extraordinariamente limitado⁶²³ (todo ello, en el contexto citado de un muy peculiar federalismo en el que las relaciones entre Estados y Federación han sido más políticas que jurídicas). Con las reformas de 1994, se añade, pues, un tercer sistema de control de constitucionalidad: la acción de inconstitucionalidad como sistema de control abstracto y *erga omnes*. Reduciéndose, por otra parte, sus facultades en amparo. De esta forma, tal como se verá, el sistema se ha inclinado desde un peculiar sistema de control difuso hacia un (también peculiar) sistema de control concentrado.

Se expondrá en primer lugar la base constitucional de esta nueva situación, se analizará luego su funcionamiento según su desarrollo legal y, por último, se estudiará la labor de esta nueva Suprema Corte de Justicia de la Nación. Finalmente, se realizarán algunas consideraciones generales sobre el sistema en su conjunto y sobre sus posibilidades de reforma.

⁶²³ De hecho, en su redacción original, es decir, entre 1917 y 1967, sólo se utilizó en una ocasión en la que el Pleno de la Suprema Corte declaró los días 3 y 7 de diciembre de 1932 la inconstitucionalidad con efectos generales de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos del Estado de Oaxaca, impugnada por el Procurador General de la República en representación del Gobierno Federal que consideraba invadidas las competencias de la Federación.

1.- EL NIVEL CONSTITUCIONAL.

Consideraremos, en primer lugar, y para clarificar la exposición cuál es la redacción actual de los artículos constitucionales relativos al control de constitucionalidad. Distinguiremos lo relativo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al resto de Tribunales Federales.

Conforme al artículo 105 de la Constitución:

105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la Ley Reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieren a la materia electoral, se susciten entre:

- a).- La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b).- La Federación y un municipio;
- c).- 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 Federal;
- d).- Un Estado y el Distrito Federal;
- f).- El Distrito Federal y un municipio;
- g).- Dos municipios de diversos Estados;
- h).- Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i).- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales⁶²⁴;
- j).- Un Estado y un municipio de otro, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y
- k).- Dos órganos de Gobierno o del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

⁶²⁴ Aún antes de que se introdujera por reforma constitucional esta legitimación, la Suprema Corte ya le había reconocido esta legitimidad al considerarla un “Poder del Estado”. *Vid.* Tesis 43/96 en controversia 3/93.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos 8 votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia;

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.

b).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

b).- El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

d).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

e).- El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea y

f).- Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales

federales o locales, y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que se inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

III.- De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal, en las que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.

Además, conforme a las fracciones VIII y IX del artículo 107:

Art. 107. Fracc. VIII.- Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a).- Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del Distrito Federal, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

b).- Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución.

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés trascendencia así lo ameriten.

En los casos no previstos en los párrafos anteriores conocerán de la revisión los Tribunales Colegiados de Circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno.

Frac. IX.- Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

En lo que se refiere, por su parte, al resto de Tribunales Federales sus competencias de orden constitucional se basan en el artículo 103 que dice:

103.- Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, y
- III.- Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Dichas competencias se ejercen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107. Especialmente, fracciones I y II:

107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

- I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;
- II.- La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose 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 el plano constitucional, por tanto, la justicia constitucional mexicana se caracteriza por ser un sistema mixto en parte concentrado, en parte difuso. Son concentradas las competencias relativas a las controversias constitucionales (equivalentes a los conflictos de competencias o entre órganos constitucionales en otros sistemas) y a la acción de inconstitucionalidad (equivalente al recurso de inconstitucionalidad de otros sistemas)⁶²⁵, y difusas en lo relativo a la protección de las

⁶²⁵ Al margen de todo lo que luego se dirá, la propia Corte ha formulado una caracterización general de ambos procedimientos y de sus diferencias en los siguientes términos: “si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene características particulares que las diferencian entre sí; a saber: a) en la controversia constitucional instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; b) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) Tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en

garantías individuales o juicio de amparo (equivalentes, en parte, al recurso de amparo en otros sistemas).

Conviene aclarar desde ahora que la expresión “difuso” se utiliza en un sentido muy especial y ello porque pese a contar la Constitución mexicana con un artículo 133 con el mismo sentido que el que dio origen en los Estados Unidos de Norte América al sistema de control difuso clásico (es decir, todos los jueces se acogerán en sus resoluciones a lo establecido en la Constitución), los jueces y tribunales no federales se han limitado a actuar siempre como jueces de la legalidad, como consecuencia de la decisión de la Suprema Corte de arrogarse el “monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes”. Los procesos de amparo tampoco son justicia difusa en sentido estricto. Son difusos en cuanto que se refieren a varios tribunales (los federales), pero no lo son en cuanto no se trata de que en el seno de un proceso iniciado se considere la constitucionalidad de las normas, sino de que éstas puedan ser atacadas por inconstitucionales directamente y en un proceso diferente (juicio de amparo indirecto) o de que se pueda impugnar una resolución judicial, también en un proceso diferente, por haberse basado en una norma que se considera inconstitucional (juicio de amparo directo)⁶²⁶.

tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; d) Respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; e) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; f) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, g) los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados [*sic*] por la Federación, de los Municipios impugnados [*sic*] por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos 8 votos de los ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta.”, Tesis 71/2000 en controversia constitucional 15/98.

⁶²⁶ Aunque ello pueda ser discutible CARPIZO McGregor, Jorge, COSSÍO Díaz, Ramón, FIX-ZAMUDIO, Héctor, en “La jurisdicción constitucional en México”, *op. cit.*, p. 763 denominan al primero acción de inconstitucionalidad y al segundo recurso de inconstitucionalidad.

La naturaleza procesal de estos dos juicios es dudosa, dado que el indirecto puede plantearse con carácter independiente y sin que exista, digamos, un juicio *a quo* del que dependa. En este caso se trata de una acción principal que se asemeja, en realidad, a las impugnaciones directas de la constitucionalidad por parte de los órganos políticos, sólo que con legitimidad y efectos diferentes. O bien, puede plantearse en paralelo con un juicio *a quo*, en este caso lo que hay es litispendencia y, por tanto, una relación similar a la de las cuestiones prejudiciales o incidentales. En el caso del amparo directo nos encontramos con un recurso frente a sentencia, (en lo relativo a la constitucionalidad) semejante al existente en el sistema norteamericano.

Recapitulando, las competencias de control concreto (controversias y acción) competen a la Suprema Corte de Justicia, y la que hemos denominado “difusa” a todos los tribunales federales conforme al siguiente reparto:

Entienden en primera instancia sobre los juicios de amparo indirecto (en lo sucesivo, salvo que se indique lo contrario, las referencias al amparo son a este amparo indirecto o al amparo directo pero, en este último caso, sólo en lo que se refiere a materia constitucional) los Jueces de Distrito, contra sus resoluciones puede interponerse recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia. Cuando la violación a las garantías individuales se produzca como consecuencia de la acción de un Tribunal Unitario que actúa en apelación respecto de un Juzgado de Distrito en aplicación de la legislación federal (es decir, de mera legalidad), entonces el competente para conocer en primera instancia del amparo por dicha violación será el Tribunal Unitario más próximo al que emitió la resolución impugnada. También en este caso conocerá en revisión la Suprema Corte de Justicia. Por último, en los casos en que los Tribunales Colegiados de Circuito estén entendiendo como consecuencia del amparo directo promovido en contra de sentencias definitivas de otros tribunales, y dentro del juicio que ha originado el amparo hayan surgido cuestiones que no sean de imposible reparación sobre inconstitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, igualmente, entenderá en revisión la Suprema Corte de Justicia.

En definitiva en los amparos indirectos se impugna directamente la norma o el acto que se considera inconstitucional y que provoca la lesión de las garantías individuales, mientras que en el amparo directo aquí considerado lo que se impugna es una resolución que provoca lesión de un derecho individual y que se basa en una norma que se considera inconstitucional⁶²⁷.

En todos los casos la justicia constitucional es siempre rogada. En cuanto a los efectos de las sentencias, estos son *inter partes* (*fórmula Otero*) y, por tanto, no suponen la invalidez general de la norma objeto del proceso en los juicios de amparo⁶²⁸; y *erga omnes* en las acciones de inconstitucionalidad para las que se exige una mayoría de ocho votos (sobre once). En las controversias constitucionales se distingue entre las relativas a las disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados, o entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, entre el Poder Ejecutivo y cualquiera de las Cámaras o la Comisión Permanente federales o del Distrito Federal, entre dos poderes de un mismo estado sobre constitucionalidad de actos o disposiciones generales o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales en las cuales para que los efectos sean generales se exige mayoría calificada de ocho votos, y los demás casos en los que los efectos serán *inter partes*⁶²⁹.

⁶²⁷ Conviene hacer notar que como consecuencia de una interpretación amplia del artículo 14 que contempla como garantía individual el recibir sentencia en un “tribunal previamente establecido en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (debido proceso), se ha extendido la posibilidad de acudir en amparo siempre que se aplique cualquier ley inconstitucional (aunque su inconstitucionalidad no estribe en la violación de un derecho). Algo muy semejante a la ampliación del recurso de amparo español como consecuencia de la violación de la tutela judicial efectiva.

⁶²⁸ Cuestión diferente es la vinculación de los tribunales inferiores a la jurisprudencia de la Suprema Corte. Ésta se produce como consecuencia de la emisión de cinco sentencias en el mismo sentido, sin ninguna en contrario, aprobadas al menos por ocho ministros si se trata del Pleno (entiende de la inconstitucionalidad de las normas legales) o de 4 si se trata de las Salas (inconstitucionalidad de los reglamentos).

⁶²⁹ Sobre este asunto véase la argumentación que se realiza *infra* pp. 356 y ss.

2.- EL NIVEL LEGAL.

Se estudiarán en este epígrafe las características de cada uno de estos procedimientos de control de constitucionalidad de las normas, y las relaciones existentes entre ellos.

Ahora bien, no se realizará aquí un estudio detallado del juicio de amparo indirecto (ni menos, claro es, del directo) por las siguientes razones. En primer lugar, porque se trata de un tema sobradamente conocido y tratado por la dogmática mexicana⁶³⁰ (y, en parte, extranjera) y que no ha sufrido modificaciones importantes (sustantivas, sino sólo procesales) en los últimos tiempos⁶³¹ (por otra parte, existe en el presente un Proyecto de Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, de convertirse en iniciativa legislativa supondría importantes cambios para dicha institución)⁶³². En segundo lugar, porque la labor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nada difiere de la del resto de Tribunales que entienden de amparo indirecto (salvo en lo relativo a la obligatoriedad de su jurisprudencia). Y, en tercer lugar y fundamentalmente, porque el objeto de estudio de esta tesis es el nuevo carácter de Tribunal Constitucional que se ha pretendido establecer para la Suprema

⁶³⁰ *Vid. supra.* n. 597.

⁶³¹ Sigue rigiéndose por la ley de 1936.

⁶³² En la presentación de su Proyecto, la Suprema Corte destacó como principales novedades: “a) El juicio de amparo procede por violaciones de garantías, ya sean individuales o sociales, así como por violaciones a los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales que estén de acuerdo con la Constitución. Se incorpora la institución jurídica conocida como interés legítimo, mismo que abre enormes oportunidades de control de actos de la administración pública. Asimismo, se propone un concepto de autoridad abierto que permitirá su actualización a través de la interpretación jurisprudencial.

b) En cuanto a la representación en el juicio de amparo en los casos en que deben intervenir como parte personas menores de edad, se propone que éstos puedan ser representados por un familiar cercano. Respecto del cumplimiento y ejecución de sentencias, se proponen medidas coercitivas más eficaces para obligar a la autoridad responsable a cumplir con las sentencias de amparo. c) La declaratoria general de inconstitucionalidad recoge un anhelo secular de los mexicanos; la establecerá en forma exclusiva el Pleno de este Alto Tribunal siempre que se hubiere integrado jurisprudencia por reiteración en amparos indirectos en revisión; también se incorpora un sistema de interpretación conforme con la Constitución, que permitirá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecer aquella interpretación mediante la cual sea factible salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, por ende, una adecuada y constante aplicación de nuestro orden jurídico”. Su texto puede consultarse en INTERNET en www.scjn.gob.mx/Asuntos/Amparo/proyectoleydeamparo1.htm.

Corte con las reformas de 1994. Pese a todo, se realizarán aquí unas consideraciones sumarias y especial referencia a las formas de coordinación entre los amparos y las demás formas de control de constitucionalidad.

La legitimidad activa en el amparo corresponde a toda persona física o colectiva de carácter privado a quien perjudique la norma o acto contra que se reclama (artículo 4 de la Ley de Amparo). Dicha afectación, según la jurisprudencia, debe ser personal, directa, actual o inminente. La legitimidad pasiva corresponde a las autoridades responsables (es decir, sólo contra autoridades públicas) que son las que dictan, promulgan, publica, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o acto reclamado (artículo 11 de la Ley de Amparo).

En cuanto a las normas que pueden ser objeto de amparo, éste procede contra toda disposición legislativa en sentido material (leyes, reglamentos, tratados internacionales, etc.). Hay que tener en cuenta que conforme a la doctrina denominada “suplencia de la queja” corresponde al propio órgano juzgador (por extensión del *jura novit curia*) señalar la inconstitucionalidad de las normas que así hubieran sido declaradas por la Suprema Corte, aunque el actor no las hubiera indicado en su demanda. Con ello se atenúa el efecto *inter partes* propio de la *fórmula Otero*, puesto que basta una sola declaración de inconstitucionalidad (teóricamente sólo para las partes) por parte de la Suprema Corte en amparo, para que el órgano juzgador coloque al recurrente en situación de obtener idéntico pronunciamiento. Cosa distinta es que luego dicho pronunciamiento llegue a realizarse.

Las relaciones entre los juicios de amparo y las acciones de inconstitucionalidad vienen reguladas en los artículos 37 y 69 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

Art. 37. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes podrá, mediante acuerdos generales, acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella, hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional siempre que las normas

impugnadas en unos y otra fueren las mismas. En este supuesto, no correrá el término de caducidad previsto en el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo.

Art. 69. El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio o a petición de parte, podrá decretar la acumulación de dos o más acciones de inconstitucionalidad siempre que en ellas se impugne la misma norma.

Cuando exista conexidad entre acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo, se estará a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de esta ley.

De la interpretación conjunta de ambos artículos parece deducirse que también si existen simultáneamente juicios de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad con el mismo objeto procede el aplazamiento de los primeros hasta tanto se resuelva la acción y sin que corran los plazos⁶³³. La finalidad de este artículo parece ser la de dar prioridad a las decisiones generales sobre las particulares y evitar la existencia de resoluciones contradictorias en uno y otro procedimiento. Es obvio que si una norma es inconstitucional *erga omnes*, también lo será *inter partes*. Ahora bien, conviene hacer notar que existe una considerable asimetría entre ambos procedimientos lo que puede dar lugar a situaciones acaso más confusas que aquellas que se pretenden evitar. Efectivamente, mientras que para anular una norma en cuestión de inconstitucionalidad se requiere mayoría cualificada de 8 votos, para hacerlo en amparo basta la mayoría simple. Puede darse el caso de que se detenga un juicio de amparo, se remita a la acción, se resuelva la acción sin declarar la inconstitucionalidad (por no alcanzarse la mayoría) y, de vuelta al amparo, se resuelva sin embargo declarar su inconstitucionalidad por mayoría simple. Lo que puede redundar en una situación de considerable arbitrariedad.

⁶³³ Así, al menos, lo interpreta, entre otros, BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, 95 y 96.

Idénticas observaciones cabe hacer sobre las relaciones entre juicios de amparo y controversias constitucionales.

a) Controversias constitucionales.

Se analizarán a continuación las controversias constitucionales. La Suprema Corte ha establecido “que la tutela jurídica de este instrumento procesal de carácter constitucional, es la protección del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la Ley Fundamental; sin embargo, no por ello puede estimarse que no están sujetos al medio de control, ya que, si bien el espectro de la tutela jurídica se da, en lo particular, para preservar la esfera competencial de aquéllos y no de éstos, en lo general se da para preservar el orden establecido en la Constitución Federal, a que también se encuentran sujetos los entes públicos creados por leyes secundarias u ordinarias”⁶³⁴.

Con este mecanismo diferentes órganos políticos⁶³⁵ pretenden obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma⁶³⁶ o acto emitido por otro salvo en materia electoral. Dichas declaraciones pueden surgir por conflictos dentro de un mismo orden normativo (federal, estatal, del Distrito Federal⁶³⁷ o municipal) o entre órdenes

⁶³⁴ Tesis 72/98, en solicitud de revocación por hecho superveniente en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96.

⁶³⁵ Por tanto, no los particulares, tal como expresamente ha declarado la Corte en Tesis 36/89 en consulta 2/89.

⁶³⁶ En sentido material, incluyendo, por tanto, las reformas constitucionales (por vicio de forma), los Decretos de suspensión de garantías y las leyes emitidas en uso de facultades extraordinarias (artículos 29 y 131 constitucionales), las leyes federales, las locales, los tratados internacionales, las constituciones estatales, los reglamentos administrativos, etc. Según la Tesis 44/96 en controversia constitucional 3/93 la constitucionalidad de que aquí se habla se limita a “disposiciones constitucionales del orden Federal” la Suprema Corte, por tanto, “carece de competencia para dirimir aquellos planteamientos contra actos a los que se atribuyen violaciones a la Constitución del Estado o a leyes locales, cuyo remedio corresponde establecer al constituyente local o a las Legislaturas de los Estados”. Sin embargo, *vid.* lo dicho sobre normas interpuestas en la nota 677.

⁶³⁷ Según la tesis 128/95 en acción de inconstitucionalidad 1/95 los Consejeros Ciudadanos del Distrito Federal “aun en su aparentemente inocua función de gestión” son órganos de gobierno; y según la tesis 129/95 en la misma acción, dichos Consejeros pertenecen a la administración del Distrito Federal pese a ser “independientes de la administración pública”, “lo que se pretende decir es que son autónomos respecto de la jerarquía centralizada y descentralizada del Distrito Federal”.

normativos diferentes⁶³⁸. Los órganos capacitados para interponer la controversia son los citados en el artículo 105 fracción I (*vid. supra* p. 334) y artículo 10 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional⁶³⁹. También son partes en la controversia el órgano contra el cual se interpone⁶⁴⁰, el Procurador General de la República (artículo 102 apartado A constitucional⁶⁴¹) y aquellos otros de los anteriormente citados que aún no siendo contra los que se ejercita la controversia tengan interés en ella⁶⁴².

El plazo de interposición de la controversia⁶⁴³ es de 30 días para los actos, a contar desde el día siguiente en que surtan efecto, o desde que se haya tenido conocimiento de los mismos. Para las normas generales, de 30 días desde la fecha de su publicación o desde su primer acto de aplicación⁶⁴⁴. Para los conflictos de límites por

⁶³⁸ La Corte en su Tesis 50/97 en controversia constitucional 2/95 ha excluido expresamente la existencia de “autoridades intermedias” entre gobierno estatal y municipio. Según la Tesis 48/95 en la misma controversia, no constituyen, sin embargo, autoridades intermedias la Juntas de Mejoramiento Moral, Cívico y Material del Estado de Nuevo León.

⁶³⁹ Reiterados en la Tesis 73/98 en solicitud de revocación por hecho superveniente en el incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96. En las Tesis 88/98 y 91/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 23/97 se ha excluido explícitamente, por ejemplo, a los organismos públicos descentralizados. Para el caso de los órganos legislativos la Tesis 17/97 en recurso de reclamación en controversia constitucional 56/97 ha establecido que ni las fracciones parlamentarias ni los diputados individualmente ostentan su representación.

⁶⁴⁰ Según Tesis 78/98 en controversia constitucional 2/98, cuando lo impugnado sea un Reglamento municipal, los demandados son los síndicos y no el Presidente y Secretario municipales (Oaxaca). *Vid.* también la Tesis 54/97 en recurso de reclamación en controversia constitucional 5/97. Una solución diferente para Nuevo León en Tesis 44/97 en controversia constitucional 2/95 y para Tamaulipas en Tesis 66/96 en controversia constitucional 19/95.

⁶⁴¹ Que, por su parte, puede nombrar Delegados. El alcance de esta posibilidad de delegación se precisa en las Tesis 46/98 y 47/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 51/96, y 91/2001 en acción de inconstitucionalidad 12/2001. Su nombramiento puede producirse no sólo en el expediente principal sino en cualquiera de los que se formen (Tesis 35/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 1/98).

⁶⁴² Según la Tesis 46/97 en controversia constitucional 2/95: “Encontrándose una controversia constitucional en estado de resolución y advirtiéndose de su estudio que no se llamó a juicio a posibles terceros interesados, no procede reponer el procedimiento si de su análisis se desprende que el sentido de la resolución que se dicte no será contrario a sus intereses y, por ende, no les causará agravio alguno; además, a nada práctico conduciría y únicamente retardaría el procedimiento y la resolución del asunto”.

⁶⁴³ Que según la Tesis 76/98 en controversia constitucional 17/97, el plazo se computa desde su presentación ante el órgano judicial, aunque por equivocación éste fuera incompetente, y no desde su remisión a la Suprema Corte por parte de dicho órgano judicial.

⁶⁴⁴ Según la tesis 64/96 en controversia constitucional 19/95 “el cómputo para determinar la oportunidad de la demanda, cuando se impugnan normas generales con motivo de un acto de aplicación, se inicia al día siguiente al [sic] en que tuvo conocimiento el actor o se haga sabedor del mismo”. Según la tesis 65/96 en controversia constitucional 19/95 “ante diversas posibilidades de interpretación de los preceptos que lo rijan [al plazo de interposición] [...] debe preferirse la que respete el artículo 14 de la Constitución,

último de 60 días desde la entrada en vigor de la norma o realización del acto que los origine.

El procedimiento consta de las siguientes fases. Presentación de la demanda que puede ampliarse en el plazo de 15 días siguientes a la contestación, por hechos nuevos⁶⁴⁵ o hechos supervenientes⁶⁴⁶. A continuación, el Presidente de la Suprema Corte designará a un ministro como instructor⁶⁴⁷ y para que formule el Proyecto de Sentencia (artículo 24 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional). De no existir causas de improcedencia⁶⁴⁸ se emplaza a la parte demandada para que en 30

en cuanto no se vulneren las formalidades del procedimiento, que son necesarias para una adecuada defensa del promovente, evitándose que se genere su indefensión”. Estas garantías se aplican por analogía por tanto también entre los tres niveles de gobierno. Cuando la impugnación de la norma esté estrechamente vinculada con otros actos de aplicación que exijan un estudio conjunto y exhaustivo, la extemporaneidad de la primera deberá apreciarse, en su caso, en la sentencia definitiva (Tesis 10/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 9/97). Para las normas cuya entrada en vigor fue anterior a la propia ley reglamentaria *vid.* Tesis 28/97 en controversia constitucional 12/95.

⁶⁴⁵ Para su caracterización *Vid.* Tesis 126/97 en recurso de reclamación en controversia constitucional 12/97.

⁶⁴⁶ Para la definición de “hecho superveniente”, *vid.* Tesis 71/98, en incidente de suspensión relativo a controversia constitucional 51/96.

⁶⁴⁷ El auto de presidencia por el que se turne el asunto no califica la procedencia de la demanda (Tesis 1/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 25/97).

⁶⁴⁸ Sobre dichas causales, véase lo que luego se dice al hablar de la acción de inconstitucionalidad. Por otra parte la Corte en su tesis 31/96 en controversia constitucional 11/95 ha señalado que las causas de improcedencia “son de orden público, por esta razón el legislador no ha establecido algún límite temporal para que sean invocadas”. Igualmente en su tesis 47/96 en recurso de reclamación en la controversia 2/96 la Corte ha establecido que el señalamiento en la demanda de partes diferentes a las establecidas en el artículo 105 no constituye causa para el desechamiento de la demanda ya que “la legitimación pasiva *ad processum* deviene del simple hecho de que la parte demandada haya sido señalada como tal; en tanto que la legitimación *ad causam* es un aspecto que sólo puede examinarse en la sentencia” (esta remisión a la sentencia ha sido reiterada en la Tesis 86/95 (9A) en recurso de reclamación en incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 11/95). Tampoco es causa de improcedencia según la Tesis 67/96 en controversia constitucional 19/95 el que “quienes representan legalmente a los municipios al promover [la controversia] dej[e]n de desempeñar su cargo [...], máxime si quienes lo sustituyen ratifican la demanda”. En la Tesis 51/96 en la controversia constitucional 13/95 la Corte ha aclarado el requisito de agotamiento de las vías de resolución del conflicto (artículo 19 causal VI), estableciendo que las “controversias constitucionales entre el Estado de Nuevo León y sus municipios procede sin necesidad de agotar previamente la vía prevista por el artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal” por no tratarse de “una vía específicamente prevista en la ley para la solución de este conflicto”. A aclarado igualmente que es improcedente por esta causa la “controversia constitucional promovida por el Gobernador de un Estado en contra de un Decreto dentro de cuyo proceso legislativo no hizo valer el derecho de veto [...]por no agotar la vía legalmente prevista para la solución del conflicto, así como por consentimiento” (Tesis 55/2001 en controversia constitucional 21/2001). La apreciación de la falta de legitimidad activa en la causa debe estimarse en la sentencia y su mera alegación no constituye, por tanto, causa de desechamiento de la acción (Tesis 3/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 25/97). En todo caso, la improcedencia debe ser “manifiesta e indudable para el desechamiento de la demanda” (Tesis 9/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 9/97).

días conteste a la demanda y se da traslado a las otras partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga. Posteriormente, el ministro fijará fecha para la prueba⁶⁴⁹ (de la que se excluye la confesional) y dictará en su caso resoluciones para mejor proveer⁶⁵⁰. Agotados estos trámites el instructor someterá el Proyecto de Resolución al Pleno. Hay que tener en cuenta que tal como establece el artículo 40 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional: “En todos los casos la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos⁶⁵¹ o agravios”⁶⁵².

El ministro puede decretar la suspensión de oficio o a petición de parte de los actos o normas impugnados hasta que se dicte sentencia definitiva, siempre que se trate de actos o normas individuales que no pongan en riesgo la seguridad, la economía nacional, las instituciones del orden público o que afecten a la sociedad en mayor proporción que los beneficios que pudieran derivarse de la suspensión⁶⁵³.

⁶⁴⁹ Según la Tesis 109/95 en reclamación en controversia constitucional 11/95 “es legal agregar a los autos las pruebas ofrecidas por un tercero”.

⁶⁵⁰ Según la tesis 110/95 (9A) en controversia 11/95 el ministro instructor tiene facultades para decretar pruebas para mejor proveer “desde el inicio de la instrucción y hasta el dictado de la sentencia, sin que dicha facultad quede condicionada a que hayan sido desahogadas las pruebas de las partes y por lo tanto, tal poder comprende el tener expedida la facultad para decretar la práctica de cualquier prueba reconocida por la ley, aún de aquellas no ofrecidas por las partes”. Facultad, pero no obligación de recabar pruebas antes de decretar la suspensión (Tesis 15/97 en incidente de suspensión en reclamación en controversia constitucional 51/96). La Corte ha señalado, por otra parte, que cuando se suscite un conflicto para determinar la competencia sobre los servicios de agua potable y alcantarillado se “deberá recabar pruebas no sólo de la cuestión constitucional planteada, sino también respecto de la prestación material del servicio (Tesis 14/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 51/96).

⁶⁵¹ Según la Tesis 36/96 en controversia constitucional 11/95, los alegatos no “forman parte de la litis”.

⁶⁵² Esta idea ha sido recalçada por la Corte en su Tesis 68/96 en controversia constitucional 19/95 donde se dice: “la Suprema Corte corregirá los errores en la cita de los preceptos invocados, examinará en su conjunto los razonamientos de las partes para resolver la cuestión efectivamente planteada y deberá suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos y agravios”. Y aún con mayor amplitud (“no sólo de los preceptos legales invocados, sino de algunos datos que puedan desprenderse de la misma demanda”) en la Tesis 79/98 en la controversia constitucional 2/98. *Vid.* también la Tesis 2/98 en recurso de reclamación en controversia constitucional 25/97.

⁶⁵³ La Suprema Corte en su tesis 88/95 (9A) en controversia constitucional 11/95 ha establecido que debe denegarse la suspensión “cuando se afecta la facultad del Ministerio Público de perseguir los delitos y vigilar que los procesos penales se sigan con toda regularidad, porque se afectaría gravemente a la sociedad”. La suspensión procederá aunque se alegue violación a la soberanía de un estado (Tesis 87/95 en incidente de suspensión en recurso de reclamación en controversia constitucional 11/95). Igualmente, en su Tesis 86/95 (9A) en recurso de reclamación en incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 11/95, que la legitimación procesal activa del promovente no es materia de análisis en la suspensión sino que se trata de “un problema reservado exclusivamente a la sentencia que resuelva el fondo”. En caso de que se produzcan hechos supervinientes será igualmente la Suprema Corte la competente para resolver sobre la modificación o revocación de la decisión de suspender o no suspender.

Por lo que se refiere al contenido de las sentencias, el artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional señala como elementos imprescindibles:

I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados; II. Los preceptos que la fundamenten; III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados; IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada; V. Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen; VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

Dado que las normas impugnadas en controversias pueden coincidir con las impugnadas mediante acción, se hace necesario un procedimiento de articulación entre ambos instrumentos. Así lo establecen los artículos 37, 38 y 69 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional. Conforme al artículo 37 antes transcrito, la Suprema Corte puede aplazar la resolución de la controversia hasta que se resuelva la acción de inconstitucionalidad. El artículo 38 por su parte establece que, aunque las controversias no son acumulables, cuando exista conexidad entre la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión siempre que su estado procesal lo permita. Por lo que se

Vid. Tesis 69/98 en incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96. Según la Tesis 70/98 en solicitud de revocación en incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 51/96, la Corte ha aclarado que el hecho superveniente debe estar incorporado a la litis.

refiere a las relaciones entre controversias y amparo véase lo que antes se dijo al hablar de éste.

Uno de los aspectos más confusos⁶⁵⁴ es el de los efectos de las sentencias en las controversias. Efectivamente, parece existir, por un lado, una cierta discrepancia (o una interpretación considerablemente libre) por parte de la Ley respecto de lo que dice la Constitución. E incluso considerada ésta, sigue sin estar claro qué sucede en todos los casos y las soluciones que más se adaptan a la literalidad del texto no parecen las más satisfactorias desde un punto de vista teórico ni práctico.

Como ya se dijo la Constitución hace una primera distinción en relación con los efectos de las sentencias (en realidad no sólo con sus efectos, sino también con la forma de decidir sobre ellas) relativas a las controversias que versen sobre impugnación de disposiciones generales estatales o municipales por parte de la federación, o de impugnación de normas dentro de un mismo orden normativo (estatal, del Distrito Federal o federal), es decir, digamos impugnaciones verticales de arriba abajo e impugnaciones horizontales salvo las relativas a dos municipios⁶⁵⁵ [en lo sucesivo, a efectos de clarificación las denominaremos grupo A]. Para éstas la Constitución señala que cuando “la Suprema Corte de Justicia las declare [las normas generales citadas] inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. La Constitución termina diciendo “en los demás casos”, las resoluciones tendrán efectos sólo para las partes.

⁶⁵⁴ Prueba de esta confusión es no sólo la labor del legislador que ha intentado (sin conseguirlo) aclarar el sentido del precepto (como luego se verá), sino la desorientación de la propia doctrina que ha ofrecido interpretaciones muy dispares, sin aclarar debidamente, las diferentes interpretaciones posibles (como aquí se intenta hacer) ni qué elementos se han tenido en cuenta (la ley, la constitución, la lógica...) para unas y otras. Véase, por ejemplo, la de CARPIZO McGregor, Jorge, COSSÍO Díaz, Ramón, FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, *op. cit.*, p. 774, con notables inexactitudes o la de BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, pp 93 y 94, y n. 190, que aunque mejora la anterior no acaba de aclarar las dificultades interpretativas del texto.

⁶⁵⁵ Esta exclusión ha sido reiterada por la Suprema Corte en su tesis 72/96 en controversia constitucional 19/95, apartándose de la interpretación del municipio como órgano del Estado.

Interpretación 1: Para invalidar con efectos generales las normas del grupo A se precisan 8 votos. Si no se obtienen pero la norma es “declarada inválida”, se entiende que será por mayoría simple⁶⁵⁶, sus efectos serán sólo para las partes.

“En los demás casos”, es decir, normas generales no incluidas en el grupo A, normas no generales (si es que existen) y actos, los efectos son sólo *inter partes*.⁶⁵⁷

Esta interpretación que parece seguirse literalmente del texto constitucional no está exenta de dificultades. En este caso, no queda nada claro qué es (ni aclarado qué sea, parece conveniente⁶⁵⁸) “invalidar una norma general” sin efectos generales. En segundo lugar, también parece dudosamente adecuado igualar los efectos de las sentencias sobre normas generales no incluidas en el grupo A y actos [“en los demás casos”], por las mismas razones, aunque puede anularse un acto con efecto *inter partes*, ¿cómo se anula una ley federal general sólo para un estado o sólo para un municipio?

Interpretación 2: Podría entenderse, pues, que la Constitución quiere decir que si no se alcanzan los ocho votos para las normas del grupo A, éstas son válidas. Ello choca, sin embargo, frontalmente con la redacción del precepto que dice si “si las *declarara inválidas*”. Si no está muy claro qué es declarar la invalidez de una norma general sin efectos generales, menos claro está qué es declarar la invalidez de una norma sin efectos para nadie. Esta interpretación tampoco resuelve el problema de haber asimilado normas generales no incluidas en el grupo A y actos.

⁶⁵⁶ Mayoría simple que dado que el quórum de decisión es de 8 (artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), será de 5 cuando lo integren ocho o nueve miembros, y de 6 cuando lo integren diez u once.

⁶⁵⁷ Esta interpretación parece ser la acogida por la corte ya que en su tesis 72/1996 en controversia constitucional 19/95 ha declarado que cuando la controversia constitucional “es promovida por un municipio [es decir, fuera del grupo A y con independencia del número de votos obtenidos], la sentencia que declara la invalidez de una norma general estatal, sólo tendrá efectos para las partes”.

⁶⁵⁸ No resulta conveniente porque el sistema federal mexicano (como todos los verdaderos sistemas federales) está basado en la simetría de las relaciones y sólo resulta posible cuando los efectos de las normas (en realidad, su vigencia) sean separables territorialmente (lo que, como es obvio, en muchos casos no sucede).

Esta interpretación parece ser la acogida por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105, puesto que entre los párrafos último y penúltimo de la fracción I, transcritos en el artículo 42 introduce un párrafo que dice:

En aquellas controversias respecto de normas generales en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

Nuevamente en la ley, nos encontramos incrementado en su literalidad el problema citado. Aquí se dice en el párrafo primero cuando “las declare inválidas” y en el segundo las “declarará desestimadas”. Leídos en conjunto: “cuando la Suprema Corte declare las normas inválidas [...] declarará desestimadas las controversias” (¿!)

Interpretación 3: El párrafo II del artículo 42 se refiere a todas las normas generales y, por tanto, separa los actos (último párrafo), de las normas (sean de Grupo A o no). Para las primeras se predicarían efectos generales y para los segundos particulares. Esta interpretación se basa en el comienzo del párrafo “En aquellas controversias respecto de normas generales”. Esta interpretación comparte con la anterior la dificultad de que parece haber introducido una distinción donde la constitución no lo hace⁶⁵⁹ (la constitución distingue entre normas de grupo A y “los demás casos”; la ley entre normas de grupo A, normas no de grupo A y “los demás casos”, es decir, los actos (y normas no generales, si las hubiere). Además, choca con lo que literalmente dice el texto como se verá en la interpretación 4.

Interpretación 4: En realidad, acogida esta distinción, la situación se vuelve todavía más incomprensible. Puesto que lo que nos dice este párrafo es “para todas las normas generales se precisa mayoría de ocho miembros, si no se alcanza se declarará desestimada la controversia”. En este caso, ¿para qué sirve la distinción establecida en el párrafo primero (bastante trabajosamente, por cierto)? Y, además, estaríamos ante una contradicción flagrante con el texto constitucional que distingue entre el grupo A y

“los demás casos”. Sin embargo, curiosamente, esta interpretación parece ser la única que puede admitir literalmente este precepto.

Interpretación 5: La interpretación 5 no es, en realidad una interpretación sino una reconstrucción (o, peyorativamente, una invención) de lo que el constituyente y el legislador pueden haber querido decir sin conseguirlo. Quedaría de este modo. El último párrafo se refiere sólo a los actos, en estos casos, se requiere mayoría simple y los efectos son interpartes. El penúltimo párrafo (constitucional, primero de la ley), se refiere a las normas del grupo A, para éstas se requiere mayoría calificada de ocho y los efectos son generales (por tanto, de no obtenerse la mayoría requerida, la controversia queda desestimada). Párrafo inexistente de la constitución y segundo (corregido) de la ley. Para las normas que no estén en el grupo A, la mayoría exigida es la simple, con efectos igualmente *erga omnes*.

Ahora bien, hay que recalcar que esta “interpretación” es sólo de lo que la lógica parecería aconsejar –entiendo por lógica que la distinción establecida por el constituyente responde a un principio pro-federalismo conforme al cual debe ser más difícil para el poder federal invalidar las normas de los entes federados que al revés y que debe ser igualmente complejo para un estado tratar de invadir la esfera de competencias de otro–, no de lo que dicen los textos considerados y que, además, seguiría sin resolver el problema de la diferente mayoría requerida para los amparos (*vid. supra*) por lo que podríamos seguir teniendo leyes declaradas válidas (por no tener mayoría de 8) en controversia e inconstitucionales en amparo (por mayoría simple).

Por lo que respecta a los efectos de las sentencias favorables, es decir, aquellas que declaren la invalidez de una norma o acto, el penúltimo párrafo del artículo 105 constitucional así como el 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de dicho artículo, establecen que tales efectos se producirán a partir de la fecha en que determine la Suprema Corte, sin que ellos tengan carácter retroactivo salvo en los casos en que se refieran a la materia penal.

⁶⁵⁹ Ubi lex non distingit nec nos distingere debemus.

En todo caso, el fallo se notifica a las partes y se publica junto con los votos particulares en el Semanario Judicial de la Federación y, cuando declara la invalidez de normas generales en el Diario Oficial de la Federación y, en su caso, en el del órgano en que tales normas se hubieran publicado (artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional).

Según el artículo 43 del mismo texto “las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias estimatorias y aprobadas por lo menos por 8 ministros, serán obligatorias para la totalidad de los órganos jurisdiccionales del país, sean éstos federales o locales”

En cuanto a la ejecución de la sentencia el artículo 105 constitucional establece en su último párrafo que el incumplimiento de la misma o la repetición de los actos invalidados se resolverán por la Suprema Corte de conformidad con la fracción XVI del artículo 107 constitucional, lo que supone la separación del cargo de la autoridad remisa y su consignación ante el juez federal para que se le procese por delito contra la administración de justicia. En estos casos la Suprema Corte podrá determinar el cumplimiento sustitutorio mediante el pago de daños y perjuicios cuando la ejecución del fallo “afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso”. Esta posibilidad sólo cabe para el caso de anulación de actos y no de normas generales.

b) La acción de inconstitucionalidad.

A continuación se analizará el más novedoso de los instrumentos de protección constitucional introducido en la reforma de 1994, la acción de inconstitucionalidad, que ha acercado a la Suprema Corte hacia el modelo de los tribunales constitucionales europeos, aunque con sus muy particulares matices. En efecto, a través de la acción de inconstitucionalidad se impugna, de manera abstracta, la constitucionalidad de las normas por parte de ciertos órganos políticos.

La legitimación activa en la acción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 105 fracción II de la Constitución puede resumirse en los siguientes tres casos: primero, corresponde a las minorías parlamentarias (33%) de los distintos órganos legislativos del país, respecto de las leyes expedidas por ellos⁶⁶⁰; segundo, al Procurador General de la República y tercero, a los partidos políticos en contra de las leyes electorales.

Con carácter general no se trata de una legitimación particularmente generosa puesto que quedan fuera de ella no sólo los particulares o las asociaciones o grupos que los representen, sino también instituciones públicas que en otros ordenamientos suelen ostentarlas, tales como la Comisión Nacional de Derecho Humanos, los Ejecutivos de los Estados, etc.

En lo que se refiere a la legitimación de las minorías parlamentarias hay que decir que el porcentaje elegido (el mismo que en Alemania o Austria pero mayor que por ejemplo el de España, Portugal) parece excesivamente elevado para México donde, hasta el momento ha existido una importante concentración en sólo dos o tres grupos parlamentarios⁶⁶¹. Según el artículo 62 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II

⁶⁶⁰ Este treinta y tres por ciento será el de “los Diputados integrantes de una nueva legislatura, cuando la que expidió la norma general impugnada concluyó su encargo” (Tesis 19/2001 en acción de inconstitucionalidad 9/2001).

⁶⁶¹ En concreto, en la actualidad, en la Cámara de Diputados el PRI dispone del 42% de los escaños, el PAN del 41.4%, el PRD del 10.4%, el PVEM del 3.2%, el PT 1.6% y otras cuatro formaciones políticas no llegan al 1% (por tanto, sólo el PRI y el PAN disponen de “minorías” del 33%). En el Senado, por su

del artículo 105 constitucional, las minorías designarán a dos de sus integrantes como representantes ante la Corte para que actúen conjunta o separadamente. Dichos representantes pueden acreditar delegados para que hagan promociones, concurran a las audiencias, rindan pruebas, formulen alegatos, promuevan incidentes y recursos. En caso de que no se designen representantes, lo hará el Presidente de la Suprema Corte de oficio. La Ley no aclara cómo se determina si esos representantes han sido en verdad designados por dicha minoría presumiendo salvo prueba en contrario que quienes comparecen cuentan con capacidad y representación legal (artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional)⁶⁶². La Corte ha establecido que “los Diputados que conformen el treinta y tres por ciento de la integración de una legislatura estatal tienen legitimación para promover [la acción], aun cuando no hubieran votado en contra de la norma general impugnada”⁶⁶³.

El Procurador General de la República por su parte goza de la más amplia legitimación puesto que puede impugnar normas federales incluyendo las electorales, normas estatales, del Distrito Federal y tratados internacionales, mientras que las minorías de la Cámara de Diputados sólo pueden impugnar Leyes Federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión, las del Senado todas las citadas más los tratados internacionales, los partidos políticos las leyes electorales federales o estatales (según se registro), y las de las legislaturas locales las expedidas por dichos órganos.

El Procurador General actúa, en cierto sentido, como representante del Poder Ejecutivo en la medida en que es nombrado por éste con la ratificación del Senado y depuesto por el Ejecutivo exclusivamente. Sin embargo, las diferentes reformas constitucionales han modificado el estatuto del Procurador⁶⁶⁴ que ha dejado de ser el

parte, el PAN dispone del 35.9% de los escaños, el PRI del 46.8%, el PRD del 12.5% y el PVEM del 3.9%, aproximadamente (por tanto sólo el PRI y el PAN disponen de “minorías” del 33%).

⁶⁶² Según la Tesis 10/96 en controversia constitucional 17/95 “la presunción legal en cuanto a la representación y capacidad de los promoventes no opera cuando de la demanda se desprende que carecen de legitimación para ejercer esa acción”.

⁶⁶³ Tesis 20/2001 en acción de inconstitucionalidad 9/2001.

⁶⁶⁴ Sobre este asunto véase el amplio estudio de GARCÍA Ramírez, Sergio, Poder Judicial y Ministerio Público, *op. cit.*, pp. 181-240.

Consejero Jurídico del Ejecutivo por lo que parte de la doctrina considera que se trata de un órgano independiente. Ahora bien, si realmente fuera un órgano independiente ello significaría dejar al Ejecutivo Federal sin posibilidad de recurrir normas inconstitucionales.

Por lo que se refiere a los partidos políticos su legitimación se introdujo en la reforma de 1996 en la que se suprimía la excepción de las normas electorales como objeto de acción de inconstitucionalidad, se añadía un apartado f) en el que se legitimaba a los partidos y se indicaba que “la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”. Esta reforma puede interpretarse en dos sentidos en el de que sólo los partidos tienen legitimación para impugnarlas o en el sentido de que también los partidos cuenta con esa legitimidad. La Corte ha resuelto que “los partidos políticos no son los únicos que pueden combatir en esta vía leyes electorales”⁶⁶⁵. En todo caso, la acción se plantea a través de las dirigencias nacionales⁶⁶⁶. Llama la atención que frente a lo exigente del 33% en el caso de las minorías a los partidos sólo se les exija estar registrados⁶⁶⁷, y se conviertan automáticamente en partes del proceso aunque no hubieran participado en la demanda (artículo 62 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional).

También son parte (como demandados) en las acciones de inconstitucionalidad “los órganos legislativos y ejecutivos que hubieren emitido y promulgado las normas generales impugnadas”⁶⁶⁸ (artículo 61 de la citada ley). El Procurador General de la

⁶⁶⁵ Tesis 27/99 en acción de inconstitucionalidad 10/98.

⁶⁶⁶ En Tesis 55/2000 en acción de inconstitucionalidad 1/2000 la Corte ha establecido que: “el Presidente de un Comité Ejecutivo Estatal carece de legitimación para promoverla en representación del partido político nacional”. La Tesis 67/2000 en acción de inconstitucionalidad 3/2000, por su parte, ha establecido que “deben hacerlo directamente y no por conducto de apoderados, puesto que no existe ordenamiento alguno que prevea este supuesto”

⁶⁶⁷ Para los requisitos de Registro Nacional véanse los artículos 24 a 29 del Código Federal de Instituciones y Procedimiento Electorales. La Suprema Corte ha reiterado este requisito del Registro (tesis 16/97) en su sentencia en acción de inconstitucionalidad 7/96, de 7 de enero de 1997.

⁶⁶⁸ Según la tesis 1/99, en acción de inconstitucionalidad 1/98, por ejemplo, el Gobernador del Estado no tiene el carácter de demandado en la impugnación de una Ley Orgánica del Estado cuando su participación en la promulgación no es imprescindible, y de hecho no se produce. La legitimación procesal del consejero jurídico del Ejecutivo Federal para promover en nombre del Presidente de la

República es siempre parte tal como dispone el artículo 102 A párrafo tercero de la Constitución.

En cuanto al objeto de la acción de inconstitucionalidad la fracción II del artículo 105 habla de “norma de carácter general”. Ahora bien, esta definición genérica que podría generar dudas sobre su amplitud exacta⁶⁶⁹ (¿son normas generales los convenios colectivos o los reglamentos administrativos o el TLC?) se ve en realidad concretada con precisión al hablar de la legitimación activa. Efectivamente, una norma no es impugnabile si nadie puede impugnarla. Así, pues, las normas objeto de la acción de inconstitucionalidad son la suma de las que pueden impugnar cada uno de los sujetos legitimados para ello. En concreto las leyes federales, estatales⁶⁷⁰ o del Distrito Federal y los tratados internacionales. Ello supone, en principio que quedarían excluidas normas tales como los Reglamentos administrativos⁶⁷¹, las normas emitidas por el Presidente como consecuencia de la delegación extraordinaria contemplada en los artículos 49, 29 y 131 constitucionales⁶⁷², las emitidas también por el Ejecutivo en los casos del artículo 27 o las normas con fuerza de ley de los Gobernadores de los Estados en ejercicio de facultades extraordinarias. Todas estas limitaciones parecen ser contrarias al espíritu de este tipo de control que pretende someter todas las normas generales a la Constitución, además de contener una invitación implícita a hacer uso de este tipo de instrumentos legales cuando se quiera esquivar el control de constitucionalidad.

República se presume salvo prueba en contrario (Tesis 70/97 en controversia constitucional 56/96).

⁶⁶⁹ La Corte en tesis 5/99 en acción de inconstitucionalidad 1/98, ha establecido, por ejemplo, que sí son normas generales las leyes orgánicas de los Congresos de los Estados, pese a que sólo se aplique a los miembros del mismo, alegando que se “aplicará a las subsecuentes legislaturas y a todas aquellas personas que integren el Congreso”.

⁶⁷⁰ Incluyendo dentro de éstas a las Constituciones de los Estados según Tesis 16/2001 en acción de inconstitucionalidad 9/2001. Los encargados de presentar tal impugnación a una Constitución Local serán el treinta y tres por ciento de los integrantes de Congreso Estatal, sin tomar en consideración a los ayuntamientos, ni aún cuando éstos deban intervenir en el procedimiento de reforma por disposición constitucional local (Tesis 18/2001 en acción de inconstitucionalidad 9/2001).

⁶⁷¹ Vid. MATEOS Santillán, Juan José, “La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México”, en *Revista Jurídica Jalisciense*, número 1, 1995, p. 64.

⁶⁷² En realidad, podría considerarse que las “prevenciones generales a que se refiere el artículo 29 cuando son aprobadas por el Congreso o la aprobación por parte del Congreso o el uso por parte del Ejecutivo de las facultades del artículo 131 inciso final sí quedarían incluidas entre las normas impugnables”. Sobre esta materia véase FIX-FIERRO, Héctor, “La Reforma Judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, en *Ars Iuris* número 13, 1995, p. 122.

Cabría quizá una interpretación distinta de la regulación constitucional si entendiéramos que la expresión “leyes de carácter federal, estatal, y del Distrito Federal, del apartado c) de la fracción II del artículo 105 constitucional” está empleada en el sentido de ley en sentido material. A favor de esta interpretación abogaría el hecho de que la referencia en este caso es mucho más genérica que la empleada en los demás apartados (“leyes federales [...] expedidas por el Congreso de la Unión”). Si se acoge esta interpretación⁶⁷³, lo que no ha hecho ni la doctrina ni la Corte, el legitimado para impugnar este tipo de normas sería el Procurador General de la República⁶⁷⁴.

La única peculiaridad en relación con las leyes es la que se refiere a las leyes electorales⁶⁷⁵ y ello no tanto por las particularidades de la legitimación activa (a las que antes se hizo referencia), sino por el hecho de que la Constitución indica que la acción es la única forma de control de estas normas⁶⁷⁶ (por tanto, no en amparo ni en controversia) y de que persiste la limitación de los treinta días. Ello implica que transcurrido dicho plazo sin presentación de la acción la norma deviene inatacable tanto por vicios de forma como de fondo.

⁶⁷³ Que es discutible puesto que puede entenderse que la expresión “expedidas por el Congreso de la Unión” se refiere sólo al Distrito Federal para distinguir estas normas de las que emite la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

⁶⁷⁴ Lo que no dejaría de ser paradójico puesto que son estas normas, precisamente, aquellas en las que tiene más participación el Ejecutivo.

⁶⁷⁵ La Suprema Corte en su tesis 130/95 en acción de inconstitucionalidad 1/95 ha incluido dentro de la “materia electoral” los “actos preparatorios” tales como “el registro y la postulación de candidatos” y, más genéricamente, en la tesis 126/95 en la misma acción, ha definido la materia electoral como la relativa “al 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 representativos del pueblo, a nivel federal, estatal, municipal o del Distrito Federal”. Para delimitar dicho concepto “se debe acudir al derecho positivo vigente y seguir como método interpretativo el derivado de una interpretación jurídica sistemática” (Tesis 127/95 en la misma acción). Conviene advertir que aunque todas estas tesis se refieren a la exclusión de la materia electoral de las competencias de la Suprema Corte, luego suprimida por reforma constitucional, su deslinde sigue vigente en relación con las “leyes electorales” que pueden ser impugnadas por los partidos políticos.

⁶⁷⁶ Naturalmente, sólo de las normas ya que los actos de aplicación de las mismas son recurribles en la forma dispuesta por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. *Vid.* Tesis 65/2000 en acción de inconstitucionalidad 5/2000. En el caso de que “se impugnen normas generales que contengan disposiciones específicas en materia electoral y otras de naturaleza distinta, y ambos aspectos hayan sido combatidos”, el procedimiento adecuado para su impugnación es el especial para la materia electoral (Tesis 21/2001 en acción de inconstitucionalidad 9/2001).

Por lo que se refiere a los tratados internacionales, la principal dificultad estriba en la relación entre las normas de derecho interno y las normas internacionales⁶⁷⁷. Efectivamente, al ser el control de los tratados un control a posteriori surge el problema, en caso de declaración de inconstitucionalidad, de cuáles son los efectos de dicha declaración en el plano internación. O dicho en otros términos si el tratado sigue siendo vinculante en el plano internacional ya que como se sabe los estados no pueden invocar “disposiciones de derecho interno” (incluidas las sentencias) para incumplir un tratado. Para evitar esta situación es por lo que algunos ordenamientos han optado para los tratados internacionales por un control previo.

Una última consideración es la relativa a las reformas constitucionales. Parte de la doctrina ha sostenido que éstas no son controlables en acción por no tratarse de leyes, sino de normas que una vez concluida su tramitación se insertan como parte de la Constitución. O dicho en otros términos, que no son resultado del Poder Legislativo sino del Poder de Reforma⁶⁷⁸. Sin embargo, como ha sostenido otra parte de la doctrina⁶⁷⁹, tal exclusión puede poner en riesgo la normatividad constitucional y, con ello, privar de sentido a la acción de inconstitucionalidad. Es claro que la acción de inconstitucionalidad sirve para establecer el contraste objetivo y abstracto entre las normas generales y la constitución, entendiendo por constitución la constitución tal como esté legalmente reformada en cada momento. Si la constitución puede reformarse ilegalmente, es decir, sin respetar el procedimiento de reforma resulta difícil distinguir entre una norma inconstitucional y una reforma irregular de la constitución. Aunque este argumento resulte más o menos inatacable desde el punto de vista formal, persiste la dificultad de no existir ningún órgano expresamente legitimado para interponer la

⁶⁷⁷ Dejando al margen la posible distinción entre tratados y Convenios internacionales que se apoya en los artículos 15 y 76 fracción I constitucionales defendida por Arteaga Nava (ARTEGA Nava, Elisur, La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco, Monte Alto, México 1996, p. 55), que no parece defendible a la luz del artículo 89 de la constitución y, sobre todo, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, que como es sabido se refiere a los tratados “cualquiera que sea su denominación particular”.

⁶⁷⁸ En este sentido ARTEAGA Nava, Elisur, La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco, *op. cit.*, p. 53 ó MADRAZO, Jorge, “El artículo 135” en VV. AA., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Porrúa-III, México, 1995, tomo II p. 1375.

⁶⁷⁹ BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, pp. 158-162.

acción. Por último en lo que se refiere a la inconstitucionalidad material de las reformas y a la posibilidad de su impugnación en amparo *vid. supra* p. 326.

En cuanto al parámetro de control de la constitucionalidad el artículo 105 de la Constitución se refiere exclusivamente a “contradicción entre una norma general y esta Constitución”⁶⁸⁰. Por tanto, no existen en el ordenamiento mexicano, en principio, aperturas a otras normas como parámetros de control (bloques de constitucionalidad), ni referencias expresas a normas interpuestas⁶⁸¹. El único parámetro de constitucionalidad sería, pues, la Constitución tal como haya sido en cada momento enmendada por el Poder de Reforma. La Suprema Corte, sin embargo⁶⁸², ha establecido la posibilidad de inconstitucionalidad indirecta por violación a las Constituciones locales (y otras normas locales) siempre que éstas “estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada”. Además, en el caso de que la Suprema Corte decidiera juzgar la regularidad interna de ciertos procedimientos parlamentarios puede que tuviera que remitirse a algunas otras normas interpuestas como las mencionadas en los artículo 63 párrafo I (“reunirse el día señalado por la ley”), 71 fracción III párrafo segundo (“las [iniciativas] que presenten los Diputados o los Senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates”) o 72 párrafo primero (“observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones”).

Desde el punto de vista procedimental la acción se inicia con la presentación de la demanda que conforme al artículo 61 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional deberá incluir: “I. Los nombres y firmas de los promoventes⁶⁸³; II. Los órganos legislativos y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas; III. La norma general cuya invalidez se

⁶⁸⁰ “Ya sea en relación con su parte dogmática u orgánica” Tesis 73/2000 en acción de inconstitucionalidad 4/99.

⁶⁸¹ La Corte, por ejemplo, le ha negado tal carácter a los Tratados Internacionales en 100/92 en Amparo en Revisión 2069/91.

⁶⁸² En su Tesis 46/96 en controversia constitucional 3/93, reiterada después en las Tesis 4/99 de acción de inconstitucionalidad 1/98 y 32/97 en controversia constitucional 6/96.

⁶⁸³ Conforme al artículo 62 del mismo texto legal se precisan por tanto las firmas de todos y cada uno de los legisladores que presenten el recurso.

reclame y el medio oficial en que se hubiere publicado; IV. Los preceptos constitucionales que se estimen violados; y V. Los conceptos de invalidez.”.

Como ya se advirtió, según el artículo 71 del mismo texto legal, la Corte deberá corregir “los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados, y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda”⁶⁸⁴. Además, la declaración de inconstitucionalidad podrá fundarse “en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial”, salvo en lo relativo a las leyes electorales cuyas sentencias “sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial”. Como igualmente se advirtió mas arriba, el plazo para la interposición de la demanda es de treinta días⁶⁸⁵, plazo relativamente breve en términos de derecho comparado y, con probabilidad, demasiado breve para la realidad mexicana. Dicho plazo se prorroga hasta el día siguiente en el caso de que el día trigésimo no sea hábil, salvo en materia electoral para la que todos los días son hábiles⁶⁸⁶.

La admisión a trámite de la acción no tiene efectos suspensivos según establece el artículo 64 del mismo texto: “la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”. Dado que el artículo 105 prohíbe la eficacia retroactiva de las sentencias, ello puede conducir a que el procedimiento termine por extinción de su objeto sin éxito cuando la norma haya agotado sus efectos o haya sido posteriormente derogada.

Lo relativo al resto de fases procesales es común con la controversia constitucional por lo que se remite a su estudio en las páginas 348 y ss.

⁶⁸⁴ No sólo los suplirá sino que “no se desprende [de la Constitución] que exija como requisito esencial e imprescindible para demostrar la inconstitucionalidad de la norma general que se impugne, que la expresión de los conceptos de invalidez se haga como un verdadero silogismo”, Tesis 93/2000 en acción 8/2000

⁶⁸⁵ Según la tesis 2/99 de la acción de inconstitucionalidad 1/98, el plazo se computa a partir del día siguiente de su publicación sin tomar en consideración su entrada en vigor ni su primer acto de aplicación.

⁶⁸⁶ Así lo establece el artículo 60, párrafo segundo de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional y lo ha reiterado la Corte en Tesis 81/2001 en acción de inconstitucionalidad 15/2001.

Al contrario de lo que sucede con la controversia, la Suprema Corte puede decretar “la acumulación de dos o más acciones de inconstitucionalidad”, cuando tengan el mismo objeto.

Los casos son: acumulación de acción interpuesta por minoría parlamentaria y Procurador General de la República⁶⁸⁷, o por dos minorías parlamentarias pertenecientes a distintas cámaras. En lo relativo a las leyes electorales, la acumulación puede extenderse a las acciones planteadas por los partidos políticos.

Como ya se vio, cuando existan controversias y/o amparos relativos al mismo objeto sobre el que se plantea una acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte puede decretar la suspensión de aquellos procedimientos hasta tanto se resuelvan éstas⁶⁸⁸.

El artículo 12 de la citada ley distingue dos tipos de incidentes: los de especial pronunciamiento que implican la suspensión del proceso y los restantes que se fallarán en la sentencia definitiva. Son incidentes de especial pronunciamiento “el de nulidad de notificaciones, el de reposición de autos y el de falsedad de documentos”. En estos casos (artículo 13), “se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda”.

El único recurso existente es el de reclamación que “únicamente procederá en contra de los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción”. En los casos de materia electoral el plazo es de 3 días “y el Pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los 3 días siguientes a su interposición” (artículo 70 del mismo texto legal).

Por lo que se refiere a la sentencia, como ya se dijo, se precisa el voto de al menos 8 ministros para declarar la inconstitucionalidad de las normas⁶⁸⁹. Para poder

⁶⁸⁷ Junto con el caso marginal (aunque teóricamente posible) de la acumulación de dos acciones de las minorías. Marginal puesto que se trataría de una minoría de al menos el 66% de la Cámara.

⁶⁸⁸ *Vid. supra* p. 353.

⁶⁸⁹ Sobre las difíciles relaciones entre estas mayorías y las exigidas para el amparo y la controversia *vid.*

adoptar válidamente sus acuerdos se requiere un quórum igualmente de 8. Esta exigencia de mayoría cualificada ha sido duramente criticada por parte de la doctrina⁶⁹⁰, conviene recordar, sin embargo, que este mismo sistema ha sido propuesto en Estados Unidos en diferentes ocasiones (*vid. supra* pp. 222 y 227) y en algunos otros lugares.

El artículo 41 de la ley citada establece el contenido de las sentencias: la fijación breve y precisa de las normas generales impugnadas, los preceptos que la fundamenten, las consideraciones que sustenten su sentido y los preceptos que se estimen violados, los alcances y efectos de la sentencia y los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales.

Respecto a los alcances y efectos de las sentencias hay que hacer notar que, en primer lugar, conforme al artículo 43 “Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos 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 éstos federales o locales.”. En segundo lugar según el artículo 41 fracción IV de la ley citada, la invalidez de la norma impugnada “deberá extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa” de ella. El artículo 44 establece que deberá fijarse la fecha a partir de la cual “las sentencias producirán sus efectos”.

Podemos desglosar dichos efectos⁶⁹¹ en efectos en cuanto a los destinatarios, efectos en el tiempo y efectos de cosa juzgada. En relación con el primero de estos aspectos, como es lógico, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales puesto que, a reserva de lo que se dirá luego, supone su expulsión del ordenamiento y su nulidad. Estos efectos generales son, justamente, una de las principales diferencias con el control de constitucionalidad por vía de amparo limitado por la *fórmula Otero*.

supra p. 348.

⁶⁹⁰ Por todos, BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, pp. 217-123.

⁶⁹¹ Siguiendo en esto a BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, pp. 225-232.

En cuanto a los efectos en el tiempo el artículo 105 constitucional señala que la declaración de invalidez “no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal”⁶⁹². De esta forma el constituyente ha optado por un modelo de anulabilidad *ex nunc*. El legislador por su parte ha completado esta previsión estableciendo, como vimos, que “las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia”. Cabe, por tanto, la eficacia diferida de las sentencias que, normalmente, suele utilizarse para evitar el vacío jurídico que ocasionaría su anulación inmediata. Los términos tan vagos en que se faculta a la Corte para determinar en el tiempo la eficacia de sus sentencias, contrasta con el de otros sistemas en los que o bien se establece como regla la eficacia inmediata y como excepción la diferida, o bien se ponen límites temporales a esta *vacatio* (Austria, por ejemplo). En cuanto a la excepción que supone la materia penal, ésta viene regida por imperativo constitucional por los “principios generales y disposiciones legales aplicables en esta materia”. Ello parece querer decir que la retroactividad no se aplica a cualquier sentencia sobre normas en materia penal, sino sólo a las que imponen penas, tipifican delitos, etc., conforme al principio *pro reo*. Un caso particular de eficacia en el tiempo de las sentencias es el que se refiere a las leyes electorales que, según establece el artículo 105 fracción II penúltimo párrafo de la Constitución, no pueden reformarse en los 90 días anteriores al inicio del proceso electoral en que vayan a aplicarse. Pues bien, en estos casos, si se produce la reforma en esos 90 días y la norma es impugnada (sólo por esta razón y no por vicio de fondo)⁶⁹³, la Corte ha establecido que le compete declarar la inaplicabilidad temporal de la reforma a dicho proceso electoral aunque la ley sea constitucional y aplicable para procesos futuros⁶⁹⁴.

Las sentencias según los artículos 51 y 43 del citado texto legal no son susceptibles de recurso y se imponen a todos los poderes y autoridades. Es decir, gozan

⁶⁹² Sobre esta materia *Vid.* Tesis 74/97 en controversia constitucional 56/96.

⁶⁹³ Con posterioridad, la Corte ha establecido que cuando se aleguen tanto vicios de forma (oportunidad temporal) como de fondo, deberán estudiarse en primer lugar éstos últimos ya que “el análisis de la inaplicabilidad de una norma electoral para un proceso electoral determinado, sólo tendrá un fin práctico en el caso de que sean desestimados los planteamientos de fondo”, en Tesis 59/2001 en acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19 y 20/2001.

de fuerza de cosa juzgada. Además, según establece el artículo 65 que remite al 19 fracción IV de dicha ley no podrán reiterarse las acciones cuando exista identidad de objeto, causa y partes. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 19 se refiere en realidad a las controversias y el 65 lo aplica a las acciones por remisión y que, a su vez, el principio general es que dichas remisiones se aplicarán “en lo conducente”. Todo esto para poner en duda si la exigencia de identidad debe extenderse también a la de las partes. Ya que mientras que en una controversia hay dos Poderes que, como su propio nombre indica, contienden en una acción sólo hay un control abstracto entre dos normas por lo que dos controversias con igual objeto y causa pero diferentes partes son dos controversias distintas, mientras que dos acciones con igual objeto y causa pero partes diferentes pueden considerarse una sola acción.

Aunque luego se volverá sobre ello conviene advertir que ni la Constitución ni la Ley Reglamentaria han aclarado cuáles son las posibilidades de “invalidez” de las normas declarada en la sentencia. Es decir, si caben declaraciones de nulidad parcial, inconstitucionalidad sin nulidad, inconstitucionalidad con exhortación al legislador, etc.⁶⁹⁵. Parte de la doctrina⁶⁹⁶ ha entendido el artículo 43 de la Ley como una posibilidad de sentencias interpretativas o de interpretación conforme. Dicho artículo, como antes se vio establece que las “razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos” serán obligatorias para el resto de los Tribunales. Conviene advertir, sin embargo, que una y otra cosa no son exactamente lo mismo, puesto que lo que dice el artículo 43 es que serán obligatorias para los Tribunales, mientras que una sentencia de las llamadas interpretativas de otros Tribunales es obligatoria para todas las autoridades y particulares.

La citada Ley no establece efecto alguno específico para la ejecución de sentencias respecto de la acción de inconstitucionalidad, por lo que puede entenderse

⁶⁹⁴ Tesis 41/2000 en acción de inconstitucionalidad 9/99 y acumulada 10/99.

⁶⁹⁵ Sobre todas estas variedades de sentencias, véase lo dicho en la parte segunda *passim*.

⁶⁹⁶ BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, *op. cit.*, p. 237 dice: “su procedencia [la de las sentencias interpretativas] es *indiscutible* a la luz del artículo 43 de la Ley Reglamentaria”

aplicable “en lo conducente” lo aplicable a las controversias. La principal diferencia con éstas es que siendo sobre normas generales “la sola declaración de invalidez consuma los efectos anulatorios, por lo que ya no es necesario identificar los posibles supuestos de incumplimiento o de cumplimiento sustitutivo, pero en la hipótesis de repetición de la norma general impugnada por parte de la autoridad encargada de su expedición, el artículo 47 de la Ley Reglamentaria dispone que la Suprema Corte, una vez comprobada la repetición o la aplicación indebida de las disposiciones legislativas anuladas, ordenará la separación de la autoridad y su consignación penal, por lo que no puede optarse por el incumplimiento sustituto”⁶⁹⁷.

El proceso puede terminar sin sentencia bien porque se produzca la inadmisión de la acción por improcedente, bien como consecuencia de su sobreseimiento. Contra la admisión o no admisión de una demanda, como se vio, cabe el recurso de reclamación, artículo 51 fracción primera de la ley citada. La improcedencia de las demandas prevista en el artículo 19 debe ser apreciada de oficio por el ministro instructor que “si encontrare motivo manifiesto e ineludible de improcedencia, la desechará de plano”.⁶⁹⁸

Las acciones de inconstitucionalidad son improcedentes: “I. Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; III. Contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez; IV. Contra normas generales o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia; VI. Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto; VII. Cuando la demanda se

(subrayado añadido).

⁶⁹⁷ CARPIZO, Jorge, COSSÍO Díaz, José Ramón y FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, *op. cit.*, p. 775

⁶⁹⁸ La Corte he reiterado esta exigencia de improcedencia *prima facie* en su tesis 72/95, en recurso de

presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21; y VIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de esta ley⁶⁹⁹”.

También en este caso se trata de una remisión “en lo conducente”⁷⁰⁰. Por ello, la litispendencia de que habla la causal III debe entenderse referida a dos acciones de inconstitucionalidad. Sobre la causal IV véase lo que antes se dijo sobre identidad de partes. La causal VI, por su parte, no parece aplicable a las acciones en las que no hay, en sentido propio, ningún “conflicto”.

De conformidad con lo establecido en los artículos 65 y 20 de la citada ley, procede el sobreseimiento: “II. Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo anterior; III. Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma o acto materia de la controversia, o cuando no se probare la existencia de ese último”. Procede, por tanto, “si durante su [de la acción] tramitación el Pleno resuelve en otra acción de inconstitucionalidad la invalidez con efectos absolutos de la norma general impugnada”⁷⁰¹

3.- LA EXPERIENCIA PRÁCTICA.

A continuación se analizará la labor realizada por la Suprema Corte en sus funciones de control de constitucionalidad mediante la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

reclamación de la acción de inconstitucionalidad 1/95.

⁶⁹⁹ Entre estos “demás casos” la Corte ha señalado la falta de legitimación de la parte actora o el carecer el promovente de capacidad para representar al ente público cuando no pueda presumírsele (Tesis 16, 18 y 19/97 en controversia constitucional 56/97). Esta doctrina parece contravenir frontalmente la establecida en las Tesis 47/96 en controversia constitucional 2/96, 86/95 (9A) en recurso de reclamación en incidente de suspensión relativo a la controversia constitucional 11/95, y 3/98 en controversia constitucional 25/97 en las que se afirma sólo podrá resolverse la cuestión de la legitimidad activa en la sentencia. *Vid. supra* n. 678. En general, la Tesis 32/96 en controversia constitucional 11/95 distingue entre causas de improcedencia “manifiestas e indudables” que pueden ser apreciadas por el ministro instructor, y el resto que corresponden al Pleno en la sentencia.

⁷⁰⁰ La propia Corte en tesis 3/99 en acción de inconstitucionalidad 1/98, ha formulado algunas de las precisiones que siguen, reiterando que el título II sólo es aplicable en ausencia de regulación específica en el título III.

En la exposición que sigue no se hará referencia a las decisiones de la Corte que podríamos denominar procesales o internas, es decir, todas aquellas que se dirigen a aclarar los procedimientos que ante ella se substancian y el alcance de los diferentes preceptos reguladores de sus funciones, tanto en el orden constitucional como en el orden legal. Y ello porque, como se ha visto, dichas decisiones se han incorporado con pretensión de exhaustividad a la exposición en el epígrafe anterior. Conviene advertir desde el primer momento que, aunque las Tesis jurisprudenciales y aisladas en esta materia procesal son relativamente numerosas (lo que, por otra parte, es lógico y sucede siempre que un Tribunal surge *ex novo* o adquiere competencias o substancia procedimientos que antes no existían), los pronunciamientos de fondo no han sido particularmente abundantes⁷⁰². Ni lo han sido tampoco las demandas presentadas. Menores aun son las controversias y, sobre todo, las acciones que han terminado en declaraciones de inconstitucionalidad. Y, mucho menores aun, las que han declarado la inconstitucionalidad de una norma federal⁷⁰³ (de hecho, ninguna). Hasta el año 2000, por

⁷⁰¹ Tesis 93/2001 en acción de inconstitucionalidad 21/2001.

⁷⁰² Por ejemplo, en 1997 de los 6.280 asuntos ingresados en la Suprema Corte, 16 fueron acciones de inconstitucionalidad y 32 controversias constitucionales. Sobre esta falta de actuación práctica de la reforma de 1994, ha insistido COSSÍO, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, *op. cit.*, pp. 103-104: “La Constitución, a través del cambio, adquirió un sentido plenamente normativo, el cual *debió quedar plasmado en las decisiones del órgano de constitucionalidad*, en el resto de la práctica constitucional y en el quehacer de los juristas. Sin embargo, en buena medida por la composición de la Corte designada en 1999, y por los temores a iniciar un auténtico diálogo entre la sociedad y nuestro máximo Tribunal, no se ha producido tal resultado y, como consecuencia, tampoco se ha dado un cambio en la comprensión de nuestro texto constitucional. Éste se sigue viendo como una serie de enunciados que precisan las condiciones del autoritarismo priísta, como un texto pasado de moda, como un documento que hay que reformar sustancialmente para lograr la consolidación democrática o, de plano, como una etapa a superar mediante la convocatoria a un congreso constituyente. Así, lo que se persiguió con la reforma y que, supuestamente, debía dar lugar a una nueva comprensión de la Constitución, en realidad no se ha logrado” (subrayado añadido).

⁷⁰³ Esta escasez es paralela a la producida en el ámbito académico y que ya denunciara BRAGE Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, *op. cit.*, p. 255 cuando afirmaba que “de los dos libros que hay sobre la reforma del artículo 105, uno de ellos le dedica a la acción de inconstitucionalidad 30 páginas [...] y el otro 9 [...] En cuanto a los artículos, únicamente ocho [...] se dedican monográficamente a la acción de inconstitucionalidad y dos de estos siete [*sic*], de un par de páginas”. Esta situación sólo se ha visto modificada muy parcialmente, como se desprende de la propia bibliografía citada en esta Tesis. *Vid.* también nota 702. Escasez que contrasta incluso con la labor realizada en amparo donde aunque con las limitaciones de la *fórmula Otero* se han producido algunos pronunciamientos de inconstitucionalidad frente a normas federales. Concretamente, en el 2001, sobre los artículos 395 y 413 de la Ley Federal del Trabajo, que autorizaba la llamada “cláusula de exclusión” en los contratos colectivos o contratos ley (por la que se permitía que los sindicatos que exigiesen del patrono la exclusión o despido de un trabajador que decidiera separarse del sindicato), en amparo directo en revisión 1124/2000; o la declaración de la inconstitucionalidad de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expida reglas de carácter general sobre los requisitos que deben reunir las facturas de las mercancías para su importación (tal como autorizaba el artículo 36, fracción I, inciso a) de la Ley

ejemplo, de las 24 acciones de inconstitucionalidad sobre las que recayó sentencia, sólo 5 fueron de invalidez y una de validez con aplazamiento, siempre sobre leyes locales (el resto, 11 de validez, 2 de improcedencia y 5 de sobreseimiento). De las 92 controversias, 8 acabaron en sentencias que decretaban la invalidez de un acto o norma, 36 en declaraciones de validez, 4 en declaración de caducidad y el resto de sobreseimiento.

Se estudiarán, por tanto, las sentencias que han declarado la inconstitucionalidad de alguna norma, puesto que el objeto principal de esta Tesis es determinar cuáles han sido las consecuencias de la instauración de las nuevas competencias de la Corte, y, también, finalmente, las sentencias de validez cuando encierren algún pronunciamiento (relativamente) importante de orden constitucional.

Agruparemos la actividad de la Corte por materias, dentro de ellas por niveles (federal, estatal o municipal: entendiendo por federal la impulsada por un órgano federal, por estatal, la impulsada por un órgano estatal y por municipal la impulsada por un órgano municipal, con independencia de quién sea la parte demandada) y, dentro de ellos, distinguiremos si se trata de una acción o de una controversia.

Aduanera), competencia que los artículos 89 y 73 sólo conceden al Presidente de la República y no a otra administración pública centralizada (*Vid.* Comunicado de Prensa número 420 de la Dirección General de Comunicación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de junio de 2001).

- *Servicios públicos.*

Nivel federal – no hay

Nivel estatal (promovidas por un Estado)

Acciones – no hay

Controversias

Controversia constitucional 2/98 presentada por el Gobierno de Oaxaca contra el Ayuntamiento del Municipio de Oaxaca de Juárez. La norma que genera la controversia es el Reglamento de Tránsito y Transporte municipal. En él, como su propio nombre indica, se regulan cuestiones de tránsito y de transporte. La base competencial para este reglamento sería, según el Municipio, la fracción III, inciso h, del artículo 115 constitucional que, como se vio, reserva a los Municipios la competencia sobre “tránsito”. La Corte ha estimado que el transporte no se encuentra contenido en el tránsito por lo que rigen los principios generales de distribución de competencias. Es decir, son de competencia federal las expresamente establecidas en la Constitución, son de competencia de los municipios las incluidas en el artículo 115 (con posible colaboración de los Estados) y, las demás, son de los Estados, salvo que éstos se las otorguen por Ley a los Municipios. No habiéndose producido esta cesión ni en la Constitución ni en la Legislación Orgánica del Estado, la competencia se entiende retenida por el Estado y el Reglamento impugnado es inconstitucional en lo relativo al transporte.

Controversia constitucional 25/97 presentada por el Gobierno del Estado de Puebla contra el Ayuntamiento del Municipio de Puebla. La norma impugnada es el acuerdo por el que se abroga el anterior Programa para la Incorporación de Asentamientos Irregulares al Desarrollo del Municipio, también se impugna el acto de aplicación consistente en la incorporación del asentamiento “Tres Cruces”. La Corte ha establecido que esta materia aparece regulada en el artículo 27 constitucional, párrafo III que, como excepción al sistema ordinario de distribución de competencias entre los

órdenes federal, estatal y municipal basado en la exclusividad, establece la concurrencia de dichos órdenes normativos. En concreto es la Ley General de Asentamientos Humanos en el artículo 9, fracción I y II la que regula las bases de concurrencia en esta materia. Allí se establece que será la ley de cada estado la que determine en qué forma participarán los Municipios. La Constitución de Puebla y la Ley del Desarrollo de Puebla han establecido que la competencia de revisar, formular y aprobar dichos planes corresponde al Municipio pero que se exigirá su evaluación previa por parte del Ejecutivo. Dado que no se probó en la controversia que se hubiera evacuado dicho trámite, la Corte declara la nulidad del acuerdo y los actos de aplicación.

Nivel municipal

Acciones – no hay

Controversias

Controversia constitucional 1/93 promovida por el Ayuntamiento de Ciudad Delicias (y luego por muchos otros ayuntamientos resueltas todas en el mismo sentido) contra el Acuerdo Número IV del Gobernador del Estado de Chihuahua por el que establecía que los servicios de Registro Civil pasarían de ciertos municipios al ejercicio directo por el Gobierno del Estado. La Corte ha señalado que la Constitución establece tres órdenes territoriales independientes: Federal, estatal y municipal. La Constitución no fija entre las competencias municipales la prestación del servicio de Registro Civil pero sí establece que serán las Legislaturas locales las que distribuyan los servicios públicos que no estén expresamente conferidos. La Constitución local tampoco otorga expresamente el Registro Civil a ninguna autoridad y repite la remisión a la ley para su distribución. El Código Civil del Estado, sin embargo, si encarga la prestación de dicho servicio a ciertos municipios. Por tanto, el acuerdo del Gobernador es nulo, puesto que no respeta la reserva de ley establecida en las constituciones.

- *Responsabilidad de los servidores públicos.*

Nivel federal – no hay

Nivel estatal

Acciones

Acción 13/2000 de inconstitucionalidad presentada por la minoría parlamentaria contra la el Decreto de Reforma del Artículo 40, fracción 55, de la Constitución política del Estado de Morelos⁷⁰⁴. “La citada disposición, en cuanto faculta al Congreso del Estado de Morelos para conocer del procedimiento de responsabilidad administrativa y sancionar a servidores públicos municipales y del Estado por virtud de las denuncias o quejas ciudadanas que en esta materia se presenten por violación a los principios de imparcialidad, probidad, profesionalismo, honestidad, eficiencia, lealtad y austeridad en el servicio público, es inconstitucional, porque se aparta de los principios que en materia de responsabilidades de los servidores públicos se desprenden del título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente de sus artículos 108 y 113, de los cuales se infiere que en concordancia lógica con la naturaleza administrativa de esa materia, tanto el procedimiento como la sanción – ambos administrativos– corresponden, por regla general, al superior jerárquico del servidor público administrativo a quien se atribuye la infracción, o bien, a un órgano específico del propio nivel de gobierno”.

Acción 1/98 de inconstitucionalidad presentada por la minoría parlamentaria contra la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos. El artículo 22 de dicha ley establece una serie de sanciones disciplinarias para todos los servidores públicos. Entre ellas, en su fracción VI, la de separación del cargo. Para la determinación de las causas y procedimientos para la imposición de dichas sanciones, la ley remite a su desarrollo reglamentario. La corte ha estimado que dicho precepto es inconstitucional por un doble

⁷⁰⁴ En el momento de redactar esta sección no ha sido posible tener acceso a la Sentencia propiamente dicha, sino a las Tesis de Jurisprudencia publicadas en Semanario Judicial de la Federación en Mayo 2001.

motivo. De un lado, porque el principio de legalidad (especialmente en materia sancionatoria) establecido en el artículo 16 constitucional, implica una reserva de ley para la determinación de la procedencia de las sanciones e impide, por tanto, su regulación material en normas reglamentarias. De otro lado, es igualmente inconstitucional la fracción VI en lo que se refiere a los Diputados, pues éstos sólo pueden ser separados de su cargo como consecuencia de sentencia penal o juicio político. Lo que no permite la Constitución local, ni federal es la pérdida de la condición de diputado como consecuencia de sanción disciplinaria.

Controversias

Controversia constitucional 19/97 presentada por el Poder Judicial del Estado de Jalisco en contra del Poder Legislativo del Estado. El Poder Legislativo incoó juicio político contra la Sala Sexta de lo Penal del Tribunal Supremo del Estado, en relación con su actuación al negar una orden de aprehensión. Según el artículo 109, fracción I de la Constitución de la Federación, los servidores públicos están sometidos a responsabilidad política “cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho”. Esta exigencia de responsabilidad se desarrolla en la legislación en el nivel federal y local. En este caso, la legislación local reproduce casi íntegramente la federal. En concreto, establece que “Redundan en perjuicio del interés público fundamental y de su buen despacho: I. El ataque a las instituciones democráticas; II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo y popular; III. Las violaciones graves o sistemáticas a las garantías individuales o sociales; IV. El ataque a la libertad de sufragio; V. Cualquiera infracción a la Constitución Local o las leyes estatales o municipales, cuando cause graves daños al Estado o Municipio o la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de sus instituciones; y VI. Las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior.” Por tanto, “De lo expuesto se sigue que la litis radica, sustancialmente, en determinar el alcance de las facultades con que cuenta el Congreso del Estado de Jalisco en materia de juicio político y si dentro de éstas queda comprendida la relativa a iniciar dicho procedimiento con motivo del

dictado de resoluciones judiciales que pronuncien los órganos integrantes del Supremo Tribunal de Justicia de la propia entidad federativa, en ejercicio de atribuciones jurisdiccionales”. La Corte ha establecido que dado que el acto que origina el juicio político es un acto aislado y sobre un particular no concurren los requisitos para hablar de “graves daños”, por lo que no procede el juicio político. En segundo lugar, ha establecido que el Congreso al fundar su juicio en consideraciones sobre cómo se tramitó el proceso, se valoraron las pruebas, etc. invadió las competencias del Poder Judicial violando los artículos 17, 116 y 49 de la Constitución Federal. Por lo que decreta la invalidez de la resolución de procedencia e instauración del juicio político.

Nivel municipal – no hay

○ *Seguridad pública.*

Nivel federal – no hay

Nivel estatal

Acciones

Acción de inconstitucionalidad 3/96 promovida por la minoría parlamentaria de la Legislatura del Estado de Baja California Sur contra La Ley de Seguridad Pública. En dicho texto legal se consideraba a los tribunales del Poder Judicial del Estado como “instituciones de seguridad pública” (Art. 6, fracción I). El artículo 23 establecía por su parte que la Coordinación de Seguridad Pública (órgano descentralizado dependiente del Ejecutivo) comprenderá las siguientes materias: “I. Los procedimientos e instrumentos de la formación, reglas de ingreso, permanencia, promoción y retiro de los miembros de las instituciones de seguridad pública; II. Los sistemas disciplinarios, así como de estímulos y recompensas; III. La organización, administración, operación y modernización tecnológica de las instituciones de seguridad pública; IV. Las propuestas de aplicación de recursos para la seguridad pública, incluido el financiamiento conjunto; V. El suministro, intercambio y sistematización de todo tipo de información sobre seguridad pública; VI. Acciones policiales conjuntas, en el ámbito de sus respectivas competencias; VII. Las relaciones con la comunidad y fomento de la cultura de prevención de infracciones y delitos; y VIII. Las que sean necesarias para incrementar la eficacia de las medidas y acciones tendientes a alcanzar los fines de la seguridad pública”.

La Corte apreció, como es obvio, que ocuparse del retiro, promoción, sistemas disciplinarios, organización administrativa, etc. del Poder Judicial Estatal por parte de un órgano descentralizado del ejecutivo, violaba la división de poderes establecida en el artículo 116 de la Constitución Federal.

Controversias – no hay

Nivel municipal

Acciones – no hay

Controversias

Controversia constitucional 19/95 promovida por el Ayuntamiento de Río Bravo contra el Congreso del Estado de Tamaulipas por la aprobación del artículo 91 fracción II de la Constitución de dicho Estado y contra los actos del Ejecutivo en aplicación de tal precepto. En la fracción del artículo antes citado se señala como facultad del Ejecutivo del Estado el nombramiento y remoción de los jefes de la policía municipal. La parte actora alega que la prestación del servicio de seguridad pública es competencia de los municipios y que por tanto son éstos los que deben nombrar y remover a los delegados encargados de dicha función. La Corte ha señalado que con fundamento en el inciso h fracción III del artículo 115 constitucional, el servicio de seguridad pública corresponde en primera instancia a los municipios y que únicamente por necesidad y mediante ley podrá el Estado concurrir a ejercer dicha competencia. Por lo que sostiene la inconstitucionalidad de la fracción II del artículo 91, ya que ni respeta la reserva de ley ni establece que exista necesidad alguna y como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad e invalidez de la designación realizada por el Ejecutivo Estatal de funcionarios de seguridad pública y tránsito municipal en el Ayuntamiento de Río Bravo. Ahora bien, los efectos de invalidez tanto de la fracción del artículo antes citado como del acto de aplicación del mismo, sólo se limitan al Ayuntamiento actor, así lo ha entendido la Corte al interpretar los dos últimos párrafos del artículo 105 fracción I de la Constitución⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ Para mayor abundamiento respecto a dicha interpretación *Vid. supra* pp. 356 y ss.

- *Servicios financieros.*

Nivel federal

Acciones – no hay

Controversias

Controversia constitucional 56/96 presentada por el Ejecutivo Federal contra el Ayuntamiento de Guadalajara. La norma impugnada es el Reglamento de Seguridad y Protección Bancaria del Ayuntamiento del Municipio de Guadalajara. La Corte ha establecido que aunque, como ya se vio, los municipios tienen competencia en materia de seguridad pública en los términos establecidos por el artículo 115, fracción III, apartado h) (*vid. supra*), el artículo 73, fracción X confiere a la Federación (concretamente, al Congreso de la Unión) la competencia para legislar sobre “intermediación y servicios financieros”. La Corte ha interpretado que esta competencia abarca todos los aspectos del sistema financiero, incluyendo los de seguridad. Como, por otra parte, habían interpretado los propios Legislativo y Ejecutivo Federales que, en su momento, aprobaron La Ley de Instituciones de Crédito que incluía disposiciones en materia de seguridad, y el Reglamento de Seguridad y Protección Bancaria que la desarrolla. Por todo lo cual, decreta la Corte la inconstitucionalidad e invalidez del Reglamento de Seguridad y Protección Bancaria del Municipio de Guadalajara.

Nivel estatal – no hay

Nivel municipal – no hay

- *Electoral.*

Nivel federal – no hay

Nivel estatal

Acciones

*Acción de inconstitucionalidad 9/2001*⁷⁰⁶ presentada por la minoría parlamentaria contra el Decreto “450” del Estado de Tabasco por el que se reformaron los párrafos I, II y III del artículo 47 de la Constitución Política del propio Estado. La Corte estableció, en primer lugar, la inaplicabilidad de dicha reforma por haberse celebrado dentro del plazo de noventa días que exige el artículo 105 constitucional, fracción II, penúltimo párrafo. Estableció, igualmente, que la ausencia de plazo para que el congreso del Estado convoque a elecciones extraordinarias para elección del Gobernador es inconstitucional no por contravenir directamente ningún artículo constitucional, sino por hacer imposible el ejercicio de los derechos democráticos que la Constitución reconoce. Así mismo, declaró inválida la parte final del primer párrafo del artículo 47, que “autorizaba la designación de gobernador interino con el número de diputados que acudan a la tercera sesión del Congreso local, sin requerir, para ello, de un quórum de asistencia mínima de la mitad más uno del total de los miembros del Congreso tal como lo señala el artículo 24 de la Constitución de Tabasco”. Por último decretó la constitucionalidad de la ampliación del plazo máximo de celebración de las elecciones extraordinarias de gobernador (es decir, desde las convocatorias de las elecciones y su realización) a 18 meses (antes era de 6), alegando que, en este caso, no se anulan los derechos ciudadanos de voto.

Acción de inconstitucionalidad 6/98 presentada por el Partido de la Revolución Democrática en contra del Decreto de Reforma de varios artículos del Código de

⁷⁰⁶ En el momento de redactar esta sección no ha sido posible tener acceso a la Sentencia propiamente dicha, sino a las Tesis de Jurisprudencia publicadas en Semanario Judicial de la Federación de marzo de 2001.

Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo. En dichas reformas se establecía el procedimiento de distribución de diputados por el sistema “proporcional”. En concreto, se señalaba un doble sistema (inspirado en la Constitución Federal) de diputados de mayoría y diputados de representación proporcional. Las fracciones I y III del artículo 229 del Código citado, establecían, respectivamente, que al partido que hubiera obtenido la mayoría relativa en los diputados de mayoría y el 40 por ciento de votación, se le otorgarían el 52 por ciento de los diputados de representación proporcional. La fracción III, por su parte, establecía que para el reparto de los diputados de representación proporcional se excluirían los votos del partido que hubiera obtenido más de las dos terceras partes de los diputados de mayoría relativa.

La primera pretendía garantizar la gobernabilidad y se inspiraba en el artículo 54, fracción IV, inciso b) de la Constitución Federal antes de su reforma en 1993. La segunda, por su parte, pretendía establecer un techo al número de diputados proporcionales de la fuerza ganadora. La Corte estableció que el criterio de que ambos sistemas, el de mayoría y el de proporcionalidad deben ser “independientes y adicionales” de la Constitución Federal era obligatorio también para los Estados y que, por tanto, no se puede hacer depender la votación en uno de los sistemas al resultado obtenido en el otro. Como esto es lo que establecen dichos artículos, la Corte los declaró inconstitucionales. Adicionalmente, hay que decir que la fracción I puede, en algunos casos, reforzar a la mayoría y, por tanto, no puede considerarse coherente con el principio general de “proporcionalidad” enunciado en la Constitución y en la legislación electoral.

Acción de inconstitucionalidad 3/98 presentada por el Partido de la Revolución Democrática contra el Decreto por el que se establecen los distritos uninominales en el Estado de Zacatecas para las elecciones. Conforme a la Constitución y Código Electoral de Zacatecas, existe un Consejo General del Instituto Estatal Electoral encargado de proponer los cambios en la distribución de los distritos. Según esta misma legislación, corresponde a la Legislatura “revisar y aprobar” dicho proyecto. En este caso, la Legislatura introdujo cambios sustanciales en el proyecto presentado. Según la Corte, la

legislación citada debe interpretarse en el sentido de que la Legislatura revisará –es decir, que comprobará la legalidad y oportunidad– el proyecto que se le remita y, de no estar de acuerdo con él, lo impugnará por las vías previstas en la legislación de procesos electorales, y no en el sentido de que lo modificará. Por tanto declara inválido el Decreto de la Legislatura. Obviamente, se pretende garantizar así la imparcialidad en el procedimiento electoral, ya que la mayoría legislativa podría, en caso contrario, realizar una propuesta tipo *gerrymandering*.

Acción de inconstitucionalidad 9/97 presentada por una minoría de legisladores del Estado de Chihuahua contra la reforma de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua. Se alegaban vicios de procedimiento y sustantivos. La Corte desechó todos salvo en lo relativo al artículo 13, inciso g). En dicho inciso se señalaba que el Congreso establecerá la demarcación territorial para las elecciones de conformidad con los numerales 2 y 5 de ese mismo artículo. Tales numerales no existen (*no comment*).

Acción de inconstitucionalidad 6/97 presentada por el Partido de la Revolución Democrática contra las reformas a la legislación electoral del Estado de Oaxaca. El Tribunal desestima todas las causas de invalidez alegadas, salvo en lo relativo al inciso e) del artículo 42-A del Código de Instituciones Políticas y Procedimientos electorales de Oaxaca, que establecía una forma de financiamiento público adicional para la elección de gobernador. La Corte determinó que el aumento de esta financiación es un ejemplo de “modificaciones legales fundamentales” en los términos del artículo 105, II, párrafo penúltimo, por lo que resulta de aplicación el plazo de 90 días. En virtud de lo cual, declara dicha reforma válida pero inaplicable a la elección que se celebre dentro de dicho plazo⁷⁰⁷.

Controversias - no procede

Nivel municipal – no hay

⁷⁰⁷ Véase lo que antes se dijo sobre los efectos en el tiempo de las sentencias, pp. 370 y ss.

○ *Derechos Fundamentales.*

Nivel Federal – no hay.

Nivel Estatal.

Acciones – no hay.

Controversias.

*Controversia constitucional de 15 de marzo de 2000*⁷⁰⁸ presentada por el Estado de Oaxaca contra el municipio de Huajuapán de León. La norma objeto de la controversia es un Reglamento Municipal por el que se creaba la Comisión Municipal de Derechos Humanos de Huajuapán de León. La Corte declaró inconstitucional tal Reglamento alegando que ni en la Constitución Federal ni en la Estatal existen preceptos que faculten a los municipios a crear este tipo de organismos. La Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por su parte, encomienda el estudio de la violación de los derechos humanos bien a la Comisión Estatal, o bien a la Comisión Nacional. Aunque su creación no aparece expresamente prohibida en ningún texto legal la Corte ha entendido que los municipios sólo tienen las competencias expresamente conferidas a ellos por el ordenamiento.

Nivel municipal – No hay.

⁷⁰⁸ A la fecha de redacción de estas páginas, no se había hecho pública ni la sentencia ni sus tesis, sino sólo el comunicado número 350 de la Dirección General de comunicación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 21 de febrero de 2001.

- *Nombramientos.*

Nivel federal – no hay

Nivel estatal

Acciones – no hay

Controversias

Controversia constitucional 36/97 interpuesta por el Gobierno del Estado de Colima contra el Congreso del Estado de Colima. El Gobernador propuso a una serie de magistrados para el Tribunal Supremo del Estado que el Congreso debía ratificar o rechazar. Respecto de cuatro de ellos se aprobó la ratificación, respecto de los otros 3, la votación quedó 10 a 10. En este caso, según las disposiciones constitucionales y legales de Colima, procedía repetir la votación en la sesión siguiente. Sin embargo, dicha votación no se llevó a cabo. Por su parte, la Constitución del Estado establece que si en el plazo de diez días, el Congreso no se manifiesta, se entienden ratificados los nombramientos. El Congreso reaccionó a esta pretensión del Gobernador, negándose a convocar la sesión en que se les tomaría protesta. La Corte declaró inconstitucional esta omisión y ordenó la convocatoria de la sesión.

Nivel municipal – no hay

Sin declaración de inconstitucionalidad.

○ *Personal*

La Corte ha establecido en sus Tesis 109/96 y 41/96, en controversias constitucionales 13/95 y 3/93, respectivamente que las “remuneraciones de los servidores públicos municipales corresponde establecerlas al poder legislativo al aprobar las leyes municipales relativas, con vistas al presupuesto de egresos aprobado por el Ayuntamiento” (Nuevo León).

Igualmente, ha establecido en sus Tesis 45/96 y 42/96 en controversia constitucional 3/93, que las funciones de contraloría estatales sobre los servidores públicos municipales son constitucionales y compatibles con las que realice el propio Municipio (Nuevo León).

○ *Penal*

En las Tesis 34 a 38/96 en controversia constitucional 11/95, la Corte ha establecido que la realización de averiguaciones previas por parte del Ministerio Público Federal no supone invasión de competencias estatales, aun cuando finalmente resulten ser delitos del orden común (estatal), lo que, en su momento, deberá plantearse en la vía procesal oportuna. El Ministerio Público Federal tiene, por tanto, el deber de investigar los hechos que se le denuncien para aclarar a orden (federal o estatal) pertenecen. La existencia de personas aforadas no impide la realización de las averiguaciones previas para determinar la presunta existencia del delito. Por último, ha ofrecido una definición del desafuero: “Es diferente al juicio político; constituye un requisito de procedibilidad sin el cual no se puede ejercitar la acción penal correspondiente ante las autoridades judiciales y, por tanto, es un procedimiento autónomo del proceso que no versa sobre la culpabilidad del servidor, es decir, no prejuzga acerca de la acusación. El resultado del primero no trasciende necesariamente al sentido del fallo en el proceso penal. Por eso,

la Constitución Federal atinentemente prevé que una resolución adversa de la Cámara de Diputados para suprimir del fuero a determinado servidor público no impide que cuando éste haya concluido el ejercicio de su encargo, el procedimiento inicie o continúe su curso, si no ha prescrito la acción penal”.

o *Seguridad pública*

La Corte en sus Tesis 25 a 30/1996, en acción de inconstitucionalidad 1/96 ha establecido que para la determinación de las funciones del Ejército, Fuera Aérea y Armada será preciso atender no sólo a los artículos que a ello se refieren, sino también a los relativos a las garantías individuales, especialmente, del artículo 16 constitucional. Igualmente, ha interpretado el artículo 129 constitucional (“En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar...”) en el sentido de que, pese a que no se declaren los estados de emergencia del artículo 29 constitucional, las autoridades militares pueden realizar funciones a petición expresa y motivada de las autoridades civiles y bajo la dirección del Presidente cuando “sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas [las garantías individuales], hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla”. Sobra decir que estas Tesis dejan prácticamente sin contenido el artículo 129 transcrito. Por último ha decretado la constitucionalidad de la participación del ejército (de los secretarios de la defensa nacional y de la marina) en el Consejo Nacional de Seguridad Pública (artículo 21, último párrafo, constitucional), haciendo borrosa la distinción entre Fuerzas Armadas y Fuerzas de Seguridad.

4.- VALORACIÓN GENERAL.

Acaso, antes de formular una propuesta sobre las posibles perspectivas para la Justicia Constitucional en México en el último epígrafe, convenga recapitular con carácter general lo dicho sobre la Suprema Corte en esta Tercera Parte. Este apartado se dividirá, por tanto, en dos partes. En una primera se realizará un resumen de las principales debilidades de la Suprema Corte como órgano de control de la constitucionalidad, en la segunda, por su parte, se realizará un elenco de las intervenciones de la Corte en el que quedará patente la (considerable) inanidad de la acción práctica de la Suprema Corte.

a) De la regulación.

Puede que todas las deficiencias en la regulación de la Suprema Corte puedan resumirse en, por un lado, una falta de diseño global y, por otro, un nacimiento sumamente discutible desde el punto de vista de la legitimidad.

Efectivamente, aunque una parte considerable de la doctrina lleva anunciando desde hace 20 años que “ahora sí” la Corte cuenta con una estructura clara y definitiva que la convierte en un “verdadero” tribunal constitucional, lo cierto es que la sucesión de reformas de la que antes se dio cuenta carece de un objetivo claro y no ha conseguido llegar a ningún punto definido. La Corte ha ido perdiendo y ganando competencias de forma puramente coyuntural y todas ellas se han ido sumando sin que, en ningún momento, se haya alcanzado una imagen clara de qué se desea que sea la Corte. Consecuencia de esta falta de diseño global es su posición, simultánea, como uno de los poderes y como árbitro entre los poderes, como juez en revisión (y hasta de instancia) y como juez constitucional, como juez electoral y como garante del federalismo. En definitiva, una estructura mixta que no parece que pueda considerarse equilibrada ni que haya alcanzado su configuración definitiva.

A esta dificultad para encontrar, digamos, su carácter contribuyen, sin duda, dos hechos que atentan radicalmente a su legitimidad. De un lado, su legitimidad de origen. Como se vio, la Corte adquiere sus últimas facultades con una reforma que reproduce la tendencia autoritaria y de desprecio a la legalidad que ha servido de modelo en toda su evolución. En un contexto político complejo, la vieja clase política trata de encontrar refugio en una Corte que se crea *ex novo* y que, se confía, podrá servir de barrera ante cambios excesivamente radicales.

Un segundo hecho que actúa en su ejercicio es la difícil situación provocada por la contradicción entre ser un órgano garante de la normatividad constitucional y una normatividad constitucional que es su principal enemigo. Efectivamente, la innumerable serie de reformas constitucionales ha provocado que, de un lado, la constitución haya

adquirido unos preocupantes caracteres de flexibilidad y, de otro, la acumulación informe de reformas coyunturales hace prácticamente imposible una interpretación mínimamente sistemática y jurídica de sus preceptos no quedando con frecuencia más solución que tratar de “imaginar” el posible sentido de los preceptos. Una constitución flexible y una constitución incomprensible no son, precisamente, el campo ideal de actuación para una corte (que quiere llegar a ser) de tipo kelseniano. Pero no sólo eso, queda todavía el problema de la legitimidad global del sistema, creación de un sistema de gobierno autoritario durante un período de tiempo muy largo. Defender la normatividad constitucional y el funcionamiento de la justicia, es también defender la normatividad “priísta” (o los restos de ella), con lo que aceptabilidad política de sus decisiones puede llegar a situarse en cotas muy bajas si se produce una evolución electoral.

Una muestra de esta imprevisión y falta de diseño de la estructura y funciones de la Corte puede encontrarse en el hecho de no haber establecido ninguna forma de coordinación con posibles jurisdicciones supranacionales que lleguen a conocer de asuntos interiores. Especialmente, en la actualidad, el no haber tenido en cuenta el proceso de integración en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus mecanismos de resolución de conflictos que, de seguir una vía parecida a la de la experiencia europea, está llamado a adquirir un protagonismo cada vez mayor y a exigir algún tipo de mecanismo de coordinación.

La falta de previsión y coordinación no es, naturalmente, sólo exterior sino que se encuentra en el interior mismo del funcionamiento de la Corte. Como se vio, las diferentes formas en que puede impugnarse la constitucionalidad de un acto o de una norma (amparo, controversia, acción) han sido integradas de forma muy defectuosa en el esquema funcional de la Corte. La existencia de diferentes tipos de mayorías para los diferentes procedimientos y la diferencia en los efectos entre las resoluciones dictadas en cada uno de ellos puede desembocar fácilmente en la existencia de soluciones de fondo contradictorias o, lo que es más grave, en situaciones *ad hoc*, en las que,

dependiendo del resultado que se quiera obtener, se emplea uno u otro de los mecanismos disponibles.

Conexo con este problema aparece el de la indeterminación constitucional (o falta de claridad) en los efectos de las sentencias. Dejando al margen el problema interpretativo de la fracción I del artículo 105, dos últimos párrafo, sigue subsistiendo una regulación muy deficiente del problema de los efectos que arranca, en último término, del intento de regular simultáneamente la impugnación de actos y normas, lo que no ha permitido percibir ni las diferencias entre uno y otro caso, ni la rica variedad de supuestos con los que la Corte tendrá que enfrentarse. La previsión general de irretroactividad del párrafo penúltimo del artículo 105 constitucional amenaza con volver inútiles muchos de los pronunciamientos del Tribunal, en especial, cuando se refieran a actos o cuando las normas hayan agotados sus efectos, etc.

La regulación de la Corte se muestra igualmente escasa en materia de tipología de sentencias. La Constitución se limita a hablar de “invalidez” (lo que repite la ley) ignorando una muy rica experiencia en otras jurisdicciones constitucionales que, como se vio, han puesto de manifiesto que la “nulidad” como único remedio frente a la ley inconstitucional conduce a los Tribunales a retorcer el sentido de este término hasta límites intolerables si no quieren verse avocados a aumentar el grado de inconstitucionalidad de los ordenamientos mediante su propia intervención (presuntamente, terapéutica). Este tipo de actuaciones ya se han producido, como se vio, respecto de los plazos para las reformas electorales.

Tampoco ha considerado la regulación constitucional ni legal el problema de la inconstitucionalidad por omisión pese a la existencia de precedentes de derecho comparado en numerosas jurisdicciones. Este problema puede llegar a ser particularmente agudo dadas las infinitas referencias a la ley que existen en la Constitución mexicana, y se extiende también a los conflictos negativos de competencias, que carecen de regulación específica.

El propio objeto de las acciones de inconstitucionalidad (“normas de carácter general”) ha resultado demasiado vago (muy especialmente, en un sistema federal tan complejo como el mexicano y, ahora, también con una dimensión supranacional) y ha obligado a la Corte a una labor de deslinde que, fácilmente, podría habersele dado resuelta con una redacción más atenta de los preceptos.

En lo que se refiere a los Tratados Internacionales, la regulación sigue adoptando una postura de nacionalismo jurídico en la que se considera determinante la decisión del propio estado sobre la vigencia o no de los mismos, que se refleja en su control *a posteriori*. Ahora bien, la cada vez más estrecha vinculación entre las economías de las diferentes naciones y el peso de los compromisos internacionales puede convertir esta opción por el control posterior en tan poco realista que la hagan imposible.

Parece existir, además, una suerte de desconfianza de fondo sobre un posible “uso alternativo” de la Suprema Corte. Ello se refleja, especialmente, en el tema de la legitimación activa. De un lado, se han restringido considerablemente los actores legitimados para iniciar los procesos (especialmente, la acción) dejando fuera no sólo a los particulares, representantes de intereses difusos, etc. sino también a órganos públicos como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. De otro, en el caso más típico de legitimidad activa (el de las minorías parlamentarias), la exigencia de un 33 por ciento de diputados parece ciertamente excesiva ya que, en muchos contextos (desde luego en otros países) puede que ni siquiera la fuerza gubernamental disponga de dicho porcentaje. Más que un recurso de minoría es casi un recurso de mayoría. Ello deja fuera, desde luego, a todos los partidos pequeños y, con el actual reparto de escaños, en muchas ocasiones, deja fuera a todos. Ello puede ser una de las razones de la escasez de acciones planteadas por las minorías del Congreso de la Unión y, por ello, del papel marginal de este proceso constitucional en la vida político jurídica mexicana.

También se refleja en el reducido plazo de 30 días para la interposición de acciones y controversias. Hay que tener en cuenta que conforme aumenta la

complejidad de un sistema normativo, aumenta también la dificultad de apreciar las posibles contradicciones entre una norma y la Constitución y los motivos en que puede fundarse. Un sistema federal en tres niveles aumenta desde luego estas dificultades.

b) De la práctica.

Se realizará a continuación un repaso de las normas invalidadas por la Corte y, por tanto, del impacto que sobre el ordenamiento jurídico mexicano ha tenido la adopción de la controversia y acción constitucionales como mecanismos de control de la constitucionalidad.

Como en seguida se verá el resultado de este repaso, en conjunto con lo antes mencionado, arroja un resultado paradójico. El contexto político de creación del Tribunal (posibilidad de control del poder político por parte del régimen priísta) parecería indicar que de los dos riesgos que amenazan a la justicia constitucional (ser antidemocrática o ser superflua), caería presa del primero. Sin embargo, la considerable sintonía política entre las antiguas mayorías priístas y las actuales mayorías panistas, ha convertido a la Corte en un perfecto ejemplo del segundo.

Las normas o actos declarados inválidos por la Suprema Corte desde 1 de enero de 1995 en acciones y controversias constitucionales son:

1. Reglamento de Tránsito Municipal de Oaxaca de Juárez (en lo referido al transporte).
2. Programa para la Incorporación de Asentamientos Irregulares al Desarrollo del Municipio de Puebla (por el que se incorpora a “Tres Cruces”).
3. Acuerdo del Gobierno de Chihuahua por el que se transfiere el Registro Civil de ciertos municipios al Estado.
4. Art. 40, fracción 55 de la Constitución Política de Morelos por la que se establece la responsabilidad administrativa de los empleados públicos ante el poder legislativo.
5. Art. 22 de la Ley Orgánica del Congreso del Estado de Morelos por el que se regulan las sanciones a los Diputados.
6. Acto de Admisión del Juicio Político a la Sala Sexta del Tribunal Supremo del Estado de Jalisco.

7. Art. 23 de la Ley de Seguridad Pública de Baja California Sur (en su expresión “tribunales como instituciones de seguridad pública”).
8. Fracción II, artículo 91 de la Constitución del Estado de Tamaulipas por el que se permite al Gobernador nombrar a los Jefes de Policía Municipal.
9. Reglamento de Seguridad y Protección Bancaria del Municipio de Guadalajara.
10. Artículo 47, párrafos 1, 2 y 3 de la Constitución de Tabasco, que establecen los plazos y mecanismos de la elección extraordinaria de Gobernador.
11. Sistema de Distribución de Escaños en el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Quintana Roo.
12. Decreto que determina los Distritos uninominales en Zacatecas.
13. Artículo 13 inciso g) de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua (que remitía a unos puntos inexistentes en el texto del mismo artículo).
14. Artículo 42-A, e) del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales respecto al financiamiento público adicional para elección de Gobernador.
15. Reglamento Municipal de Huajuapán de León por el que se crea la Comisión Municipal de Derechos Humanos.
16. Omisión del acto de tomar protesta por parte del Congreso a magistrados del Tribunal Supremo del Estado de Colima.
17. Oficios números SCOP/DGCM/DG/0161/96, SCOP/DGCM/DG/0187/96 y SCOP/DGCM/DG/0178/96, suscritos por el director de Gestión y Control de Maquinaria de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas del Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo y remitidos a los municipios de Tangamandapio, Aguililla, Aporo, Ario de Rosales, Arteaga, Briseñas, Coeneo, Contepec, Copándaro, Cotija, Charapan, Cherán, Chucándiro, Churintzio, Churumuco, Erongarícuaro, Huaniqueo, Huiramba, Irimbo, Ixtlán, Jiquilpan, José Sixto Verduzco, Lázaro Cárdenas, Maravatío, Nahuatzen, Nocupétaro, Nuevo Urecho, Numarán, Panindícuaro, Parácuaro, Paracho, Pátzcuaro, Puruándiro, Régules, Senguio, Susupuato, Tancítaro, Tanhuato, Tarímbaro, Tingambato, Tlazazalca, Tumbiscatío, Turicato, Tuzantla, Tzintzuntzan, Venustiano Carranza, Vista Hermosa, Zacapu, Zináparo, Zinapécuaro y Ziracuaretiro.

Si se clasifica el conjunto de estas decisiones se puede observar que la mayor parte de ellas tiene un muy escaso contenido constitucional, hasta el punto de que es dudoso que la vía de impugnación escogida sea la más adecuada. Además, en la mayor parte de los casos se trata de normas de muy poca importancia y relevancia política, excepción hecha de las relativas a la materia electoral. Conviene recordar, de todos modos, que dicha materia era competencia del Tribunal Federal Electoral hasta 1996 y que parte de estas funciones no son propiamente constitucionales, sino administrativas o penales.

Efectivamente las decisiones números 1, 2, 3, 9, 15, 16 y 17 (de la relación anterior) parecen más propias de la jurisdicción contencioso administrativa, pues en todos los casos se trata de anulación de normas o actos administrativos que carecen de habilitación o base legal, o en los que no se ha respetado el procedimiento previsto. La número 17, en concreto, es la anulación de una actuación de un órgano administrativo por vía *de facto*.

La decisión 6 es de carácter procesal penal. Lo que la Corte hace es verificar si un comportamiento encaja o no dentro de un tipo y, por tanto si procede la incoación del juicio correspondiente.

Las decisiones 10 a 14 son decisiones en materia electoral, como se dijo, una de las pocas materias en que se han adoptado resoluciones relativamente importantes aunque siempre de carácter estatal y no federal.

Las únicas decisiones de fondo de carácter constitucional son, pues, las números 4, 5, 7 y 8. De ellas una (la número 8) es de carácter competencial y distribuye competencias entre el Ejecutivo estatal y los municipios en materia de nombramientos. De las tres restantes, dos (números 4 y 5) se refieren a sanciones a empleados públicos en las que se impone el respeto a los principios federales en esta materia, y una (la número 7) sobre el Poder Judicial al que distingue de las “instituciones de seguridad

pública” (en realidad, en este caso, late un conflicto competencial sobre quién debe encargarse administrativamente de los jueces).

No parece, pues, exagerado calificar de inoperante a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como órgano garante de la normatividad constitucional. Como mucho, habría actuado como árbitro entre Poderes aunque decidiendo en casi todos los casos a favor del Poder Federal.

5.- PERSPECTIVAS.

Las negativas conclusiones del análisis anteriormente realizado conducen a la consideración de si es posible mejorar esta situación y, en tal caso, en qué forma.

Acaso la primera pregunta a la que debería responderse es la de si resulta siempre necesario disponer de una justicia constitucional. Esta pregunta parece que no puede recibir una respuesta única ni radical. Como se ha visto, existen experiencias de Tribunales Constitucionales que han actuado de maneras sumamente regresivas, como también existen otros que han potenciado los valores constitucionales. La pregunta, por tanto, se traslada no tanto a si debemos tener un Tribunal Constitucional o no, a la para qué queremos un Tribunal Constitucional, qué cabe esperar de él. Si no es posible diseñar un arreglo institucional del que quepan prever efectos positivos, entonces lo más conveniente sería prescindir de él.

Este problema de la conveniencia de los Tribunales Constitucionales o más generalmente de la justicia constitucional, ofrece perfiles aun más complejos dentro del marco del Estado social (existente o deseable). En efecto, mientras que el constitucionalismo liberal se presenta como una suerte de posición conquistada frente al Antiguo Régimen, de punto de llegada de las libertades individuales a partir del cual la sociedad podrá desenvolverse libremente sin miedo a las interferencias del poder público, en el que resulta coherente, por tanto, la existencia de un Tribunal como poder conservador de los logros del poder constituyente y garantía frente a los excesos del poder, el Estado social es más bien un punto de partida. La normatividad del estado social lleva dentro de sí una promesa de transformación socioeconómica (art. 9 de la Constitución española o 3 de la italiana, etc.), en él, el incumplimiento del “programa” del Estado social puede provenir no tanto de la violación de ningún precepto en concreto o de la violación de un derecho individual, sino de la no puesta en práctica de las políticas que garanticen el disfrute general y progresivo de todos los derechos (civiles y también sociales). En este contexto de transformación, los Tribunales parecen encontrar, a priori, un acomodo más difícil como órganos que, en principio, son casi

estructuralmente conservadores (nociones como la de cosa juzgada, irretroactividad, previsibilidad y uniformidad apuntan indudablemente más hacia la estabilidad que hacia el cambio). Si bien es cierto que la actual crisis del Estado social puede convertir en “progresista” a esta labor conservadora de la justicia (conservadora frente a las tendencias involucionistas).

Ahora bien, es claro por otra parte que, en ningún caso serán los Tribunales quienes vayan a liderar estas políticas transformadoras. “El derecho necesita ayuda” y sólo una sociedad movilizadora y conflictiva puede reclamar las correspondientes transformaciones sociales. Lo que cabe esperar en este contexto de los Tribunales es que, cuando menos, no actúen justamente como frenos a estas posibilidades. Que no acallen sino que amplifiquen las reclamaciones individuales y colectivas insertándolas en un discurso ya no sólo social sino también jurídico. La cuestión, por tanto, estriba en encontrar el diseño institucional que lo haga posible.

Desde este punto de vista se volverá ahora de manera general sobre la justicia constitucional mexicana y sobre su posible transformación.

Como ya se ha visto, concebida en los prolegómenos de un cambio político inminente en México, la reforma de la Constitución y del estatuto tradicional de la Suprema Corte de Justicia en 1994 fue publicitada como una puesta a tono con las más avanzadas tendencias de la justicia constitucional moderna. Desde entonces, la reforma ha sido presentada, desde los centros de poder tanto políticos como académicos, como un eficaz elemento de refuerzo de la normatividad del texto constitucional, de afianzamiento de su fuerza vinculante y, en último término, de control del poder.

La línea de análisis presentada en esta Tercera Parte discrepa, sin embargo, de esa lectura complaciente. En su contra militan, de hecho, sólidas razones tanto de teoría como de dogmática constitucional.

En primer lugar, es cierto que la vocación normativa, vinculante, representa una característica estructural del constitucionalismo moderno. Pero reputar valioso el carácter normativo de una Constitución por el solo hecho de serlo, comporta un velado deslizamiento hacia un tan inaceptable como peligroso ejercicio de constitucionalismo ideológico. Más aun, desde un punto de vista respetuoso con la necesidad de separar moral y derecho, la pretensión de vinculatoriedad ha de reputarse valiosa sólo y en la medida en que se corresponda con una Constitución que, desde un punto de vista externo, político, pueda caracterizarse como una Constitución garantista, es decir, como una Constitución concebida como auténtico sistema de vínculos y límites al poder en beneficio de los derechos de las personas. Dicho en términos más sencillos: el carácter vinculante de una Constitución es una virtud política que merece protegerse sólo si se predica de normas potencialmente democratizadoras. Caso contrario, lo que debe postularse es su reforma y, llegado el caso, la ruptura constitucional.

No es éste el lugar adecuado para enjuiciar el papel que la Constitución de Querétaro de 1917, con sus múltiples enmiendas, ha venido desempeñando en la reciente historia constitucional de México. Lo cierto es que ni en las exégesis más benévolas podría su contenido identificarse con un programa de democratización profunda como el que la realidad de México hoy exige.

Puede decirse más: a golpe de manipulación y de interpretaciones espurias, la Constitución de 1917 se ha convertido, en buena parte, en uno de los últimos cabos simbólicos a los que aferrar la legitimidad del antiguo régimen autoritario. En consecuencia, tomarse en serio el constitucionalismo como sistema de límites efectivos al poder, bien puede estar reñido con diseñar una defensa cerrada de una Constitución que, por el contrario, ha servido con frecuencia para dar cobertura a su actuación impune y a su acumulación.

Si esto es así, queda en entredicho la más elemental de las funciones garantistas que el fortalecimiento de la justicia constitucional habría de traer consigo. En efecto, una Constitución en buena parte autoritaria, técnicamente defectuosa y desprestigiada

desde el punto de vista simbólico, precisa antes un picapedrero que un celoso guardián. De haberse querido plantear como reforma genuinamente garantista, los cambios del 94 tendrían que haber acometido primero la depuración y reconstrucción del contenido interno de la Constitución en un sentido democrático, para luego, acaso, blindarlo. Pero el procedimiento fue el inverso, y la primera de las tareas ni siquiera formó parte del catálogo de las buenas intenciones.

Ahora bien, concédase por un momento que la consigna de una reforma radical o mejor, de una nueva Constitución, excedía las posibilidades del contexto político del momento. Que el reformador, en suma, prefirió concentrarse en un objetivo más modesto, pero no menos importante: perfeccionar el sistema de control del poder como paso previo a una democratización más amplia del sistema político que la propia dinámica de la transición traería consigo. La tesis, aunque tímida, resultaría aceptable si no fuera porque la realidad la desmiente en casi todas sus posibles versiones.

Nada autoriza, en efecto, a leer las reformas del 94 como un avance hacia el control y la limitación del poder en resguardo de los derechos ciudadanos. Para que así fuera, las reformas tendrían que haber roto con el modelo de complicidad entre poderes que hasta hoy ha caracterizado a la justicia constitucional en México. En la práctica, sin embargo, no hicieron sino prolongarlo, valiéndose para ello de los elementos más discutibles de la justicia constitucional europea.

Ya en su momento, la fórmula Otero intentó presentar la deferencia judicial al poder legislativo, y sobre todo, al ejecutivo, como una señal de sensibilidad “democrática” del sistema. En realidad, lo que esa filosofía vino a instaurar fue todo lo opuesto: el afianzamiento de la lógica decisionista de las burocracias estatales en detrimento de la participación social, la consagración de la impunidad absoluta de los poderes públicos en detrimento de los derechos ciudadanos y la degradación de la justicia constitucional a cómplice silencioso o, peor, grandilocuente, de ese proceso de degradación institucional.

De un modo u otro, los cimientos de ese edificio institucional han resultado apuntalados con la reforma del 94. La centralización del control constitucional y el otorgamiento a un órgano único de la facultad de declarar la invalidez de una norma, lejos de estimular un mejor control de poder, condena a los tribunales constitucionales, como en la experiencia comparada, a un callejón sin salida donde las alternativas más racionales y compatibles con su supervivencia pasan por la deferencia o, en el mejor de los casos, por las manifestaciones inanes de control y, las menos deseables por un comportamiento cerradamente antidemocrático. En ese sentido, el modelo adoptado en México no falla sólo por tratar de imitar un arquetipo hoy severamente cuestionado –el de los tribunales constitucionales de ortodoxa inspiración kelseniana– sino porque, además, lo empeora. La restringidísima legitimación para impugnar las leyes, sumada al excesivo número de votos requeridos para declarar la inconstitucionalidad o a los confusos efectos previstos para la misma por la propia reforma son la garantía estructural de un sistema pensado para la máxima deferencia o, dicho en términos más crudos, para la máxima inutilidad. La pobre andadura jurisprudencial de la Suprema Corte en los últimos años es la prueba acabada de un modelo estructuralmente defectuoso, que a duras penas admitiría algún “uso alternativo”.

Por el contrario, un modelo constitucional republicano, comprometido con una democratización exigente del sistema en su conjunto, debería operar desde premisas totalmente opuestas. Ante todo, habría de contribuir a contrarrestar, y no a reforzar, la lógica delegativa y decisionista que las presiones burocráticas y mercantiles inoculan en la actuación de los poderes constituidos, tanto legales como jurisdiccionales, cuando éstos quedan librados a su propia suerte. Ello supone entender la gobernabilidad democrática no a partir del carácter inacatable del poder, sino al contrario, como el producto de su permanente cuestionamiento, un elemento fundamental para activar una ciudadanía de otro modo domesticada. Lo cual, si se quiere ser coherente con las loas retóricas a la democracia que hoy impregnan la transición mexicana, comporta alentar una lógica diferente, más deliberativa, capaz de ampliar de manera radical la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” a través de la multiplicación de actores, ámbitos y canales a través de los cuales impugnar, de manera permanente, las

actuaciones u omisiones de todo poder, público o privado, sobre todo cuando éstas conculquen derechos fundamentales de las personas.

Esto y no otra cosa es lo que diferencia como paradigma una democracia legislativa y peor, administrativa, de una democracia constitucional. Concebida en un sentido amplio, la democracia puede caracterizarse como un conjunto de reglas que establecen tanto la forma de lo que se decide (gobierno del pueblo, por el pueblo) como su sustancia (gobierno para el pueblo). La democracia legislativa, tal como se ha manifestado en las últimas décadas, opera desde las coordenadas de un procedimentalismo débil y de un sustancialismo restrictivo. Desde el punto de vista formal, en efecto, sus reglas incluyen, de manera periódica, la voz de ciertas mayorías electorales. Pero su propia lógica de funcionamiento, que alienta el abstencionismo y la defeción, hace que dichas mayorías electorales no siempre coincidan con las mayorías sociales e incluso que excluyan las voces de otras minorías culturales relevantes (las mujeres o los indígenas, en el caso mexicano, son los ejemplos más escandalosos de estos tipo de exclusión). Por otro lado, al centrarse en la impunidad del legislador, o peor, del ejecutivo, la forma en que se adoptan las decisiones queda supeditada a los imperativos de la delegación y del decisionismo, con una justicia constitucional complaciente y la tendencia a una constante deriva tecnocrática en la actuación del texto constitucional.

Desde el punto de vista sustancial, resulta igualmente restringido el alcance de lo decidible. Atenazada por la lógica autorreferencial de las instituciones estatales y la presión de los poderes privados, la esfera de lo que puede o no puede discutirse y decidirse en las democracias legislativas al uso resulta severamente constreñida. Los temas políticos, sociales y económicos de mayor relevancia quedan excluidos de la agenda institucional y con ello, se multiplican, las posibilidades de infracción del texto constitucional.

Como modelo teórico, la democracia constitucional se sitúa en las antípodas de una comprensión de este tipo. Más aun, su puesta en marcha debe entenderse como una

superación de la democracia simplemente legislativa o administrativa, tanto en un sentido formal como sustancial.

Desde el punto de vista formal, en efecto, el constitucionalismo democrático introduce un nuevo procedimentalismo, no ya débil, sino exigente, dirigido a limitar el poder pero con el objeto de asegurar y ampliar, y no de sofocar, nuevos espacios de participación ciudadana tanto en las instituciones como fuera de ellas. De acuerdo a esa concepción, la esfera representativa se presenta como una dimensión relevante de la democracia pero no como la única, y menos aun, como un espacio inmune al control. Por el contrario, el constitucionalismo democrático sólo puede concebirse de manera coherente como un complemento permanente entre las esferas de poder representativo y las de poder social directo, sin que ninguna pueda suplantar a la otra. Evidentemente, se trata de un modelo de democracia muy distinto al que informa las democracias liberales existentes, en las que el poder de las mayorías electorales presenta inconfundibles rasgos de un poder sin control capaz de bloquear los canales de expresión tanto de mayorías sociales como de minorías culturales relevantes, dando lugar así a una democracia restringida, cuando no a una simple oligarquía legitimada de manera democrática con una periodicidad más o menos amplia. Contra ello, el constitucionalismo democrático ha de remover la idea de poderes soberanos o incontrolados, fomentando tanto controles intermedios entre los propios poderes institucionales, como, sobre todo, controles ciudadanos sobre estos últimos.

Nada de esto, evidentemente, es compatible con una justicia constitucional concentrada y deferente, condenada a actuar, bien como cobertura del poder legislativo, y sobre todo del ejecutivo, bien como instrumento antidemocrático al servicio de poderes privados con acceso privilegiado a sus mecanismos de actuación. Ahora bien, la única forma de disminuir esos riesgos en la actuación jurisdiccional es tomarse en serio los procedimientos y democratizar, en un sentido radical, tanto la interpretación de la *veritas* constitucional como la tarea de reparación de las eventuales actuaciones inconstitucionales por parte del poder, neutralizando así su natural tendencia a la autoprogramación. Desde una perspectiva procesal, eso supone sujetar no sólo a la

Suprema Corte o a los tribunales federales, sino a todos los tribunales ordinarios, al respeto y a la aplicación de la Constitución. Lo cual no comporta desplazar el monopolio de la interpretación constitucional desde el ejecutivo o el legislativo a los tribunales, sino por el contrario, quebrar todo monopolio y propiciar un modelo multilateral de reparación de la inconstitucionalidad. Ese modelo habría de estar basado, en primer término, en un mayor diálogo, no condescendiente sino conflictivo, entre los poderes políticos y los jurisdiccionales acerca del contenido constitucional. Y en segundo lugar, en la ampliación, y no en la restricción, de la participación ciudadana en la construcción tanto de las garantías legales como de las jurisdiccionales de los derechos constitucionales, abandonando los canales simplemente individualistas, y por tanto estériles, de impugnación procesal. Las sentencias bilaterales, los reenvíos legislativos o las recomendaciones pueden ser un instrumento eficaz en relación con la primera cuestión. La introducción de amparos colectivos, de acciones de clase o de interés público y los *amici curiae*, constituirían avances importantes en el segundo sentido. Junto a ello, cabrían igualmente mejoras en lo relativo a la publicidad de las actuaciones judiciales en materia constitucional que supriman el secretismo (y hasta irresponsabilidad) con que algunos tribunales suelen actuar.

Todas estas medidas, factibles y experimentadas con éxito tanto en contextos avanzados como en ordenamientos semiperiféricos, encerrarían una mejora en sentido formal, procesal, de la calidad de la democracia mexicana, aquejada de paternalismo, burocratismo y dominio del ejecutivo. Pero también su mejora en un sentido sustancial, es decir, en la ampliación de los temas que pueden ser objeto o no de discusión social. En efecto, ante la ausencia de límites y controles al poder, son éstos, los poderes burocráticos y mercantiles, los que establecen, de manera unilateral, la reducida agenda de lo que puede discutirse o no en una sociedad. Como consecuencia de ello, intereses relevantes, sobre todo los vinculados a las necesidades de los colectivos más vulnerables, quedan progresivamente obliterados, excluidos de lo que puede debatirse en la esfera pública. Una democracia constitucional, en cambio, comporta la permanente activación de interruptores que den luz sobre temas y cuestiones de interés social de otro modo opacadas o simplemente ignoradas por poderes públicos y privados

de distinta laya. Esos interruptores, que actúan bajo la forma de controles políticos, jurídicos y sociales, lejos de fagocitar el espacio de lo público, lo mantienen vivo. En ese sentido, y junto a las visiones que pretenden dramatizar las tensiones entre democracia y constitucionalismo, ha de decirse que un determinado entendimiento de este último, al actuar como técnica de desburocratización y desmercantilización, puede contribuir a politizar y no a despolitizar la sociedad, devolviéndole precisamente la capacidad de apropiarse, más allá de los inevitables controles institucionales, de la autotutela de sus propios intereses y necesidades.

APÉNDICE

APÉNDICE – Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de México.

Título I. Disposiciones Generales.

Artículo 1. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo 2. Para los efectos de esta ley, se considerarán como hábiles todos los días que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 3. Los plazos se computarán de conformidad con las reglas siguientes:

- I. Comenzarán a correr al día siguiente al en que surta sus efectos la notificación, incluyéndose en ellos el día del vencimiento;
- II. Se contarán sólo los días hábiles, y
- III. No correrán durante los periodos de receso, ni en los días en que se suspendan las labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Artículo 4. Las resoluciones deberán notificarse al día siguiente al en que se hubiesen pronunciado, mediante publicación en lista y por oficio entregado en el domicilio de las partes, por conducto del actuario o mediante correo en pieza certificada con acuse de recibo. En casos urgentes, podrá ordenarse que la notificación se haga por vía telegráfica.

Las notificaciones al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos se entenderán con el secretario de Estado o jefe de departamento administrativo a quienes corresponda el asunto, o con el consejero Jurídico del Gobierno, considerando las competencias establecidas en la ley.

Las partes podrán designar a una o varias personas para oír notificaciones, imponerse de los autos y recibir copias de traslado.

Artículo 5. Las partes estarán obligadas a recibir los oficios de notificación que se les dirijan a sus oficinas, domicilio o lugar en que se encuentren. En caso de que las notificaciones se hagan por conducto de actuario, se hará constar el nombre de la persona con quien se entienda la diligencia y si se negare a firmar el acta o a recibir el oficio, la notificación se tendrá por legalmente hecha.

Artículo 6. Las notificaciones surtirán sus efectos a partir del día siguiente al en que hubieren quedado legalmente hechas.

Las notificaciones que no fueren hechas en la forma establecida en este Título serán nulas. Declarada la nulidad se impondrá multa de uno a diez días al responsable, quien en caso de reincidencia será destituido de su cargo.

Artículo 7. Las demandas o promociones de término podrán presentarse fuera del horario de labores, ante el Secretario General de Acuerdos o ante la persona designada por éste.

Artículo 8. Cuando las partes radiquen fuera del lugar de residencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las promociones se tendrán por presentadas en tiempo si los escritos u oficios relativos se depositan dentro de los plazos legales, en las oficinas de correos, mediante pieza certificada con acuse de recibo, o se envían desde la oficina de telégrafos que corresponda. En estos casos se entenderá que las promociones se presentan en la fecha en que las mismas se depositan en la oficina de correos o se envían desde la oficina de telégrafos, según sea el caso, siempre que tales oficinas se encuentren ubicadas en el lugar de residencia de las partes.

Artículo 9. Las multas previstas en esta ley se impondrán a razón de días de salario, sirviendo como base para calcularlas el mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada.

Título II. De las controversias constitucionales.

Capítulo I. De las partes.

Artículo 10. Tendrán el carácter de parte en las controversias constitucionales:

- I. Como actor, la entidad, poder u órgano que promueva la controversia;
- II. Como demandado, la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto que sea objeto de la controversia;
- III. Como tercero o terceros interesados, las entidades, poderes u órganos a que se refiere la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que sin tener el carácter de actores o demandados, pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse; y
- IV. El procurador general de la República.

Artículo 11. El actor, el demandado y, en su caso, el tercero interesado deberán comparecer a juicio por conducto de los funcionarios que, en términos de las normas que los rigen, estén facultados para representarlos. En todo caso, se presumirá que quien comparezca a juicio goza de la representación legal y cuenta con la capacidad para hacerlo, salvo prueba en contrario.

En las controversias constitucionales no se admitirá ninguna forma diversa de representación a la prevista en el párrafo anterior; sin embargo, por medio de oficio podrán acreditarse delegados para que hagan promociones, concurren a las audiencias y en ellas rindan pruebas, formulen alegatos y promuevan los incidentes y recursos previstos en esta ley.

El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos será representado por el secretario de Estado, por el jefe del departamento administrativo o por el consejero Jurídico del Gobierno, conforme lo determine el propio presidente, y considerando para tales efectos las competencias establecidas en la ley. El acreditamiento de la personalidad de estos servidores públicos y su suplencia se harán en los términos previstos en las leyes o reglamentos interiores que correspondan.

Capítulo II. De los incidentes. Sección I. De los incidentes en general.

Artículo 12. Son incidentes de especial pronunciamiento el de nulidad de notificaciones, el de reposición de autos y el de falsedad de documentos. Cualquier otro incidente que surja en el juicio, con excepción del relativo a la suspensión, se fallará en la sentencia definitiva.

Artículo 13. Los incidentes de especial pronunciamiento podrán promoverse por las partes ante el Ministro instructor antes de que se dicte sentencia.

Tratándose del incidente de reposición de autos, el Ministro instructor ordenará certificar la existencia anterior y la falta posterior del expediente, quedando facultado para llevar a cabo aquellas investigaciones que no sean contrarias a derecho.

Los incidentes se sustanciarán en una audiencia en la que el Ministro instructor recibirá las pruebas y los alegatos de las partes y dictará la resolución que corresponda.

Capítulo II. De los incidentes. Sección II. De la suspensión.

Artículo 14. Tratándose de las controversias constitucionales, el Ministro instructor, de oficio o a petición de parte, podrá conceder la suspensión del acto que las motivare, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva. La suspensión se concederá con base en los elementos que sean proporcionados por las partes o recabados por el Ministro instructor en términos del artículo 35, en aquello que resulte aplicable.

La suspensión no podrá otorgarse en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales.

Artículo 15. La suspensión no podrá concederse en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.

Artículo 16. La suspensión se tramitará por vía incidental y podrá ser solicitada por las partes en cualquier tiempo hasta antes de que se dicte sentencia definitiva.

Artículo 17. Hasta en tanto no se dicte la sentencia definitiva, el Ministro instructor podrá modificar o revocar el auto de suspensión por él mismo dictado, siempre que ocurra un hecho superveniente que lo fundamente.

Si la suspensión hubiere sido concedida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el recurso de reclamación previsto en el artículo 51, el Ministro instructor someterá a la consideración del propio Pleno los hechos supervenientes que fundamenten la modificación o revocación de la misma, a efecto de que éste resuelva lo conducente.

Artículo 18. Para el otorgamiento de la suspensión deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional. El auto o la interlocutoria mediante el cual se otorgue deberá señalar con precisión los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva.

Capítulo III. De la improcedencia y del sobreseimiento.

Artículo 19. Las controversias constitucionales son improcedentes:

- I. Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- II. Contra normas generales o actos en materia electoral;
- III. Contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez;
- IV. Contra normas generales o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de

invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia;

VI Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto;

VII. Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21; y

VIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de esta ley.

En todo caso, las causales de improcedencia deberán examinarse de oficio.

Artículo 20. El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

I. Cuando la parte actora se desista expresamente de la demanda interpuesta en contra de actos, sin que en ningún caso pueda hacerlo tratándose de normas generales;

II. Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo anterior;

III. Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma o acto materia de la controversia, o cuando no se probare la existencia de ese último; y

IV. Cuando por convenio entre las partes, haya dejado de existir el acto materia de la controversia, sin que en ningún caso ese convenio pueda recaer sobre normas generales.

Capítulo IV. De la demanda y su contestación.

Artículo 21. El plazo para la interposición de la demanda será:

I. Tratándose de actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;

II. Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia; y

III. Tratándose de los conflictos de límites distintos de los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de sesenta días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que los origine.

Artículo 22. El escrito de demanda deberá señalar:

I. La entidad, poder u órgano actor, su domicilio y el nombre y cargo del funcionario que los represente;

II. La entidad, poder u órgano demandado y su domicilio;

III. Las entidades, poderes u órganos terceros interesados, si los hubiere, y sus domicilios;

IV. La norma general o acto cuya invalidez se demande, así como, en su caso, el medio oficial en que se hubieran publicado;

V. Los preceptos constitucionales que, en su caso, se estimen violados;

VI. La manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor y que constituyan los antecedentes de la norma general o acto cuya invalidez se demande, y

VII. Los conceptos de invalidez.

Artículo 23. El escrito de contestación de demanda deberá contener, cuando menos:

I. La relación precisa de cada uno de los hechos narrados por la parte actora, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron; y

II. Las razones o fundamentos jurídicos que se estimen pertinentes para sostener la validez de la norma general o acto de que se trate.

Capítulo V. De la instrucción.

Artículo 24. Recibida la demanda, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designará, según el turno que corresponda, a un Ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución.

Artículo 25. El Ministro instructor examinará ante todo el escrito de demanda, y si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará de plano.

Artículo 26. Admitida la demanda, el Ministro instructor ordenará emplazar a la parte demandada para que dentro del término de treinta días produzca su contestación, y dará vista a las demás partes para que dentro del mismo plazo manifiesten lo que a su derecho convenga.

Al contestar la demanda, la parte demandada podrá, en su caso, reconvenir a la actora, aplicándose al efecto lo dispuesto en esta ley para la demanda y contestación originales.

Artículo 27. El actor podrá ampliar su demanda dentro de los quince días siguientes al de la contestación si en esta última apareciere un hecho nuevo, o hasta antes de la fecha de cierre de la instrucción si apareciere un hecho superveniente. La ampliación de la demanda y su contestación se tramitarán conforme a lo previsto para la demanda y contestación originales.

Artículo 28. Si los escritos de demanda, contestación, reconvencción o ampliación fueren oscuros o irregulares, el Ministro instructor prevendrá a los promoventes para que subsanen las irregularidades dentro del plazo de cinco días.

De no subsanarse las irregularidades requeridas, y si a juicio del Ministro instructor la importancia y trascendencia del asunto lo amerita, correrá traslado al procurador general de la República por cinco días, y con vista en su pedimento si lo hiciere, admitirá o desechará la demanda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Artículo 29. Habiendo transcurrido el plazo para contestar la demanda y, en su caso, su ampliación o la reconvencción, el Ministro instructor señalará fecha para una audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas que deberá verificarse dentro de los treinta días

siguientes. El Ministro instructor podrá ampliar el término de celebración de la audiencia, cuando la importancia y trascendencia del asunto así lo amerite.

Artículo 30. La falta de contestación de la demanda o, en su caso, de la reconvenición dentro del plazo respectivo, hará presumir como ciertos los hechos que se hubieren señalado en ellas, salvo prueba en contrario, siempre que se trate de hechos directamente imputados a la parte actora o demandada, según corresponda.

Artículo 31. Las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas, excepto la de posiciones y aquellas que sean contrarias a derecho. En cualquier caso, corresponderá al ministro instructor desechar de plano aquellas pruebas que no guarden relación con la controversia o no influyan en la sentencia definitiva.

Artículo 32. Las pruebas deberán ofrecerse y rendirse en la audiencia, excepto la documental que podrá presentarse con anterioridad, sin perjuicio de que se haga relación de ella en la propia audiencia y se tenga como recibida en ese acto, aunque no exista gestión expresa del interesado.

Las pruebas testimonial, pericial y de inspección ocular deberán anunciarse diez días antes de la fecha de la audiencia, sin contar esta última ni la de ofrecimiento, exhibiendo copia de los interrogatorios para los testigos y el cuestionario para los peritos, a fin de que las partes puedan repreguntar en la audiencia. En ningún caso se admitirán más de tres testigos por cada hecho.

Al promoverse la prueba pericial, el Ministro instructor designará al perito o peritos que estime convenientes para la práctica de la diligencia. Cada una de las partes podrá designar también un perito para que se asocie al nombrado por el Ministro instructor o rinda su dictamen por separado. Los peritos no son recusables, pero el nombrado por el Ministro instructor deberá excusarse de conocer cuando en él ocurra alguno de los impedimentos a que se refiere la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 33. A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas, todas las autoridades tienen obligación de expedirles oportunamente las copias o documentos que soliciten y,

en caso contrario, pedirán al Ministro instructor que requiera a los omisos. Si a pesar del requerimiento no se expidieren las copias o documentos, el Ministro instructor, a petición de parte, hará uso de los medios de apremio y denunciará a la autoridad omisa por desobediencia a su mandato.

Artículo 34. Las audiencias se celebrarán con o sin la asistencia de las partes o de sus representantes legales. Abierta la audiencia se procederá a recibir, por su orden, las pruebas y los alegatos por escrito de las partes.

Artículo 35. En todo tiempo, el Ministro instructor podrá decretar pruebas para mejor proveer, fijando al efecto fecha para su desahogo. Asimismo, el propio Ministro podrá requerir a las partes para que proporcionen los informes o aclaraciones que estime necesarios para la mejor resolución del asunto.

Artículo 36. Una vez concluida la audiencia, el Ministro instructor someterá a la consideración del Tribunal Pleno el proyecto de resolución respectivo en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Artículo 37. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a solicitud de alguno de sus integrantes podrá, mediante acuerdos generales, acordar el aplazamiento de la resolución de los juicios de amparo radicados en ella, hasta en tanto se resuelva una controversia constitucional siempre que las normas impugnadas en unos y otra fueren las mismas. En este supuesto, no correrá el término de caducidad previsto en el artículo 74, fracción V, de la Ley de Amparo.

Artículo 38. No procederá la acumulación de controversias, pero cuando exista conexidad entre dos o más de ellas y su estado procesal lo permita, podrá acordarse que se resuelvan en la misma sesión.

Capítulo VI. De las sentencias.

Artículo 39. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación corregirá los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y examinará en su conjunto los razonamientos de las partes a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada.

Artículo 40. En todos los casos la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá suplir la deficiencia de la demanda, contestación, alegatos o agravios.

Artículo 41. Las sentencias deberán contener:

I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados;

II. Los preceptos que la fundamenten;

III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados;

IV. Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada;

V. Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen;

VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

Artículo 42. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En aquellas controversias respecto de normas generales en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

En todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos 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 éstos federales o locales.

Artículo 44. Dictada la sentencia, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará notificarla a las partes, y mandará publicarla de manera íntegra en el Semanario Judicial de la Federación, conjuntamente con los votos particulares que se formulen.

Cuando en la sentencia se declare la invalidez de normas generales, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará, además, su inserción en el Diario Oficial de la Federación y en el órgano oficial en que tales normas se hubieren publicado.

Artículo 45. Las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

Capítulo VII. De la ejecución de sentencias.

Artículo 46. Las partes condenadas informarán en el plazo otorgado por la sentencia, del cumplimiento de la misma al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien resolverá si aquélla ha quedado debidamente cumplida.

Una vez transcurrido el plazo fijado en la sentencia para el cumplimiento de alguna actuación sin que ésta se hubiere producido, las partes podrán solicitar al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que requiera a la obligada para que de inmediato informe sobre su cumplimiento. Si dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de dicho requerimiento la ejecutoria no estuviere cumplida, cuando la naturaleza del acto así lo permita, no se encontrase en vía de ejecución o se tratase de eludir su cumplimiento, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará el asunto al Ministro ponente para que someta al Pleno el proyecto por el cual se aplique el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 47. Cuando cualquiera autoridad aplique una norma general o acto declarado inválido, cualquiera de las partes podrá denunciar el hecho ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien dará vista a la autoridad señalada como responsable, para que en el plazo de quince días deje sin efectos el acto que se le reclame, o para que alegue lo que conforme a derecho corresponda.

Si en los casos previstos anteriormente, las autoridades no dejan sin efectos los actos de que se trate, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará el asunto al Ministro ponente para que a la vista de los alegatos, si los hubiere, someta al Tribunal Pleno la resolución respectiva a esta cuestión. Si el Pleno declara que efectivamente hay una repetición o aplicación indebida de una norma general o acto declarado inválido, mandará que se cumpla con lo dispuesto por el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 48. Lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderá sin perjuicio de que el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haga cumplir la ejecutoria de que se trate, dictando las providencias que estime necesarias.

Artículo 49. Cuando en términos de los artículos 46 y 47, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hiciera una consignación por incumplimiento de ejecutoria o por repetición del acto invalidado, los Jueces de Distrito se limitarán a sancionar los hechos materia de la consignación en los términos que prevea la legislación penal federal para el delito de abuso de autoridad.

Si de la consignación hecha por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o durante la secuela del proceso penal, se presume la posible comisión de un delito distinto a aquel que fue materia de la propia consignación, se procederá en los términos dispuestos en la parte final del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en lo que sobre el particular establezcan los ordenamientos de la materia.

Artículo 50. No podrá archivarse ningún expediente sin que quede cumplida la sentencia o se hubiere extinguido la materia de la ejecución.

Capítulo VIII. De los recursos. Sección I. De la reclamación.

Artículo 51. El recurso de reclamación procederá en los siguientes casos:

- I. Contra los autos o resoluciones que admitan o desechen una demanda, su contestación o sus respectivas ampliaciones;
- II. Contra los autos o resoluciones que pongan fin a la controversia o que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar un agravio material a alguna de las partes no reparable en la sentencia definitiva;
- III. Contra las resoluciones dictadas por el Ministro instructor al resolver cualquiera de los incidentes previstos en el artículo 12;
- IV. Contra los autos del Ministro instructor en que se otorgue, niegue, modifique o revoque la suspensión;
- V. Contra los autos o resoluciones del Ministro instructor que admitan o desechen pruebas;

VI. Contra los autos o resoluciones del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tengan por cumplimentadas las ejecutorias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y

VII. En los demás casos que señale esta ley.

Artículo 52. El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días y en él deberán expresarse agravios y acompañarse pruebas.

Artículo 53. El recurso de reclamación se promoverá ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga. Transcurrido este último plazo, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación turnará los autos a un Ministro distinto del instructor a fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al Tribunal Pleno.

Artículo 54. Cuando el recurso de reclamación se interponga sin motivo, se impondrá al recurrente o a su representante, a su abogado o a ambos, una multa de diez a ciento veinte días de salario.

Capítulo VIII. De los recursos. Sección II. De la queja.

Artículo 55. El recurso de queja es procedente:

- I. Contra la parte demandada o cualquier otra autoridad, por violación, exceso o defecto en la ejecución del auto o resolución por el que se haya concedido la suspensión; y
- II. Contra la parte condenada, por exceso o defecto en la ejecución de una sentencia.

Artículo 56. El recurso de queja se interpondrá:

- I. En los casos de la fracción I del artículo 55, ante el Ministro instructor hasta en tanto se falle la controversia en lo principal; y
- II. Tratándose de la fracción II del propio artículo 55, ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del año siguiente al de la notificación a la parte

interesada de los actos por los que se haya dado cumplimiento a la sentencia, o al en que la entidad o poder extraño afectado por la ejecución tenga conocimiento de esta última.

Artículo 57. Admitido el recurso se requerirá a la autoridad contra la cual se hubiere interpuesto para que dentro de un plazo de quince días deje sin efectos la norma general o acto que diere lugar al recurso o, para que rinda un informe y ofrezca pruebas. La falta o deficiencia de este informe establecerá la presunción de ser ciertos los hechos imputados, sin perjuicio de que se le imponga una multa de diez a ciento ochenta días de salario.

Transcurrido el término señalado en el párrafo anterior y siempre que subsista la materia del recurso, en el supuesto de la fracción I del artículo precedente, el Ministro instructor fijará fecha para la celebración de una audiencia dentro de los diez días siguientes a fin de que se desahoguen las pruebas y se formulen por escrito los alegatos; para el caso de la fracción II, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, turnará el expediente a un Ministro instructor para los mismos efectos.

Artículo 58. El Ministro instructor elaborará el proyecto de resolución respectivo y lo someterá al Tribunal Pleno, quien de encontrarlo fundado, sin perjuicio de proveer lo necesario para el cumplimiento debido de la suspensión o para la ejecución de que se trate, determine en la propia resolución lo siguiente:

I. Si se trata del supuesto previsto en la fracción I del artículo 55, que la autoridad responsable sea sancionada en los términos establecidos en el Código Penal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto hace a la desobediencia cometida, independientemente de cualquier otro delito en que incurra; y

II. En el caso a que se refiere la fracción II del artículo 55, que se aplique lo dispuesto en el último párrafo del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Título III. De las acciones de inconstitucionalidad.

Capítulo I. Disposiciones Generales.

Artículo 59. En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el Título II.

Artículo 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles.

Artículo 61. La demanda por la que se ejercita la acción de inconstitucionalidad deberá contener:

- I. Los nombres y firmas de los promoventes;
- II. Los órganos legislativos y ejecutivo que hubieran emitido y promulgado las normas generales impugnadas;
- III. La norma general cuya invalidez se reclame y el medio oficial en que se hubiere publicado;
- IV. Los preceptos constitucionales que se estimen violados; y
- V. Los conceptos de invalidez.

Artículo 62. En los casos previstos en los incisos a), b), d) y e) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la demanda en que se ejercite la acción deberá estar firmada por cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes de los correspondientes órganos legislativos.

La parte demandante, en la instancia inicial, deberá designar como representantes comunes a cuando menos dos de sus integrantes, quienes actuarán conjunta o separadamente durante todo el procedimiento y aun después de concluido éste. Si no se designaren representantes comunes, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo hará de oficio. Los representantes comunes podrán acreditar delegados para

que hagan promociones, concurren a las audiencias y en ellas rindan pruebas y formulen alegatos, así como para que promuevan los incidentes y recursos previstos en esta ley.

En los términos previstos por el inciso f) de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se considerarán parte demandante en los procedimientos por acciones en contra de leyes electorales, además de las señaladas en la fracción I del artículo 10 de esta ley, a los partidos políticos con registro por conducto de sus dirigencias nacionales o estatales, según corresponda, a quienes les será aplicable, en lo conducente, lo dispuesto en los dos primeros párrafos del artículo 11 de este mismo ordenamiento.

Artículo 63. El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos será representado en las acciones de inconstitucionalidad en términos del tercer párrafo del artículo 11 de esta ley.

Capítulo II. Del procedimiento.

Artículo 64. Iniciado el procedimiento, conforme al artículo 24, si el escrito en que se ejercita la acción fuere oscuro o irregular, el Ministro instructor prevendrá al demandante o a sus representantes comunes para que hagan las aclaraciones que correspondan dentro del plazo de cinco días. Una vez transcurrido este plazo, dicho Ministro dará vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma y el órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, para que dentro del plazo de quince días rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Tratándose del Congreso de la Unión, cada una de las cámaras rendirá por separado el informe previsto en este artículo.

En los procedimientos por acciones en contra de leyes electorales, los plazos a que se refiere el párrafo anterior serán, respectivamente, de tres días para hacer aclaraciones y de seis días para rendir el informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la constitucionalidad de la ley impugnada.

La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada.

Artículo 65. En las acciones de inconstitucionalidad, el Ministro instructor de acuerdo al artículo 25, podrá aplicar las causales de improcedencia establecidas en el artículo 19 de esta ley, con excepción de su fracción II respecto de leyes electorales, así como las causales de sobreseimiento a que se refieren las fracciones II y III del artículo 20.

La causales previstas en las fracciones III y IV del artículo 19 sólo podrán aplicarse cuando los supuestos contemplados en éstas se presenten respecto de otra acción de inconstitucionalidad.

Artículo 66. Salvo en los casos en que el procurador general de la República hubiere ejercitado la acción, el Ministro instructor le dará vista con el escrito y con los informes a que se refiere el artículo anterior, a efecto de que hasta antes de la citación para sentencia, formule el pedimento que corresponda.

Artículo 67. Después de presentados los informes previstos en el artículo 64 o habiendo transcurrido el plazo para ello, el Ministro instructor pondrá los autos a la vista de las partes a fin de que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos.

Cuando la acción intentada se refiera a leyes electorales, el plazo señalado en el párrafo anterior será de dos días.

Artículo 68. Hasta antes de dictarse sentencia, el Ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.

Cuando la acción de inconstitucionalidad se interponga en contra de una ley electoral, el Ministro instructor podrá solicitar opinión a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Agotado el procedimiento, el Ministro instructor propondrá al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el proyecto de sentencia para la resolución definitiva del asunto planteado.

En los casos de materia electoral, el proyecto de sentencia a que se refiere el párrafo anterior deberá ser sometido al Pleno dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya agotado el procedimiento, debiéndose dictar el fallo por el Pleno a más tardar en un plazo de cinco días, contados a partir de que el ministro instructor haya presentado su proyecto.

Artículo 69. El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de oficio o a petición de parte, podrá decretar la acumulación de dos o más acciones de inconstitucionalidad siempre que en ellas se impugne la misma norma.

Cuando exista conexidad entre acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo, se estará a lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Artículo 70. El recurso de reclamación previsto en el artículo 51 únicamente procederá en contra de los autos del Ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción.

En materia electoral el plazo para interponer el recurso de reclamación a que se refiere el párrafo anterior será de tres días y el Pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

Capítulo III. De las sentencias.

Artículo 71. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial.

Las sentencias que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, sólo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial.

Artículo 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

Artículo 73. Las sentencias se registrarán por lo dispuesto en los artículos 41, 43, 44 y 45 de esta ley.

Artículos transitorios.

Primero. El presente decreto entrará en vigor 30 días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. Las controversias constitucionales y ordinarias pendientes de resolución a la entrada en vigor del presente decreto, se tramitarán y resolverán en los términos establecidos en las disposiciones aplicables al momento en que se iniciaron.

Tercero. Se derogan los párrafos segundo a cuarto, inclusive, del artículo 12 de la Ley de Coordinación Fiscal, así como todas las disposiciones legales y reglamentarias que se opongan a esta ley.

Cuarto. En tanto entra en vigor el presente decreto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictará los acuerdos generales necesarios para la debida aplicación de esta ley.

Artículos transitorios del decreto de Reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de noviembre de 1996.

Primero. Las reformas de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a que se refiere el artículo SEGUNDO del presente decreto, entrarán en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. En cumplimiento del segundo párrafo del artículo SEGUNDO transitorio del decreto de Reformas y Adiciones a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de agosto de 1996, el plazo para ejercitar las acciones de inconstitucionalidad en contra de las legislaciones electorales federal y locales, que se expidan antes del 1o. de abril de 1997, será de quince días naturales y serán resueltas de plano y en definitiva por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sin sujetarse al procedimiento o plazos señalados en los artículos 64 al 70 de la ley que se reforma por el presente decreto, en un plazo no mayor de quince días hábiles a partir de la presentación del escrito respectivo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El surgimiento de las formas iniciales de justicia constitucional tanto en Estados Unidos como en Europa aparece acompañado, con frecuencia, de situaciones de dudosa legitimidad democrática y de escaso fundamento legal. En Estados Unidos para evitar las medidas contrarias a la propiedad privada y favorables a los deudores en las legislaturas locales. En Europa ante el temor de que los partidos obreros se hicieran con el control de los parlamentos una vez que obtuvieron el sufragio universal (masculino).

SEGUNDA. Las teorías sobre las que se ha tratado de fundamentar la existencia de los sistemas de justicia constitucional no dan cuenta, sin embargo, de estos mismos hechos sino que se apoyan, respectivamente, en la idea de supremacía constitucional y en la idea de reparto competencial propio del Estado Federal.

TERCERA. La justificación norteamericana de las decisiones del Tribunal Supremo frente a las mayorías, es la invocación de las supermayorías que hipotéticamente habrían participado en el proceso constituyente. Esta legitimidad sería la que le permitiría abordar directamente la contradicción entre las decisiones del constituyente y las del legislador.

CUARTA. Esta justificación no estaba disponible en el caso europeo, cuyos procesos constituyentes eran a todas luces menos democráticos que sus sistemas legislativos. En este contexto, la obra de Kelsen tendrá como principal utilidad la de fundamentar la justicia constitucional esquivando el problema democrático. Kelsen va a llevar a sus últimas consecuencias el principio competencial propio de los sistemas federales, estableciendo que todos los órganos, incluyendo los federales, sólo pueden aprobar normas válidamente, dentro del ámbito de su competencia y conforme a los procedimientos prescritos por el derecho. No hay aquí contraste entre lo decidido por el constituyente y lo decidido por el legislador puesto que al primero tan sólo le corresponde decidir cómo decidirá el segundo. Por su parte, el Tribunal Constitucional no interfiere con ninguno de los dos porque no legisla, es un legislador negativo. Las constituciones realmente existentes, sin embargo, nunca respondieron a este modelo de

absoluta neutralidad formalista sino que llevaban incorporadas opciones sustantivas (en favor de la propiedad, de los varones sobre las mujeres, etc.).

QUINTA. Las citadas discrepancias entre fundamentación o justificación teórica y origen en los hechos, se desarrollarán en Europa y Estados Unidos en forma de lo que podemos calificar como obsesión por el legislador negativo y obsesión contramayoritaria, respectivamente.

SEXTA. Las transformaciones operadas en las Constituciones europeas a lo largo del s. XX con la preeminencia alcanzada por los derechos fundamentales y el surgimiento del Estado social, hicieron inviable tanto la pretensión de un control meramente técnico (por oposición a valorativo) de las normas, como el remedio de la nulidad al que la idea del legislador negativo aparecía asociado. Pese a ello, la doctrina no evolucionó en sus formas de justificación y legitimación de los Tribunales Constitucionales, provocando considerables dificultades. De un lado, porque ha obligado a deformar el sentido de las instituciones previstas en las normas (nulidad, efectos generales, etc.). De otro, porque si los tribunales pretenden adoptar decisiones materialmente defendibles se ven obligados a traicionar su papel de legislador negativo, socavando su legitimidad técnico formal y a cargar con la acusación de “politizar” la justicia. Si por el contrario pretenden mantenerse en las técnicas kelsenianas tradicionales, su legitimidad se resiente desde el punto de vista del acierto de sus decisiones. A este dilema es al que cabe denominar “obsesión por el legislador negativo”.

SÉPTIMA. La justificación norteamericana basada en la superdemocraticidad del proceso constituyente se volvió insostenible por tres tipos de razones. De un lado porque el mero paso del tiempo rebajó la importancia de esta presunta ventaja cuantitativa. De otro, porque la mayoría que participó en dichos procesos no era ya considerada mayoritaria en la medida en que excluyó a las mujeres, los indígenas norteamericanos o los esclavos afro-americanos. Y, por último, porque el distanciamiento cultural respecto del mundo en que se aprobó la Constitución, hacían de ésta un texto cuyo sentido ya no era posible percibir de forma inmediata, sino tan sólo

suponer o, en el peor de los casos, inventar. En un contexto así, las acciones del Tribunal invalidando normas de los órganos con legitimidad democrática dieron lugar a acusaciones de no democraticidad. Para hacerles frente surgieron toda una serie de nuevas justificaciones no basadas ya en esta presunta superlegitimidad de origen del proceso constituyente, sino en otros valores (defensa de las minorías, participación, etc.). Este problema de la democraticidad o no del Tribunal Supremo puede denominarse “obsesión contramayoritaria”.

OCTAVA. Las dificultades antes anunciadas parecen sugerir la necesidad de buscar alguna forma alternativa de justificar la existencia de Tribunales Constitucionales. Si se pretende apelar a que sólo actuarán como legisladores negativos con juicios técnico formales o a su labor de defensa de las decisiones originarias del constituyente, ambos caminos parecen agotados, tanto en la teoría como, sobre todo, en la práctica.

NOVENA. La evolución de la Suprema Corte de Justicia en México hasta las reformas de 1994 ha reflejado un proceso de sometimiento e incorporación al poder político que la han colocado en una posición sumamente marginal como defensora de los valores constitucionales.

DÉCIMA. Las reformas constitucionales de 1994 han supuesto la creación, más por agregación que como consecuencia de un diseño sistemático, de un peculiar sistema mixto de justicia constitucional difuso (amparo) y concentrado (acción y controversia constitucionales).

UNDÉCIMA. La adopción de estas reformas coincide con un momento de cambio global en la realidad política y económica del país. En la realidad política porque se produce en la última Presidencia adquirida conforme al antiguo sistema cooptativo y antidemocrático controlado por el PRI. En la realidad económica porque coincide con el intento de incorporar a México a la economía mundializada por la vía neoliberal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Coincide también, por otra parte, con los movimientos de reacción y protesta ante estas transformaciones, protagonizados,

entre otros, por los pueblos indígenas alzados como Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

DUODÉCIMA. El análisis de la actuación de la Suprema Corte arroja un balance sumamente negativo. Ésta ha actuado como mero órgano de legitimación de las decisiones adoptadas por el poder político, sin interferir nunca con las normas federales y sólo muy marginalmente con las estatales o las municipales.

DECIMOTERCERA. La actividad más intensa de la Suprema Corte es la que se refiere a la materia electoral. En este caso, muchas de sus decisiones no corresponden, en sentido estricto, a justicia constitucional y hasta las reformas de 1999 eran adoptadas por el Tribunal Federal Electoral. Con todo, tampoco en este caso se han producido decisiones en el orden federal, sino sólo en el nivel estatal.

DECIMOCUARTA. La Corte que fue políticamente modificada con la finalidad de proteger al antiguo poder priísta frente a posibles transformaciones adoptadas por vía democrática (es decir, una Corte de tipo “antidemocrático”), se ha convertido, paradójicamente, en una Corte deferente ante el nuevo poder político que, en lo sustancial, coincide económica y socialmente con el anterior (es decir, una Corte de tipo “superfluo”). Esta situación no parece resoluble sin importantes cambios por las razones que se exponen en orden inverso de importancia en las conclusiones decimoquinta a decimoctava.

DECIMOQUINTA. La Corte adolece de un importante déficit de legitimidad de origen. Su nombramiento bordeó el golpe de estado constitucional y su selección estuvo marcada por el declarado interés priísta de asegurarse un órgano favorable para los siguientes quince años. Una composición de este tipo hace muy difícil un funcionamiento plenamente democrático y constitucional de la Corte.

DECIMOSEXTA. La regulación de la acción y la controversia son sumamente defectuosas tanto técnica como políticamente. Técnicamente porque la falta de diseño

global de las reformas ha conducido a una inadecuada integración de las diferentes formas de impugnación de la constitucionalidad de las normas (amparo, acción, controversia), a una muy confusa previsión sobre los efectos de las sentencias tanto en el tiempo como respecto de su generalidad o no, a un tratamiento conjunto de la invalidez de los actos y las normas que amenaza con hacer inútiles muchas de las decisiones de la Corte, a la no previsión de los casos de inconstitucionalidad por omisión, a un tratamiento incompleto de la invalidez de los Tratados Internacionales, a la no previsión de las formas de coordinación de la Corte con otros organismos que puedan adoptar decisiones jurisdiccionales en el marco de los procesos de integración regional, a una muy dudosa determinación del tipo de normas que pueden ser objeto de control y a la posibilidad o no de existencia de normas interpuestas como parámetros de la constitucionalidad. Políticamente, porque tiende a la concentración del poder en lugar de a su difusión excluyendo justamente a quienes más necesitados estarían de protección constitucional. Ello se traduce en una legitimación activa sumamente restrictiva de la que se excluyen a todos los posibles defensores de las minorías puesto que, hasta en el caso de las presuntas “minorías” parlamentarias, el requisito de contar con el 33 % de los diputados o senadores hace que nos encontremos más ante mayorías que ante minorías, además de no haberse previsto la posibilidad de que los jueces planteen cuestiones de inconstitucionalidad lo que supone insistir en la vía de la concentración de la jurisdicción constitucional. Lo cual se combina con un plazo muy exigente de 30 días que puede frustrar un buen número de iniciativas cuando éstas deban tramitarse (como normalmente será el caso) por acuerdo bien de varios grupos parlamentarios, bien de órganos legislativos estatales o de órganos colegiales municipales.

DECIMOSÉPTIMA. El estado actual en que se encuentra el texto constitucional, tras una acumulación de innumerables reformas, hace que éste aparezca como sumamente confuso y desordenado, resultando casi imposible determinar un sentido unívoco de sus preceptos y obligando a ejercicios interpretativos que se acercan a la suplantación del propio constituyente. Un texto de estas características supone un obstáculo casi

insuperable para una Corte que aspire a adoptar decisiones en un marco de seguridad jurídica y de no arbitrariedad.

DECIMOCTAVA. Sin duda, la razón fundamental para la imposible actuación plena de la Corte estriba en la desustancialización constitucional que han operado las numerosas reformas. Setenta años de cambios en manos de gobiernos autoritarios que han ido moldeando a su gusto el texto constitucional, lo han desfigurado de tal modo que ya no sólo es que resulte discutible que nos encontremos ante la misma constitución, sino que es dudoso que se trate de una constitución. En este contexto, defender la normatividad de la Constitución puede ser lo más opuesto a la defensa de los valores constitucionales sustantivos y, con ello, un ataque a la posibilidad misma de existencia de la justicia constitucional.

DECIMONOVENA. Dado las dudosas credenciales democráticas del surgimiento de la jurisdicción constitucional en numerosos países (incluido México), las dificultades con las que se encuentra su justificación teórica y práctica (obsesión del legislador negativo y obsesión contramayoritaria) y la muy defectuosa recepción de esta institución en México, sólo resulta coherente defender su implantación si se dispone de un arreglo institucional y de una base teórica que le permita escapar de la tenaza a la que parece condenada: la que forman lo antidemocrático y lo superfluo.

VIGÉSIMA. La justicia constitucional sólo resulta compatible con una democracia constitucional plena en la medida en que sirva como canal de amplificación de los movimientos sociales que traten de dar efectividad a los valores transformadores encarnados en el constitucionalismo social. Ello supone, de un lado, abrir vías para la introducción en el debate de los sujetos (mayoritarios o minoritarios) y temas excluidos. De otro, la existencia de una jurisdicción beligerante contra los excesos del poder (públicos y privados) y comprometida con una democratización radical de su propio ejercicio. Las vías concretas que parecen apuntar en esta dirección no pasan por la concentración del “monopolio del rechazo” y de la nulidad como “sanción”, sino por un entendimiento más complejo y relacional de las relaciones políticas como el que favorecen desde una perspectiva procesal sujetar no sólo a la Suprema Corte o a los

tribunales federales, sino a todos los tribunales ordinarios, al respeto y a la aplicación de la Constitución, propiciar un modelo multilateral de reparación de la inconstitucionalidad basado en un mayor diálogo, no condescendiente sino conflictivo, entre los poderes políticos y los jurisdiccionales acerca del contenido constitucional, en la ampliación, y no en la restricción, de la participación ciudadana en la construcción tanto de las garantías legales como de las jurisdiccionales de los derechos constitucionales, abandonando los canales simplemente individualistas, y por tanto estériles, de impugnación procesal. Las sentencias bilaterales, los reenvíos legislativos o las recomendaciones, la introducción de amparos colectivos, de acciones de clase o de interés público y los *amici curiae*, constituirían avances importantes. Junto a ello, cabrían igualmente mejoras en lo relativo a la publicidad de las actuaciones judiciales en materia constitucional que supriman el secretismo (y hasta irresponsabilidad) con que algunos tribunales parecen querer actuar.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBAMONTE, Giuseppe, Il processo costituzionale italiano, tomo I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1957.
2. ACKERMAN, Bruce y GOLOVE, David, Is NAFTA constitutional?, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995.
3. ACKERMAN, Bruce, Social Justice in the Liberal State, Yale University Press, New Haven, 1980.
4. ACKERMAN, Bruce, We the People: Foundations, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.
5. ACOSTA Sánchez, José, Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional, Tecnos, Madrid, 1998.
6. ACUÑA Soto, Víctor, Integración desigual: el caso de México en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
7. AGUIAR de Luque, L., “El Tribunal Constitucional y la función legislativa. El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 24, 1987.
8. AHUMADA Ruiz, M.^aA., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.
9. AJA, Eliseo (editor), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
10. ALBA Navarro, M., “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83.
11. ALEGRE Martínez, M. Á., Justicia Constitucional y control Preventivo, Universidad de León, León 1995.
12. ARBÓS, Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 44, 1995.

13. ARINAS de Melo Franco, Alfonso, “El constitucionalismo brasileño en la primera mitad del siglo XIX”, traducción de Enrique Helguera Soiné en el volumen colectivo VV.AA., El constitucionalismo a mediados del siglo XIX, tomo I, UNAM, México, 1957.
14. ARTEGA Nava, Elisur, La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. El caso Tabasco, Monte Alto, México 1996.
15. AUERBACH, Carl, “The reapportionment cases: one person, one vote, one value”, en *Supreme Court Review*, núm. 1, 1964.
16. BACHOF, Otto, Jueces y Constitución, Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y prólogo de Tomás Ramón Fernández, Madrid, Cuadernos Civitas, 1987.
17. BALAGUER Callejón, Francisco, Fuentes del Derecho, II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos, Tecnos, Madrid, 1992.
18. BALBUENA Cisneros, Arminda y GUEVARA Hernández, Carlos Alberto, La autonomía del poder judicial federal y el consejo de la judicatura en México, Tesis de Licenciatura, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1995.
19. BARILE, P., CHELI, E., GRAS, S. (eds.), Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Il Mulino, Bolonia, 1998.
20. BARRAGÁN Barragán, José, Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861, UNAM, México, 1980.
21. BATTAGLINI, Mario, Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi, Giuffrè, Milano, 1975.
22. BAUDREZ, Maryse, “Chronique. Italie. La vie de la Cour constitutionnelle en 1995 et 1996”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, 1997.
23. BAYÓN, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985.

24. BAZÁN, V. (ed.), Desafíos del control de constitucionalidad, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
25. BAZÁN, V., “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, V. (ed.), Desafíos del control de constitucionalidad, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996;
26. BEAUTÉ, Jean, Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke (1552-1634). Ses idées politiques et constitutionnelles, PUF, París, 1975.
27. BENSON, R. Jr., The Supreme Court and the Commerce Clause, 1937-1970, Dunellen, Nueva York, 1970.
28. BERGER, Raoul, Congress v. The Supreme Court, Harvard U. P., Cambridge (Mass.), 1969.
29. BERGER, Raoul, Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977.
30. BICKEL, Alexander, The Least Dangerous Branch, Yale University Press, New Haven, 1962.
31. BIDART Campos, G.J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, UNAM, México, núm. 6, 1979.
32. BLACK, Charles L. Jr., ., The people and the Court; judicial review in a democracy, MacMillan, New York, 1960.
33. BLACK, Charles L. Jr., “The Supreme Court and Democracy”, en *Yale Law Review*, vol. 50, 1960.
34. BLONDEL, André, Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique comparative: États-Unis-France, París, 1928.
35. BON, Pierre, “Francia”, en AJA, Eliseo (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, op. cit.
36. BON, Pierre, “Le Conseil constitutionnel et le modèle des Cours constitutionnelles européennes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1991, n. 32.

37. BORK, Robert H., Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline, New York Times, New York, 1996.
38. BORK, Robert H., The Tempting of America: the Political Seduction of the Law, Simon & Schuster, New York, 1992.
39. BOUZAT, Gabriel, “El control constitucional. Un estudio comparativo”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991.
40. BRAGE Camazano, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.
41. BREST, Paul, Processes of constitutional decisionmaking: cases and materials, Little, Brown, Boston, 1992.
42. BRYCE, James, Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, 2ª. Edición, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.
43. BURDEAU, Georges, Droit Constitutionnel et institutions politiques, París, 1975.
44. BURGER, Warren E., “Rights and Wrongs of U.S. Justices”, en *Reader`s Digest*, Agosto, 1969.
45. BURGOA Orihuela, Ignacio, El juicio de Amparo, 15ª edición, Porrúa, México, 1980.
46. BURT, Robert A., The Constitution in Conflict, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1992.
47. CABO de la Vega, Antonio de y PISARELLO, Gerardo (eds.), Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa, Universidad de Alicante, Alicante, 2000.
48. CABO de la Vega, Antonio de, Elementos de flexibilidad en una Constitución pretendidamente (super)rígida: rigidez y justicia constitucionales, en prensa.

49. CABO de la Vega, Antonio, “Nota sobre el bloque de constitucionalidad, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 24, 1995.
50. CABO Martín, Carlos de, La Crisis del Estado Social, PPU, Barcelona, 1986.
51. CABO Martín, Carlos de, Sobre el concepto de ley, Madrid, Trotta, 2000.
52. CABO Martín, Carlos de, Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional, vol. II: Estado y Derecho en la transición al capitalismo y en su evolución: el desarrollo constitucional, PPU, Barcelona, 1993.
53. CADENHEAD, I.E. Jr., Theodore Roosevelt, The Paradox of Progressivism, Woodbury, New York, 1974.
54. CAPPELLETTI, Mauro, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, en VV. AA., Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, traducido por Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
55. CAPPELLETTI, Mauro, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, 1966.
56. CAPPELLETTI, Mauro, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Giuffrè, settima ristampa, Milano, 1978.
57. CAPPELLETTI, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad, traducción de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961.
58. CARPIZO McGregor, Jorge, “Reformas constitucionales al poder judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995.
59. CARPIZO, Jorge, COSSÍO Díaz, José Ramón y FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, en GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (comp.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

60. CARRILLO Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia Mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, en VV. AA., La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico, Poder Judicial de la Federación, México, 1985.
61. CARRILLO Flores, Antonio, “Reflexiones con motivo del Sesquicentenario de la Suprema Corte de Justicia” en VV. AA., La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, Porrúa, México, 1981.
62. CASCAJO, J.L., “Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional”, en VV. AA., II Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
63. CHAPMAN, John W. y WERTHEIMER, Alan (eds.), Nomos XXXII: Majorities and Minorities, New York University Press, New York, 1990.
64. CHÁVEZ Padrón, Marta, Evolución del juicio de amparo y del Poder Judicial Mexicano, Porrúa, México, 1990.
65. CHEMERINSKY, Erwin, “The Supreme Court, 1988 Term – Foreword: The Vanishing Constitution”, en *Harvard Law Review*, vol. 103, núm. 43, 1989.
66. CHOPER, Jesse, Judicial Review in the National Political Process: a Functional Reconsideration of the role of the Supreme Court, University of Chicago Press, Chicago, 1980.
67. CONSTANT, Benjamin, Cours de politique constitutionnelle, tomo I, París, 1836.
68. CORWIN, Edward S., The twilight of the Supreme Court, a history of our Constitutional Theory, Yale University Press, New Haven, 1934.
69. COSSÍO, José Ramón, “La Suprema Corte y la teoría constitucional”, en *Política y Gobierno*, vol. VIII, núm. 1, 2001.
70. CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 7, 2001 (en prensa).

71. CRIADO de Diego, Marcos y CABO de la Vega, Antonio de, “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, en *Teoría y realidad constitucional*, vol. 3, 1999.
72. CRISAFULLI, V., Lezioni di Diritto Costituzionale, II ed., CEDAM, Padua.
73. CROSSKEY, Willian Winslow, Politics and the Constitution in the History of the United States, vol.II, The University of Chicago Press, 1953.
74. CRUZ Villalón, Pedro, “El control previo de inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981.
75. CRUZ Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
76. CURRIE, David P., The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years 1789-1888, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1985.
77. DAHL, Robert A., “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”, en *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957.
78. DELGADO, Richard y STEFANCIC, Jean, “Home-Grown Racism: Colorado’s Historic Embrace –and Denial– of Equal Opportunity in Higher Education, en *U. Colo. L. Rev.*, vol. 70, 1999.
79. DEUTSCH, Jan G., “Neutrality, Legitimacy, and the Supreme Court: Some intersections between Law and Political Science”, en *Stanford Law Review*, vol. 20, 1968.
80. DI MANNO, Thierry, Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie, Economica, París, 1997.
81. DÍAZ Revorio, F.J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad Análisis especial de las sentencias aditivas, Lex Nova, Valladolid, 2001.
82. DIGGINS, John P., “Flirtations with Fascism: American Pragmatic Liberals and Mussolini’s Italy”, en *American History Review*, vol. 71, 1966.

-
83. DINH, Viet D., “Reassessing the Law of Preemption”, en *Geo. L.J.*, vol. 88, 2000.
 84. DUGUIT, Léon, Manuel de droit constitutionnel, Fontemoing, París, 1918.
 85. DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
 86. DWORKIN, Ronald, Taking rights seriously, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977.
 87. ELIA, L., “Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)” en *Quaderni costituzionale*, 1984.
 88. ELLICKSON, Robert C., “Taming Leviathan: Will the Centralizing Tide of the Twentieth Century Continue into the Twenty-First?”, en *Southern California Law Review*, vol. 74, 2001.
 89. ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
 90. ELY, James W. Jr., “Reflections on *Buchanan v. Warley*, property rights, and Race”, en *Vand. Law Review*, vol. 51, 1998.
 91. ELY, James W. Jr., The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1910, University of South Carolina, Columbia, 1995.
 92. ELY, John Hart, “The Supreme Court 1977 Term – Foreword: On discovering fundamental values”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978.
 93. ELY, John Hart, Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, Colombia 1997 (trad. Magdalena Holguín).
 94. EMERI, Claude, “Gouvernement des juges ou veto des sages”, en *Revue de Droit Public*, número 2, 1990.
 95. EPSTEIN, Richard A., “The Mistakes of 1937”, en *Geo. Mason University Law Review*, vol. 11, 1988.

96. EPSTEIN, Richard A., Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.
97. ETZIONI, Amitai (dir.), The Essential Communitarian Reader, Rowman & Littlefield, Lanham, (Md.), 1998.
98. ETZIONI, Amitai, The Spirit of Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda, Crown Publishers, New York, 1993.
99. FALCÓN Pardo, Javier, El Consejo Constitucional francés: la jurisdicción constitucional en la Quinta República, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
100. FAVOREU, L. y PHILIP, L., Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, París, 1995.
101. FAVOREU, Louis (ed.), Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Economica/PUAM, París, 1982.
102. FAVOREU, Louis y RUBIO Llorente, Francisco, El bloque de la constitucionalidad, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.
103. FAVOREU, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”, en GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco, La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, *op. cit.*
104. FELDMAN, Steven F., “From Premodern to Modern American Jurisprudence: The Onset of Positivism”, en *Vand. L. Review*, 50, 1997.
105. FERNÁNDEZ Rodríguez, J.J., “Consideraciones en torno a la jurisprudencia constitucional de 1994 sobre la televisión por cable en relación a la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996.
106. FERNÁNDEZ Rodríguez, J.J., La inconstitucionalidad por omisión, Civitas, Madrid, 1998.

107. FERNÁNDEZ Rodríguez, Tomás Ramón, Acerca de la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional, Civitas, Madrid, 1998
108. FERNÁNDEZ Rodríguez, Tomás Ramón, Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la LOTC, Civitas, Madrid, 1981.
109. FERNÁNDEZ Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad” en GARCÍA Belaúnde, D., y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (eds.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Dykinson, S.L., Madrid 1997.
110. FERRAJOLI, L. y otros, Los fundamentos de los derechos fundamentales, A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), Editorial Trotta, Madrid, 2001.
111. FINKELMAN, Paul, “The Dred Scott Case, Slavery and the Politics of Law”, en *Hamline Law Review*, núm. 20, 1996.
112. FISS, Owen M., Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910, The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States, vol. 3, Stanley N. Katz, ed., McMillan Pub. Co., New York, 1993.
113. FIX-FIERRO, Héctor, “La Reforma Judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad”, en *Ars Iuris* número 13, 1995.
114. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La jurisdicción constitucional en México”, en GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (comp.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
115. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en PÉREZNIETO Castro, Leonel (comp.), Las reformas constitucionales de la renovación nacional, Porrúa, México, 1987.
116. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Ensayos sobre el derecho de amparo, UNAM, México, 1993.
117. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, Universidad Nacional Autónoma de

- México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1994.
118. FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965, UNAM, México, 1968.
119. FRANK, John P., “Court and Constitution: The Passive Period”, *Vand. L. Review*, 4, 1951.
120. FREEMAN, Samuel, “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review” en *Law and Philosophy*, vol. 9, 1990.
121. FRIEDMAN, Barry, “Dialogue and Judicial Review”, en *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993.
122. FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, núm. 4, 2000.
123. FRIEDMAN, Barry, “The History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five: The Birth of An Academic Obsession”, en <http://papers.tcnj.edu/abstracts/095/095001FriedmanBa.htm>.
124. FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, en *New York University Law Review*, vol. 73, núm. 2.
125. FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstructions’s Political Court”, en prensa.
126. FRIEDMAN, Barry, “The History of the Countermajoritarian Difficulty Part III: The Lesson of Lochner”, en prensa.
127. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne. L’État de Droit”, en *Revue du Droit Public*, 5, 1984.
128. FROMONT, Michel, “République Fédérale d’Allemagne: la jurisprudence constitutionnelle en 1994 en 1995”, en *Revue du Droit Public*, 2, 1997.

129. GARCÍA Belaúnde, Domingo y FERNÁNDEZ Segado, Francisco (comp.), La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
130. GARCÍA Belaúnde, Domingo “La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, núms. 181-182, t. XLII, enero-abril de 1992.
131. GARCÍA de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y Perspectivas.”, en VV. AA., El Tribunal Constitucional, volumen I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.
132. GARCÍA Pascual, Cristina, Legitimidad Democrática y Poder Judicial, Edicions Alfons El Magnànim, Generalitat Valenciana, Diputació Provincial de València, 1997.
133. GARCÍA Ramírez, Sergio, “El Ministerio Público y la Reforma Constitucional de 1994 (Antecedentes, contexto y novedades)”, en GARCÍA Ramírez, Sergio, Poder Judicial y Ministerio Público, Editoria Porrúa-UNAM, México, 1996.
134. GARCÍA Ramírez, Sergio, Poder Judicial y Ministerio Público, Editoria Porrúa-UNAM, México, 1996.
135. GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991.
136. GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
137. GASCÓN Abellán, Marina, “La Justicia Constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, número 41, mayo-agosto de 1994.
138. GEORGE, R. (ed.), Natural Law, Oxford U.P., Oxford, 1992.
139. GERPE LANDÍN, M., “El control previo de constitucionalidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1983.

140. GIANFORMAGGIO, Letizia, Estudios sobre Kelsen, Fontamara, México, 1996.
141. GILLMAN, Howard, The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence, Duke University Press, Durham, 1993.
142. GIORGI, S., “Le due Corti”, en *Archivio Penale*, 1965.
143. GÓMEZ Montoro, A.J., “El control previo de inconstitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.
144. GÓMEZ Puente, M., La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, McGraw Hill, Madrid, 1997.
145. GONZÁLEZ Rivas, J. J., Estudio Legal y Jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español: 1981-2000, Civitas, Madrid, 2001;
146. GONZÁLEZ-DELEITO y Domínguez, N., “La supresión del control previo de inconstitucionalidad”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 1986.
147. GRABER, Mark A., “Federalist or Friends of Adams: The Marshall Court and Party Politics”, en *Stud. A. Pol. Dev.*, núm. 11, 1998.
148. GRANT, James A., El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política, UNAM, México, 1963.
149. GRISWOLD, Erwin N., “The Supreme Court, 1959 Term – Foreword: of Time and Attitudes – Professor Hart and Judge Arnold”, en *Harvard Law Review*, vol. 74, 1960.
150. GULLÓN Ballesteros, A. y otros, La Constitución Española y la Administración de Justicia, Fundación El Monte, Sevilla, 1995.
151. HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., El Federalista, FCE, 1ª. Reimpresión de la 2ª Edición, México, 1974.
152. HART, Henry M. Jr., “The Supreme Court, 1958 Term – Foreword: The Time Chart of the Justices”, en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959.

-
153. HAURIOU, Maurice, Principes de droit public, 2ª edición, Sirey, París, 1916.
 154. HENKIN, Louis, “Some Reflections on Current Constitutional Controversy”, en *U. Pa. Law Review*, vol. 109, 1961.
 155. HERNÁNDEZ Octavio, A., Curso de amparo, instituciones fundamentales, Botas, México, 1966.
 156. HOBBS, Thomas, De Cive.
 157. HOBBS, Thomas, Leviathan.
 158. HOBSON, Charles F., The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law, Kansas University Press, Kansas, 1996.
 159. HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (eds.), Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
 160. HORWITZ, Morton J., “The Supreme Court, 1992 Term - Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism”, en *Harvard Law Review*, vol. 107, núm. 30, 1993.
 161. HORWITZ, Morton J., The Transformation of American Law, 1870-1969: The Crisis of Legal Orthodoxy, Oxford University Press, New York, 1992.
 162. HOVENKAMPL, Herbert, “The Cultural Crisis of the Fuller Court”, en *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995.
 163. JEFFERSON, Thomas, The writings of Thomas Jefferson (BERGH, Albert Ellelery (ed.)), Memorial edition, Washington D.C., 1903.
 164. JELLINEK, Jorge, Teoría general del Estado, traducción de Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, 2 ts.
 165. JESSUP, Dwight Wiley, Reaction and Accomodation: The United States Supreme Court and Conflict: 1809-1835, Garland, New York, 1987.
 166. JIMÉNEZ Campo, Javier, “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA, E., (ed.), Las tensiones entre el Tribunal

- Constitucional y el legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona 1998.
167. KELSEN, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, traductor Roberto J. Brie, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
168. KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, en KELSEN, Hans, Escritos sobre la democracia y el socialismo, traducción Juan Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988.
169. KELSEN, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger*, año XXXV, 1928.
170. KELSEN, Hans, Escritos sobre la democracia y el socialismo, traducción Juan Ruiz Manero, Editorial Debate, Madrid, 1988.
171. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo García Máynez, 3ra. Reimpresión, UNAM, México, 1983.
172. KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho (1960), traducción de R. Vernengo, México, UNAM, 1986.
173. KENNEDY, Randall, “Is Affirmative Action on the Way Out”, en *Commentary*, marzo 1998.
174. KENS, Paul, “*Lochner v. New York*: Rehabilitated and Revised, but still Reviled”, en *Journal of Supreme Court History*, 1995.
175. KENS, Paul, Judicial Power and Reform Politics: The Anatomy of *Lochner v. New York*, University of Kansas, Lawrence, 1990.
176. KIMMEL, Adolf, “Une crise de la Cour Constitutionnelle fédérale?”, en *Pouvoirs*, núm. 79, 1996.
177. KULRLAND, Ph. B. y LEMER, R. (eds.), Colección documental The Founder`s Constitution, The University of Chicago Press, 1987.
178. KUTLER, Stanley I., Judicial Power and Reconstuction Politics, University of Chicago Press, Chicago, 1968.

179. LACHARRIÈRE, René de, “Opinion dissidente”, en *Pouvoirs*, núm. 13, 1991.
180. LAZOS Vargas, Sylvia, “Judicial Review of Initiatives and Referendums in Which Majorities Vote on Minorities’ Democratic Citizenship”, en *Ohio St. L.J.*, vol. 66, 1999.
181. LECHNER, Hans, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Beck, München, 1996.
182. LES BENEDICT, Michael, “Laissez-Faire and Liberty: A Re-Evaluation of the Meaning and Origins of Laissez Faire Constitutionalism”, en *Law and History Review*, vol. 3, 1985.
183. LEWIS, Anthony, “Ruling is 6 to 1”, en *New York Times*, 26 de junio de 1962.
184. LINDE Paniagua, E., Constitución y Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 1995.
185. LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1986.
186. LOIC, Philip, Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises : de la verification des pouvoirs par les chambres au controle juridictionnel du conseil constitutionnel, R. Pichon et R. Durand-Auzias, París, 1961.
187. LOYOLA Díaz, R., La crisis Obregón-Calles y el Estado mexicano, Siglo Veintiuno-IIS, México 1984.
188. LUCHAIRE, Francois. “La décision du 16 de Juillet 1971”, en *Annuaire International de Justice constitutionnelle*, vol. VII, 1991, Economica/PUAM, París, 1993.
189. MacKINNON, Catharine A., “Comment: Disputing Male Sovereignty: On United States v. Morrison”, en *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000.
190. MADRAZO, Jorge, “El artículo 135” en VV. AA., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Porrúa-III, México, 1995, tomo II.
191. MARIN, José Ángel, Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

192. MARSHALL, J., The Papers of John Marshall, HOBSON, Charles F. y otros (eds.), University of North Carolina Press, Chapel Hill (N.C.), 1990, vol. 6.
193. MARTÍNEZ Cerda, Nicolás, La corte constitucional y la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, Editorial Instituto Mexicano del Amparo, México, 1995.
194. MARTÍNEZ Sierra, José Manuel, El sistema institucional de la Unión Europea: la problemática presente y futura, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.
195. MATEOS Santillán, Juan José, “La reinstauración de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México”, en *Revista Jurídica Jalisciense*, número 1, 1995.
196. MAZZIOTTI, M., “Osservazione all’ordinanza 128 dal 1957”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, p. 1226.
197. McCLOSKEY, Robert G., “The Supreme Court, 1961 Term – Foreword: The Reapportionment Cases”, en *Harvard Law Review*, vol. 76, 1962.
198. McCORMICK, Richard Patrick, The presidential game: The origins of American presidential politics, Oxford University Press, Nueva York, 1982.
199. MEESE, Alan J., “Will, Judgment, and Economic Liberty: Mr. Justice Souter and the Mistranslation of the Due Process Clause”, en *Wm. & Mary Law Review*, vol. 41, 1999.
200. MOREAU, Félix, Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel, 9ª. Edición, Sirey, París, 1921.
201. NELSON, Caleb, “Preemption”, en *Va. L. Rev.*, vol. 86, 2000.
202. NEVES, Marcelo, A constitucionalização simbólica, Editora Academica, Sao Paulo, 1994.
203. NIETO, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, 100-102, vol. I, 1983.

204. NINO, Carlos S., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, CEC, Madrid, 1991.
205. NORGREN, Jill, The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics, McGraw Hill, New York, 1996.
206. NORIEGA Cantú, Alfonso, La consolidación del juicio de amparo (El caso del artículo 8 de la Ley de 1869), Círculo de Santa Margarita, México, 1980.
207. PACE, Alessandro, Problematica delle libertà costituzionale, Cedam, Padua, 1990.
208. PAINE, Thomas, Rights of Man, Penguin Books, Londres, 1985, p. 43.
209. PALACIO González, José, “Bloque de constitucionalidad y ordenamiento comunitario”, en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 37.
210. PAULSON, Stanley L. y LITSCHESKI Paulson, Bonnie, Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes, Clarendon Press, Oxford, 1998.
211. PEARSON, Drew y ALLEN, Robert S., The Nine Old Men, Da Capo Press, New York, 1974.
212. PÉREZ Royo, Javier, “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.
213. PÉREZ Royo, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
214. PÉREZ Royo, Javier, Tribunal Constitucional y división de poderes, Madrid, Tecnos, 1988.
215. PÉREZ Serrano, Nicolás, La Constitución Española (de 9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

-
216. PÉREZ Serrano, Nicolás, La noble obra política de un gran Juez: Juan Marshall, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1995.
217. PÉREZNIETO Castro, Leonel (comp.), Las reformas constitucionales de la renovación nacional, Porrúa, México, 1987.
218. PÉREZ-SERRANO Jáuregui, N., El Tribunal Constitucional. Formularios y doctrina procesal, Tecnos, Madrid, 1999.
219. PERRY, M. J., The constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary, Yale University Press, New Haven-London, 1982.
220. PFERSMENN, Otto. “Chroniques. Autriche 1991”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. VII, Economica/PUAM, París, 1993.
221. PIBERNART Domench, Xavier, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
222. PILDES, Richard H. y ANDERSON, Elizabeth S., “Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics”, en *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990.
223. PINIELLA Sorli, Juan Sebastián, Sistema de fuentes y bloque de la constitucionalidad, Bosch, Barcelona, 1994.
224. PISARELLO, Gerardo, “Jueces y Constitución en los Estados Unidos (Elementos para una reflexión sobre el activismo)”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, enero-julio, 2000.
225. PISARELLO, Gerardo y CABO de la Vega, Antonio de, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?”, en VV. AA., Homenaje a Pablo Lucas Verdú, en prensa.
226. PONTHERREAU, Marie-Claire, La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel, Economica, París, 1994.

-
227. PRITCHETT, Herman C., Congress versus The Supreme Court 1957-1960, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1961.
228. PRITCHETT, Herman C., La Constitución Americana, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965.
229. PRITCHETT, Herman C., The Roosevelt Court, A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947, MacMillan Co., New York, 1948.
230. PUGIOTTO, Andrea, Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni, Giuffrè, Milán, 1994.
231. QUINN, Kevin J., “Viewing Health Care as a Common Good: Looking Beyond Political Liberalism”, en *Southern California Law Review*, vol. 73, 2000.
232. RABASA, Emilio, El juicio constitucional. El artículo 14, Porrúa, México 1955.
233. RAWLS, John, Political Liberalism, Columbia University Press, New York, 1993.
234. REHNQUIST, William H., Grand Inquests: The Historic Impeachments of Justice Samuel Chase and President Andrew Johnson, Morrow, New York, 1992.
235. REYES, Rodolfo, La Defensa de la Constitución, Espasa-Calpe, Madrid, 1934.
236. RIVES Sánchez, Roberto, La Constitución Mexicana hacia el Siglo XXI, Plaza y Valdés-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 2000.
237. RODRÍGUEZ Piñero, M., La Jurisdicción Constitucional en España: LOTC 1979-1994, CEC, Madrid, 1995.
238. ROE, Gilbert E., Our Judicial Oligarchy, B. W. Huebsch, Nueva York, 1912.
239. ROMBOLI, Roberto. “Italia” en AJA, E. (ed.), Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

-
240. ROSS, William G., A muted fury: populists, progressives, and labor unions confront the courts, 1890-1937, Princeton University Press, Princeton, 1994.
241. ROSTOW, Eugene V., “The Democratic Character of Judicial Review”, en *Harvard Law Review*, vol. 66, 1952.
242. ROSTOW, Eugene V., “The Supreme Court and the People’s Will”, en *Notre Dame Lawyer*, vol. 33, 1958.
243. ROTUNDA, Ronald D., NOWAK, John E., YOUNG, J. Nelson, Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1986, vol. I.
244. ROUSSEAU, Dominique, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, París, 1992.
245. ROUSSILLON, Henri, Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, París, 1991.
246. RUBIO Llorente, Francisco y JIMÉNEZ Campo, Javier (eds.), Estudios sobre jurisdicción constitucional, Mc. Graw Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.
247. RUBIO Llorente, Francisco y JIMÉNEZ Campo, Javier, Estudios sobre jurisdicción constitucional, McGraw Hill, Madrid, 1998.
248. RUBIO Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989
249. RUBIO Llorente, Francisco, “La constitución como fuente del Derecho”, en VV. AA., La Constitución española y las fuentes del Derecho, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.
250. RUBIO Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1988.
251. RUBIO Llorente, Francisco, “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982.

-
252. RUBIO Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la Jurisdicción constitucional en Europa”, en RUBIO Llorente, Francisco y JIMÉNEZ Campo, Javier (eds.), Estudios sobre jurisdicción constitucional, Mc. Graw Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.
253. RUIZ Lapeña, Rosa M^a., El Tribunal de Garantías constitucionales en la II República española, Bosch, Barcelona, 1982.
254. SÁNCHEZ DE VEGA García, A., “Acerca del recurso previo de inconstitucionalidad”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 23, 1991.
255. SÁNCHEZ Medal, Ramón, El fraude a la Constitución: y el único amparo en México contra una reforma demolitoria de la Constitución, Porrúa, México, 1988.
256. SÁNCHEZ Rodríguez, Luis Ignacio, “El artículo 93 y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas” en VV. AA., Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, tomo I.
257. SANTAOLALLA López, F., “Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983.
258. SANTAOLALLA López, F., “Televisión por cable y control de las omisiones del legislador (en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero. Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.
259. SCHLAICH, K., “El Tribunal Constitucional Alemán” en VV. AA., Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, traducido por: Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
260. SCHLESINGER, Arthur B. Jr., “The Supreme Court: 1947”, en *Fortune*, enero, 1947.

261. SCHMITT, Carl, La Defensa de la Constitución, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Labor, Barcelona, 1931.
262. SCHNEIDER, H. P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1983.
263. SEGURA Guinard, Lluís J., “El control de los Decretos-leyes por el Tribunal Constitucional. A propósito de la STC 11/1983 de 2 de diciembre, recaída en el caso RUMASA” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, 1984.
264. SEIDMAN, Louis Michael y TUSHNET, Mark V., Remnants of Belief: contemporary constitutional issues, Oxford University Press, New York, 1996.
265. SEIDMAN, Louis Michael, “Ambivalence and accountability” en *South California Law Review*, vol. 61, 1988.
266. SICLARI, Massimo, Le “norme interposte” nel giudizio di costituzionalità, CEDAM, Padua, 1992.
267. SIEGEL, Sephen A., “Let Us Now Praise Infamous Men”, en *Texas Law Review*, vol. 73, 1995.
268. SIEYÈS, Emmanuel, Escritos y discursos de la revolución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
269. SOIFER, Aviam, “The Disability Term: Dignity, Default, and Negative Capability”, en *University of California Los Angeles (UCLA) Law Review*, vol. 47, 2000.
270. STONE, Geoffrey R. y otros, Constitutional Law, 3ª ed., Little & Brown, Boston, 1996.
271. SUNSTEIN, Cass, “Beyond the Republican Revival”, en *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988.
272. SUTHERLAND, Arthur E., “The Supreme Court and the General Will”, en *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, 1952-1953.

-
273. TALMADGE, Phillip A., “The Myth of Property Absolutism and Modern Government: The interaction of Police Power and Property Rights”, en *Washington Law Review*, vol. 75, 2000.
274. TENA Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México, 1808-1985, 13ª. Ed, Porrúa, México 1985.
275. THAYER, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893.
276. THOMPSON, James E., “Swimming in the Air: Melville W. Fuller and the Supreme Court 1888-1910”, en *Cumb. Law Review*, vol. 127, 1996-1997.
277. TUSHNET, Mark V., “Anti-formalism in Recent Constitutional Theory”, en *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985.
278. TUSHNET, Mark V., Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1988.
279. UNGER, Roberto Mangabeira, Knowledge and Politics, Free Press, New York, 1975.
280. VALLARTA Ignacio, Luis, El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico comparativo sobre esos recursos constitucionales, Imprenta de J.J. Terrazas, México 1896.
281. VEGA García, Pedro de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Estudios Políticos Constitucionales*, UNAM, México, 1987.
282. VEGA García, Pedro de, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985.
283. VEGA, A., “Sobre el control previo de constitucionalidad de los Tratados Internacionales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 29, 1994.
284. VILLAVERDE Méndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, McGraw Hill, Madrid, 1997.

-
285. VILLAVERDE Menéndez, I., “La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 8, 1996.
286. VV. AA., “Race-Sensitivity Admissions in Higher Education: Commentary on How the Supreme Court is Likely to Rule”, en *J. Blacks Higher Educ.*, vol. 26, 1999-2000.
287. VV. AA., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada, Porrúa-IIIJ, México, 1995, tomo II.
288. VV. AA., Constitución y Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 1997.
289. VV. AA., Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion: Referate und Diskussion auf dem zu Ehren des 100. Geburtstages von Hans Kelsen von 22. bis 27. September 1981 abgehaltenen International Symposion, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1982.
290. VV. AA., El constitucionalismo a mediados del siglo XIX, tomo I, UNAM, México, 1957.
291. VV. AA., El Tribunal Constitucional, volumen I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.
292. VV. AA., Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas, Madrid, 1995
293. VV. AA., Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, tomo I.
294. VV. AA., Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
295. VV. AA., Homenaje a Pablo Lucas Verdú, en prensa.
296. VV. AA., II Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.
297. VV. AA., La Constitución española y las fuentes del Derecho, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

-
298. VV. AA., La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos, Porrúa, México, 1981.
299. VV. AA., La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico, Poder Judicial de la Federación, México, 1985.
300. VV. AA., Los Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, 3ª. Edición, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 1985, tomo X.
301. VV. AA., Manual del Juicio de amparo, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Editorial Themis, México, 1992.
302. VV. AA., Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, traducido por Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
303. WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 18-51.
304. WALDRON, Jeremy, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en CHAPMAN, John W. y WERTHEIMER, Alan (eds.), Nomos XXXII: Majorities and Minorities, New York University Press, New York, 1990, pp. 44-75.
305. WALDRON, Jeremy, “Rights in conflict”, en *Ethics*, vol. 99, 1989.
306. WALDRON, Jeremy, “The irrelevance of moral objectivity”, en GEORGE, R. (ed.), Natural Law, Oxford U.P., Oxford, 1992.
307. WALDRON, Jeremy, The Law, Routledge, Londres, 1990.
308. WALDRON, Jeremy, The Right to Private Property, Oxford Univeristy Press, Oxford, 1988.
309. WALINE, Marcel, “The Constitutional Council of the French Republic” en *The American Journal of Comparative Law*, 12, 1963.
310. WARREN, Charles, Congress, the Constitution and the Supreme Court, Little, Brown and Co., Boston, 1935.

-
311. WARREN, Charles, The Supreme Court in the United States History, Little Brown & Co., Boston, 1926.
 312. WEAVER, James Baird, A call to action, Iowa Printing co., Des Moines, 1892.
 313. WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, E. (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
 314. WECHSLER, Herbert, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959.
 315. WECHSLER, Herbert, Principles, Politics, and Fundamental Law, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1961.
 316. WEINBERG, Phillip, “*Del Monte Dunes v. City of Monterey*: Will the Supreme Court Stretch the Takings Clause Beyond the Breaking Point?”, en *B. C. Envtl. Aff. L. Rev.*, vol. 26, 1999.
 317. WHITE, G. Edward, “The Evolutions of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change”, en *Virginia Law Review*, vol. 59, 1973.
 318. WHITE, G. Edward, The American Judicial Tradition, Oxford University Press, Nueva York, 1976.
 319. WHITE, Morton, Philosophy, The Federalist, and the Constitution, Oxford U. P., 1987.
 320. WIEBE, Robert H., Self-rule: a cultural history of American Democracy, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
 321. WILLIAMS Crenshaw, Kimberlé, “Symposium: Race and the law at the turn of the century – Opening remarks: reclaiming yesterday’s future”, en *UCLA Law Review*, vol. 47, 2000.
 322. WOLFE, Christopher, La transformación del la interpretación constitucional, traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991.

323. ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Corte Costituzionale e il legislatore”, en BARILE, P., CHELI, E., GRAS, S. (eds.), Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia, Il Mulino, Bologna, 1998.
324. ZAGREBELSKY, Gustavo, “La doctrine du droit vivant” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1986.
325. ZAGREBELSY, Gustavo, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux”, en FAVOREU, Louis (ed.) Cours constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Economica/PUAM, París, 1982.
326. ZARCO, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857), El Colegio de México, México 1956.