

# El Control de la Constitucionalidad. Fundamentos Teóricos y Sistemas de Control

Miguel Covián Andrade

En este ensayo abordaremos de manera concreta el estudio de los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad — parte del derecho constitucional y estructura de un sistema político democrático, poco explorada en nuestro país hasta la fecha, no obstante la reforma constitucional de 1995, mediante la cual se incluyeron en nuestra constitución nuevas posibilidades en la materia, adicionales al juicio de amparo —, así como el análisis de los sistemas de control que se aplican actualmente en los continentes europeo y americano.

Para comprender los alcances y la importancia del control de la constitucionalidad, revisaremos primero dos cuestiones fundamentales para su análisis:

- a) *El control de la Constitucionalidad y el Estado de Derecho; y*
- b) *El control de la Constitucionalidad y el Poder Político.*

## Constitucionalidad y Estado de Derecho

Desde el momento en que ocurren las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa, los conceptos «Estado de Derecho» y «Constitución» están indisolublemente ligados.

Es de sobra sabido que el «Derecho», entendido en el sentido de normatividad coercitiva, existe prácticamente desde siempre y por ende, antes de las Revoluciones del siglo XVIII. También es conocido el hecho de que constituciones ha habido tantas como Estados o formas de organización política de las sociedades.

Sin embargo, el significado y el contenido de los términos «Estado de Derecho» y «Constitución», adquieren una connotación particular a partir de lo que en la teoría general del Derecho constitucional se conoce como el constitucionalismo clásico.

Si antes del siglo XVIII ya existía el Estado, si las comunidades estaban normativa y políticamente organizadas, y, si, por ende, las sociedades estaban constituidas de determinada manera, ¿en qué consiste lo novedoso de las constituciones de finales de ese siglo?

El nuevo constitucionalismo se caracterizó por la organización del poder político basada en los siguientes elementos:

- a) La titularidad de la soberanía recae en el pueblo.
- b) El origen del poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular.
- c) Los órganos del Estado están integrados por representantes populares.
- d) El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales que la ley tutela y garantiza.
- e) El ejercicio del poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas.
- f) El poder del Estado se ejerce de manera limitada.
- g) Es precisamente el Derecho el que fija los límites del poder, esencialmente por medio de dos instituciones, a saber: 1.- Los Derechos del hombre y del ciudadano; y 2.- La división de poderes.
- h) Toda esta estructura se consagra en una constitución, ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del poder público.
- i) La constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del poder del Estado.
- j) Los órganos del poder público y los ciudadanos están sometidos a ella.
- k) Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo (competencia de cada órgano) y de legalidad (respeto del contenido de las normas).
- l) Las transformaciones del orden constitucional son reguladas previamente por la propia constitución.

En síntesis, se configura de esta manera el Estado Constitucional de Derecho.

Es evidente que el Estado burgués de Derecho, como también se le conoce, encarna la concreción de un proceso histórico y estructural gradual, a lo largo del cual, sus elementos constitutivos fueron consolidándose. La lucha por limitar el ejercicio del poder del Estado puede rastrearse tan lejos como se quiera en la historia de las ideas políticas y muy señaladamente al menos, en el siglo anterior al de la Revolución Francesa. La existencia de parlamentos que se enfrentaban al rey y el reconocimiento de éste de ciertos derechos a favor de sus súbditos, tampoco se registran históricamente sólo en Francia, ni a partir del siglo XVIII. En ocasiones, algunas de las que habrían de ser instituciones inconfundibles del Estado constitucional de Derecho, tuvieron desde mucho tiempo atrás un desarrollo mayor que el que tenían en esa época en Francia, como el caso de los primeros parlamentos ingleses de la etapa feudal. También en Inglaterra como se sabe, ocurrieron un siglo antes que en Francia y en Norteamérica dos revoluciones si no calificables precisamente de republicanas en el sentido actual del término, sí tendientes por lo menos a limitar el poder del rey o en su caso, a substituirlo por uno «no monárquico».

Al mencionar lo anterior, tratamos de resaltar el hecho de que, si bien es cierto que las estructuras del que sería en breve el Estado constitucional de Derecho, pueden encontrarse por ejemplo, en la forma de gobierno conocida como Monarquía limitada o en las «Repúblicas» efímeras del siglo XVII, en embrión o más o menos desarrolladas, a ningún estudioso del Derecho público se le podría ocurrir afirmar que él existió en algún país del continente europeo o fuera de esa zona antes del siglo XVIII.

No es entonces, sino a finales del siglo XVIII, cuando el Estado de Derecho, estructurado con base en los principios descritos antes, hace su aparición en el mapa de Europa (Francia), de Norteamérica (Estados Unidos) y del Derecho constitucional.

Las dos instituciones básicas de la nueva constitución, es decir, los derechos individuales y la distribución de competencias definen de esta manera, la estructura general del Estado de Derecho dentro del cual los principios de supremacía constitucional y legalidad norman toda la dinámica del ejercicio del poder.

Ahora bien, en el ámbito de la producción, reproducción y aplicación del Derecho, rige la regla del respeto irrestricto de las normas, que se puede resumir en dos vertientes:

- a) *Creación o modificación, de la ley, de conformidad con los procedimientos constitucionalmente previstos al efecto (incluido el de reforma a la constitución) y en función de una jerarquía jurídica que condiciona los contenidos y los alcances normativos de cada conjunto de normas; y*

*b) Aplicación de la ley por los distintos órganos en el ámbito exclusivo de sus competencias, fundamentando invariablemente sus actos de autoridad en normas cuyo mandato obligatorio corresponda al caso de que se trate.*

El apego de las funciones del Estado, en ambas vertientes, al marco normativo traerá consigo que los actos de gobierno *lato sensu*, sean constitucionalmente válidos.

Expresado en otros términos, cuando exista plena coincidencia entre la descripción constitucional de la organización del Estado y la actuación de los poderes constituidos, nos hallaremos en cada caso concreto y en un sentido genérico, en un estado de constitucionalidad. Sin embargo, toda vez que el ejercicio real del poder no se agota necesariamente en la estructura del marco normativo, esto es, en virtud de que los procesos de realización del poder político son dinámicos y mucho más complejos de lo que una definición constitucional estática puede sugerir, es indispensable analizar el problema de la constitucionalidad a la luz de la praxis del poder y no sólo de la delimitación formal de competencias jurídicas. En este sentido, el juicio sobre la constitucionalidad del ejercicio del poder público para ser válido, debe someter al «Estado de Derecho», al examen de su correspondencia o no correspondencia con el origen, las formas, los mecanismos, los límites e inclusive, las finalidades del poder político, tal cual se manifiestan en la realidad.

## Constitucionalidad y Poder Político

A pesar de que pueden encontrarse variaciones importantes de criterio y orientación en el estudio de la Teoría del Estado, del Derecho constitucional y de la Ciencia Política dentro de las diversas corrientes de pensamiento que es posible distinguir en cada una de ellas, cada vez es menos discutible la necesidad de examinar los aspectos estructurales de la constitución en forma paralela al estudio del poder político. Ya no hay duda de que para entender el fenómeno jurídico es indispensable apelar a las categorías de conocimiento de la Ciencia Política, ni de que para comprender la dinámica del poder político, es necesario relacionarla con la estructura normativa que lo encuadra y regula.

Aludimos en el apartado anterior a la necesidad de someter al «Estado de Derecho» a un examen sobre su «constitucionalidad en la práctica». Lo que pretendemos señalar es que a la descripción y prescripción sobre cómo

debe ser ejercido el poder político, contenida en el texto constitucional, ha de añadirse el examen concreto sobre cómo se ejerce efectivamente en el terreno de la realidad.

Hemos dicho ya que cuando la acción de los órganos o poderes constituidos se ajusta a las normas jurídicas que los estructuran y los dotan de competencia nos encontramos en un estado de «constitucionalidad y de legalidad». Aparentemente y desde un punto de vista formal, parece innecesario reexaminar la cuestión planteada bajo el rubro de «Constitucionalidad y Estado de Derecho», ahora en función del poder político, si lo característico del Estado constitucional de Derecho es que el poder se ejerce de manera limitada y normada por la ley.

Si al ejercerse el poder político se respeta el Derecho se cumple el objetivo esencial del Estado constitucional y resulta ocioso preguntarse lo mismo en otros términos, es decir, ¿el poder político que se ajusta a la norma es legal y constitucional? Sin embargo, esta forma de plantearse el problema pierde de vista que el poder político es dinámico y polifacético y que por ende, no puede ser aprehendido en todas sus manifestaciones y vertientes por la norma jurídica.

Mas aún, el desajuste entre la realidad política y la norma constitucional puede darse no sólo en el plano de la elaboración o aplicación de la ley (constitucionalidad, legalidad), sino en el nivel de los principios rectores de la existencia del Estado de Derecho contenidos en la propia constitución, al reformarla o crear otra (soberanía popular, legitimidad del poder).

Las nociones de legitimidad y legalidad, por ejemplo, frecuentemente confundidas, concebidas erróneamente e inmersa la primera en la segunda, son dos marcos de referencia conceptual que permiten destacar la complejidad y multiplicidad de niveles de relación entre lo político y lo jurídico. El derecho y el poder se condicionan recíprocamente, dependen uno del otro en circunstancias de normalidad social y aun se sirven el uno al otro en casos de irregularidad.

Para comprender mejor la problemática que abordamos, es útil preguntarse si es o no posible que el titular de un órgano constituido, manteniéndose dentro del ámbito de su competencia legal, realice actos de autoridad impulsado por razones ideológicas, por intereses específicos o por presiones políticas, que contradigan o hagan inaplicables preceptos constitucionales, aprovechando imprecisiones de la norma, o alternativas de interpretación de la ley demasiado amplias. Probablemente, desde la rígida perspectiva del positivismo jurídico, se respondería que no puede ser «anticonstitucional» el ejercicio del poder que respeta la norma y que

si no existen recursos legales que el propio ordenamiento jurídico contenga para combatir los efectos de un acto de autoridad en las condiciones descritas es porque así lo ha querido el legislador.

Sin embargo, es a todas luces insatisfactoria una respuesta de tal naturaleza y son insatisfactorias también las viejas fórmulas de que el «Derecho es hermético», de que «no hay contradicción posible al interior del orden jurídico, reduciéndose cualquier aparente incongruencia a un problema de interpretación» y de que la voluntad «del supremo legislador queda expresa en la letra de la ley».

Si la estructura descriptiva de la constitución que organiza al Estado garantizara por sí sola la «constitucionalidad», el análisis del poder político quedara reservado para las disquisiciones teóricas y académicas. Sin embargo, la realidad es muy distinta, de tal suerte que la existencia y sobrevivencia del Estado constitucional de Derecho se debate en una lucha permanente entre dos fuerzas que se disputan la hegemonía (Derecho y poder) y no en una armoniosa y automática convivencia entre ellas, derivada de claras, inequívocas e infalibles prescripciones constitucionales.

En este contexto resulta inobjetable la necesidad de controlar permanentemente el poder político y verificar que su ejercicio no conduzca a una violación de fondo de las normas constitucionales. En este nivel del examen de la constitucionalidad de los actos de gobierno *lato sensu*, no es suficiente el análisis de la correspondencia entre ellos y el marco estructural de los órganos del Estado, por medio del cual se les asigna una competencia y se les imponen límites entre sí y con relación al sujeto individual de Derecho. Lo que tiene que controlarse, esto es, la constitucionalidad que también debe salvaguardarse, es la del espíritu, el *telos* y la *ratio* de la constitución.

En síntesis, bien puede ocurrir que se respeten las normas de procedimiento de creación y modificación de las leyes o de aplicación de las mismas por la autoridad competente, pero también puede darse el caso de que el núcleo de la constitución (las Decisiones Políticas Fundamentales en la terminología de C. Schmitt) sea vulnerado por actos de poder anticonstitucionales, cubiertos por una apariencia de legalidad. De ahí que sea oportuno reflexionar sobre los mecanismos de control de constitucionalidad que conjuren el riesgo del ejercicio ilimitado del poder político en cualquiera de sus modalidades y bajo cualquier subterfugio. Junto a la constitucionalidad jurídica debe existir la constitucionalidad política que podríamos concebir como la que se da cuando el detentador de poder político estatal no sólo respeta el marco normativo, sino muy

señaladamente, la esencia y el espíritu constitucional que subyace en cada precepto de la ley fundamental. La constitucionalidad, entendida como la correspondencia de los actos de autoridad con el contenido de la ley suprema que estructura y limita el poder público, es un concepto y una práctica que deben examinarse simultáneamente, en función del marco legal y de la dinámica real del ejercicio del poder político.

El ejercicio real del poder se da en el marco de un sistema político que no necesariamente en todas sus formas y con todos sus componentes está comprendido en las descripciones constitucionales. Los conceptos tipo de Estado y forma de gobierno tienen un lugar indiscutible en la terminología jurídica y en el apartado constitucional tradicionales. No así, en todos los casos, las categorías sistema político, sistema de partidos, sistema electoral, ideología de los detentadores del poder constitucional, grupos de presión, opinión pública, etc, etc. Para captar la realidad del ejercicio del poder político, no sólo su forma, es menester analizarlo en función de estos elementos de conocimiento que no ofrece por cierto la teoría constitucional, sino la Ciencia Política. En suma, la constitucionalidad como condición y estado normal del ejercicio del poder en el marco de la ley fundamental, requiere para su análisis, de un enfoque simultáneamente jurídico-normativo y político-práctico.

## Concepto y justificación del control de constitucionalidad

El Estado constitucional de Derecho está organizado bajo los siguientes supuestos:

- a) El poder está limitado por el Derecho.*
- b) La constitución organiza y delimita al poder.*
- c) La constitución es la ley suprema del Estado.*
- d) Todas las leyes derivan de ella en una sucesión piramidal en cuya cúspide está la ley fundamental.*
- e) El valor jurídico de superioridad o supremacía constitucional crea y determina la jerarquía de las normas jurídicas, las cuales están subordinadas las unas a las otras (constitución, ley, reglamento, sentencia, etc.).*

La constitución escrita que contiene un procedimiento especial para su revisión distinto al que se emplea para crear o modificar leyes ordinarias, es el caso típico de un ordenamiento legal estructurado sobre la base del

principio de supremacía constitucional. Como consecuencia lógica de este principio, las leyes ordinarias y los reglamentos (respectivamente emanados del poder legislativo y del ejecutivo) deben respetar la constitución desde un punto de vista formal y material. Formalmente, el respeto a la constitución consiste en la observancia de la competencia del órgano que emite la ley o el reglamento y en el respeto puntual del procedimiento legalmente previsto para su emisión. Materialmente, la concordancia con el carácter supralegal de la constitución se refiere al contenido de la ley o del reglamento, los cuales no pueden ir más lejos, ni menos todavía, en contra de las prescripciones constitucionales.

Un primer mecanismo para salvaguardar el carácter supremo de la constitución se concreta en la norma de rigidez constitucional. Si los preceptos constitucionales pudiesen ser modificados con la celeridad y frecuencia con que ocurre tratándose de cualquiera ley ordinaria, se correría el riesgo de que el fundamento legal del Estado, producto de un acto de soberanía constituyente, pudiese ser fácilmente modificado en su esencia, por un poder constituido, asamblea legislativa o congreso. La constitución, ley superior, sólo puede ser reformada entonces, en circunstancias especiales y con observancia de procedimientos *ad hoc* para su revisión. La rigidez constitucional tiene como objetivo central el de salvaguardar la permanencia de la constitución y su carácter de norma superior de la que deriva el resto del orden jurídico positivo escalonadamente.

Queda claro que desde un punto de vista descriptivo, el respeto al orden constitucional y la vigencia del Estado de Derecho están garantizados fundamentalmente por los siguientes principios:

- a) *Supremacía constitucional*;
- b) *Rigidez constitucional*; y
- c) *Límites al ejercicio del poder político mediante la distribución de competencias y los derechos del hombre, plasmados en la constitución*.

Más aún, en constituciones como la mexicana o la española, los titulares de los poderes constituidos adquieren el compromiso personal con el Estado de desempeñar sus cargos dentro del marco constitucional al protestar guardar y hacer guardar la ley fundamental. (Constitución Mexicana, Arts. 87, 97 in fine y 128; Constitución Española, Art. 61.1).

En apariencia, entonces se requeriría simplemente que los poderes constituidos actuaran dentro de la competencia que les asigna la ley fundamental, que sus titulares cumplieran su juramento solemne de «guardar» la constitución, que se observara plenamente (ahí donde está

prescrito) el principio de rigidez constitucional y consecuentemente, que se respetara de manera constante, en todos los casos y niveles del gobierno, *lato sensu*, el principio de supremacía constitucional, para que la vigencia y la sobrevivencia del Estado de Derecho estuvieran plenamente aseguradas.

No obstante, esta situación ideal de «constitucionalidad espontánea o automática» puede ser suplantada y como se sabe, de hecho en muchas ocasiones lo ha sido, por una condición de anticonstitucionalidad originaria, general y permanente, o bien, puede sufrir por lo menos, alteraciones más o menos importantes o frecuentes derivadas de la no observancia en la práctica, de las prescripciones constitucionales estructuradoras y reguladoras del ejercicio del poder. En el tiempo y en el espacio es demostrable, lamentablemente, que en innumerables ocasiones los órganos de gobierno vulneran los derechos fundamentales, actúan fuera del ámbito que les asigna la constitución, invadiendo la esfera de competencia de otro u otros órganos o de plano subvierten todo el orden constitucional, caso concreto de un golpe de Estado.

Consecuentemente, si la constitucionalidad del ejercicio del poder público estuviese garantizada de manera automática, sería por lo menos ocioso indagar sobre los mecanismos de defensa y protección de la constitución. Como no es el caso, resulta imperioso reflexionar en torno a las formas jurídicamente institucionalizadas idóneas y eficaces para asegurar y preservar la preeminencia de la ley fundamental y del Estado de Derecho. Estas formas de organización normativa de protección constitucional sean preventivas o correctivas, en teoría, nunca tendrían que entrar en funcionamiento, si jamás la constitución fuese vulnerada por actos de autoridad o de gobierno *lato sensu* y si el poder del Estado se detuviera en sus límites legalmente establecidos (Derechos del hombre y distribución de competencias). Sin embargo, la conveniencia de su existencia constitucional y de su oportuna y puntal aplicación en caso necesario, se justifican cabalmente por dos razones fundamentales:

- a) *Es indispensable contar con medios de defensa constitucionalmente previstos que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de su núcleo esencial que es la limitación del ejercicio del poder político.*
- b) *En casos de irregularidad parcial del orden jurídico, entendiendo por tal su inobservancia momentánea y fragmentaria por actos de gobierno, los sistemas de defensa y de control de constitucionalidad se traducen en el más importante medio de preservación del Estado de Derecho para conjurar los efectos del acto anticonstitucional.*

Los mecanismos de control de constitucionalidad responden a esquemas normativos y estructurales variados y a concepciones teóricas muy diversas, a cuyo análisis dedicaremos la siguiente parte de este ensayo. Su objetivo, sin embargo, es el mismo: proteger a la constitución en caso de inobservancia por un acto de gobierno en sentido amplio.

El control de constitucionalidad se justifica en síntesis, para que las constituciones no sean ensayos inútiles de limitar el poder político, tendiente naturalmente a ser ilimitado. Los medios de defensa de la constitución, estructurados normativamente por ella, cuya finalidad es la anulación o la abrogación de los actos de gobierno contrarios a la ley fundamental y la destrucción de sus efectos jurídicos, constituyen los sistemas de control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad es un control de la regularidad o control de la conformidad de los actos de los poderes constituidos con la constitución.

## Sistemas y métodos de control de constitucionalidad

En este apartado analizaremos diversos sistemas de control de constitucionalidad con una perspectiva general, haciendo referencia algunos casos concretos, sólo para aclarar algún aspecto relativo a este tema. Existen varias opciones para ordenar una exposición de los sistemas de control de constitucionalidad dependiendo del criterio que se adopte para clasificarlos.

Los criterios pueden ser:

a) Desde el punto de vista del acto de autoridad que se controla:

1. *Control de «constitucionalidad» (legalidad, propiamente dicho) de las normas jurídicas inferiores a la ley ordinaria y de los actos de autoridad por medio de los cuales se aplican.*
2. *Control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad contrarios a la constitución.*

b) Existencia de control normativo o de otros medios de «control», no normados:

1. - *Distintos mecanismos de control (político, jurisdiccional) previstos en la constitución.*
2. - *Ausencia de control normativo y «control» de la opinión pública.*

c) En función de los alcances de las decisiones del órgano que ejerce el control:

1. - *Con efectos erga omnes, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor.*
2. - *Con efectos particulares o limitados al caso concreto, sin invalidar o abrogar la ley.*

d) Dependiendo de su procedibilidad:

1. - *Ex-oficio, a priori, antes de que entre en vigor la ley.*
2. - *A petición de parte, por aplicación excesiva o defectuosa de la ley:*

- a) *En vía de acción.*
- b) *En vía de excepción.*

e) Desde el punto de vista de la naturaleza del órgano que ejerce la función de control de constitucionalidad:

1. - *Órgano legislativo*
2. - *Órgano político*
3. - *Órgano jurisdiccional.*

En realidad cualquiera de estas clasificaciones puede ser útil para abordar nuestro objeto de estudio, aunque de hecho ninguna por sí sola es suficiente. Lo recomendable es tomar alguna de ellas como base y emplear los criterios de las demás según proceda y sea el caso, para lograr un entendimiento cabal del sistema de control de que se trate. Adoptaremos la última de las enunciadas, es decir, la que se refiere a la naturaleza del órgano que realiza la función de control, como base, examinando simultáneamente aspectos tan importantes como el de procedibilidad y el de los efectos jurídicos de la resolución sobre la constitucionalidad del acto de gobierno en sentido amplio, que se examine.

## Control por órgano legislativo

En teoría podría pensarse que las constituciones políticas establecen implícitamente mecanismos de defensa de la constitucionalidad de las leyes, fundamentalmente por medio de dos vías: a) La reforma a la constitución; y b) el proceso legislativo. Podría partirse del supuesto de que mediante la observancia de estos procedimientos se garantizaría la constitucionalidad de las leyes conforme al: a) punto de vista del contenido de la reforma

constitucional o de la creación o modificación legislativa; y b) respecto de la forma o procedimiento de su elaboración, en cualquier caso.

En cuanto a lo primero, es de esperarse que el legislador no contravendrá a la constitución que él conoce mejor que nadie y cuyos alcances normativos tiene muy claros, al reformarla o al crear o modificar una ley. Por lo que respecta a lo segundo, la observancia del procedimiento reformador de la constitución o puramente legislativo, es al efecto, garantía del respeto a lo prescrito en la propia ley fundamental. Analicemos hasta dónde son exactos estos planteamientos.

## Reforma a la constitución

El tema de la reforma a la constitución es amplio y complejo. Los mecanismos o procedimientos de reforma son tantos como para realizar un estudio o una obra exclusivamente en relación con el asunto. La dicotomía clásica rigidez-flexibilidad es a todas luces apenas una aproximación al vasto campo de investigación, pues dentro de la rigidez hay innumerables variantes, pudiéndose encontrar procedimientos más complicados que otros.

Hay casos como el de la constitución mexicana en que la reforma se realiza sin intervención directa, ni indirecta de la ciudadanía, sino por medio de un procedimiento en el que intervienen tanto órganos constituidos federales (iniciativa presidencial y aprobación del congreso de la Unión, por ejemplo), como locales (aprobación de la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas), sin ninguna limitación aparente —sólo aparente— en cuanto a las normas constitucionales que podrán ser reformadas (Art. 135° de la Constitución Mexicana).

Otras constituciones, como la francesa, establecen un procedimiento rígido, limitan el alcance de la reforma, que no puede atentar en contra de la integridad territorial, ni de la forma de gobierno republicano y apelan además a la voluntad popular mediante el referéndum constitucional (Constitución Francesa, art. 89°). A veces el procedimiento varía, dependiendo de la parte de la constitución que habrá de reformarse, además del sometimiento en cualquier caso al referéndum, una vez aprobado el proyecto de reforma por el poder legislativo. Adicionalmente, pueden fijarse límites al momento en que se pretenda iniciar la reforma, no procediendo en los estados de emergencia o de excepción, como ocurre en España (Art. 167 constitucional).

En suma, los procedimientos pueden ser muy diversos, no siendo nuestro objetivo central el de examinarlos exhaustivamente, sino el de referirnos al tema de la reforma constitucional como medio posible o no, de defensa de la constitución. Al respecto, consideramos que sólo en teoría puede plantearse esta posibilidad, pues al argumento de que la constitución autorregula su reforma, en algunos casos mediante un procedimiento rígido y al hacerlo salvaguarda su permanencia y la de cada uno de sus preceptos, pueden hacerse estas dos objeciones:

- a) No es aconsejable, ni confiable desde un punto de vista técnico, ni práctico, dejar en las manos del mismo órgano que emite el acto (en la especie reformas constitucionales cuya constitucionalidad debe ser asegurada) esta misión;*
- b) Nos colocaríamos en el caso de que los congresos o parlamentos serían simultáneamente jueces y partes.*

## Proceso legislativo

Similar al caso anterior, está nuestro interés en referirnos al proceso legislativo, constreñido a examinar su viabilidad como medio de control de constitucionalidad de las leyes. En todo Estado de Derecho la función legislativa se confía a órganos colegiados (sistemas unicamerales o bicamerales) siempre de elección popular —al menos uno de ellos—, los cuales con la concurrencia de otros poderes constituidos (ejecutivo, derecho de iniciativa y de veto; asambleas locales, en casos de estados con autonomía de sus provincias, derecho de iniciativa) crean o modifican las leyes mediante procedimientos constitucionalmente prescritos.

Independientemente de su multiplicidad, podría pensarse que estos procedimientos, expresamente normados en las cartas fundamentales, pueden servir como medios de defensa de la constitución en dos vertientes:

- a) Formalmente respetando el mecanismo jurídico-legislativo; y materialmente impidiendo que la ley anticonstitucional, que en forma de proyecto será discutida, sea aprobada por un parlamento o congreso en un debate en el que su anticonstitucionalidad quede de manifiesto.*
- b) Políticamente, en virtud de que ningún partido político representado en el poder legislativo deseará cargar sobre sus hombros el peso del des prestigio de haber creado o de haber contribuido a la formación de una ley anticonstitucional. El debate parlamentario sirve para poner de manifiesto públicamente el carácter contrario a la constitución de la ley que se pretende reformar o aprobar.*

En realidad, si se toma en cuenta la dinámica del proceso legislativo en la práctica, el juego y rejuego de intereses que mueven a un parlamento e inclusive, en los sistemas presidencialistas, el peso político de un poder ejecutivo deseoso de que sea aprobada una ley, será fácil percibir que los argumentos a favor del proceso legislativo como medio de control de la constitucionalidad son más bien retóricos y poco defendibles en el terreno de los hechos. Además, son aplicables las objeciones de parcialidad que hicimos al referirnos al tema de la reforma constitucional, pues nuevamente aquí el órgano legislativo actuaría como juez y parte. Descartamos entonces, la posibilidad de que el control de constitucionalidad de las leyes se confie a un órgano legislativo, no siendo casual, por cierto, que prácticamente todos los tratadistas omitan su análisis al referirse al tema que nos ocupa.

## Control por órgano político

Tradicionalmente se conocen dos formas de control constitucional normativamente estructuradas, en cuanto a la naturaleza del órgano que lo ejerce:

- a) Control por un órgano político; y*
- b) Control por un órgano jurisdiccional.*

El control por un órgano político se asigna a un organismo distinto a los poderes constituidos que necesariamente se coloca por encima de ellos. A diferencia de un juez que juzga conforme a las leyes, el órgano político juzga a las leyes mismas. Otra opción menos frecuente es que ese órgano sea uno de los poderes públicos ya existentes.

Francia es un Estado que ha tenido una experiencia considerable en la materia, asignando la función de control de constitucionalidad a un órgano político. Entre otros casos son de mencionarse las dos constituciones de los Napoleones (13 de diciembre de 1799 y 14 de enero de 1852) que confiaban la función de control a sendos Senados; el *comité constitucional* previsto en la constitución de la IV<sup>a</sup> República de 1946, cuyas facultades limitadas a un veto suspensivo, lo hicieron caer en descrédito y el más eficaz y dinámico *conseil constitutionnel* de la constitución francesa vigente de 1958. La constitución alemana de Weimar es otro caso de asignación de la función de control a un órgano político, en la especie, al presidente del

Reich. Sólo que aquí se trata de obviar el peligro de crear un órgano supraordinado a los poderes constituidos, mediante la estructuración de un poder neutro e intermediario al que C. Scmitt en su obra «Der Hüter der Verfassung» (El protector de la constitución), considera al mismo nivel de los órganos constituidos, aunque revestido de atribuciones especiales. México tuvo ya también una experiencia en la materia, en la constitución conservadora de 1836, la que asignaba al *supremo poder conservador* entre otras, atribuciones relativas al control de constitucionalidad.

El órgano político se caracteriza por la forma de selección de sus integrantes, propuestos por los poderes constituidos y porque ante él no se realizan procedimientos jurisdiccionales, formal y legalmente estructurados.

Uno de los puntos más controvertidos sobre los aspectos teóricos y la eficacia práctica del control político se refiere a la imparcialidad e independencia del órgano de control. El problema de fondo consiste en que un órgano de esta naturaleza oscila en cuanto a su imparcialidad y eficacia entre la sumisión al poder político cuyo ejercicio constitucional debe controlar y la supraordinación a los órganos públicos, al absorber una dosis de poder excesiva que le permite anular sus actos y decisiones, colocándose en un plano de superioridad frente a los órganos controlados. Es oportuno apuntar que sí ha podido lograrse un equilibrio entre estos extremos, ejemplo de lo cual es el *Conseil Constitutionnel* francés, de la V. República, el cual gradualmente ha pasado a la categoría de órgano de control jurisdiccional.

Nos parece que los aspectos de imparcialidad y relación del órgano de control con los poderes constituidos, ciertamente de primera importancia, no son preocupaciones válidas exclusivamente para el tipo de órgano político. Su concreción es indispensable también tratándose del órgano de control jurisdiccional, resultando hasta cierto punto aventurado sostener cualquiera de estas dos tesis:

- a) *Que a todo órgano de control político corresponderán necesariamente las deficiencias de parcialidad y sumisión o en su caso, sometimiento a los poderes constituidos cuyos actos deberá controlar; o bien*
- b) *Que todo órgano de control jurisdiccional está atribuido de imparcialidad y se halla en una posición de equilibrio e independencia frente a los órganos controlados.*

Al examinar con cuidado ciertos fallos de la corte suprema norteamericana, paradigma del control jurisdiccional, observaremos cómo en ocasiones se muestra muy conservadora y en otras más liberal al emitir sus resoluciones (libre empresa o cuestiones raciales, respectivamente) ¿Por razones ideológicas de los jueces solamente? o tal vez también, por presiones del poderoso sector económico-financiero de la unión americana.

El problema a resolver consiste en lograr que el órgano que controla, cualquiera que sea su naturaleza, pueda controlar independiente, eficaz y equilibradamente. Es decir que esté en condición de cumplir con su misión de mantener en ejercicio su competencia constitucionalmente prevista y de contribuir en suma, a la conformidad constitucional de todos los actos de gobierno. El asunto quiérase o no es político, toda vez que se trata de controlar el ejercicio del poder. Como tal no es nuevo, pues participa de la misma complejidad del equilibrio de los propios poderes constituidos, descrito formalmente mediante la técnica constitucional de la distribución de competencias, pero sometido en la realidad, como todo fenómeno de poder, a la permanente tensión que crean los afanes de un órgano por ser superior a los demás.

El sistema perfecto de los *checks and balances* y de la división de poderes sigue vigente tal cual, pero en las concepciones de Montesquieu. En cambio, en el terreno de los hechos, el punto a dilucidar sigue siendo el mismo que inspiró a los clásicos y a toda la corriente constitucionalista que los siguió: ¿cómo lograr establecer límites y controlar a un poder, que tal vez, por su propia naturaleza tiende a ser ilimitado?

# El control por órgano jurisdiccional

En este apartado analizaremos el sistema de control sin duda, más difundido y que ofrece un número considerable de variantes. Su examen puede realizarse con base en el órgano que lo efectúa, en cuyo caso distinguiremos entre el control por los tribunales ordinarios o por un tribunal especialmente facultado para ese propósito.

También es factible enfocar el problema en cuanto a la materia objeto del control de constitucionalidad, en donde tendríamos:

- a) Control de la constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de ley.*
- b) Conflictos de atribuciones de los distintos poderes constituidos entre sí y tratándose de un sistema federal, entre los poderes del Estado y los de las entidades federativas;*
- c) Control de la constitucionalidad de tratados internacionales;*
- d) Protección de los derechos de las personas jurídicas, cuando éstos son violentados por actos de autoridad.*

Otra posibilidad es desde luego, la relativa a los efectos de la resolución del órgano, los cuales pueden ser particulares, es decir, referidos al caso concreto, o generales, esto es, invalidatorios de la ley y por ende, *erga omnes*.

Una opción más sería la de estudiar quiénes son los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control una declaración de anticonstitucionalidad.

Estos pueden ser:

- a) Cualquier persona jurídica con un interés específico y legítimo en el caso concreto (Méjico).*
- b) Los titulares o miembros de los poderes constituidos del Estado (España).*
- c) El juez que, suponiendo una posible anticonstitucionalidad de la ley que debe aplicar al juzgar el litigio del que conoce, se dirige al órgano de control para que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad de la misma (Alemania).*

Puede examinarse el asunto también, en cuanto a la forma o al procedimiento que se emplea para presentar la cuestión de constitucionalidad, la cual puede plantearse:

- a) *En vía de acción, promovida por el sujeto de derecho (actor) afectado por el acto de autoridad (lato sensu), el cual inicia un proceso judicial distinto a aquel en el que se produjo la violación de sus derechos, ante una autoridad dotada de jurisdicción especial.*
- b) *En vía de excepción, caso en el que el planteamiento de anticonstitucionalidad se presenta como un incidente dentro del mismo proceso en el que no se realiza un nuevo juicio o un juicio especial, sino se desahoga la cuestión dentro del proceso, ante la misma autoridad que conoce del caso, o ante su superior jerárquico, de conformidad con los recursos procesales establecidos al efecto.*

En realidad, todos estos elementos o criterios de clasificación deben ser tomados muy en cuenta al examinar el tema de control de constitucionalidad jurisdiccional, e inclusive político, si se quiere obtener una perspectiva completa del caso específico que se estudie, además de que, según cada Derecho positivo que estructura normativamente el sistema de control, es fácil advertir que se encuentran combinados o mezclados.

Continuemos nuestra exposición refiriéndonos al órgano que realiza la función de control, esto es, analizando si ésta se confía a los tribunales ordinarios o si en cambio, se asigna a un tribunal especial.

Del tipo de control jurisdiccional efectuado por los tribunales ordinarios, designado también con el término «difuso», precisamente porque está disperso en cada uno de ellos, es paradigma el sistema norteamericano. De esta suerte, nos guiarímos por los rasgos generales del caso norteamericano para referirnos a este tipo concreto de control. La tesis central que apoya el ejercicio del control de constitucionalidad por tribunales ordinarios parte del supuesto de que la revisión de la conformidad de las leyes con la constitución, es un problema jurisdiccional que no presenta *per se*, ninguna originalidad desde el punto de vista de su naturaleza. Por ende, es igualmente natural confiársela a tribunales y a jueces comunes. El mecanismo esencial que emplearán estos jueces para cumplir su misión se basa en el siguiente razonamiento: la función de todo juez, antes de aplicar una ley al caso concreto que se le presenta, es la de interpretarla con fundamento en tres reglas generales de Derecho principalmente:

- a) *La ley superior prevalece sobre la ley inferior;*
- b) *La ley específica prevalece sobre la ley general; y*
- c) *La ley posterior prevalece sobre la ley anterior.*

En caso de conflicto de leyes de igual jerarquía normativa se aplican los dos últimos principios; tratándose de leyes de distinta fuerza normativa, opera el primero. Así, cualquier juez, ante la opción de aplicar una ley contraria a la constitución, o no aplicarla, tomará la segunda alternativa, salvaguardando la vigencia de la ley fundamental y del principio de superioridad normativa. El problema que nos interesa explorar específicamente (control de constitucionalidad) como podrá observarse, se simplifica enormemente y se reduce a la observancia del principio de que “la ley superior prevalece sobre la ley inferior”, al que debe atenerse cada juez en cada controversia que sea sometida a su jurisdicción. El control de constitucionalidad lo efectúa por consiguiente, un órgano judicial superior, inferior, federal o estatal, porque todo juez debe interpretar la ley y no aceptarla en caso de ser anticonstitucional.

Salta a la vista un serio problema que podría presentarse: ¿qué ocurre si un juez considera anticonstitucional una ley y por lo tanto no la aplica, mientras que otro sí lo hace por no encontrarla contraria a la ley fundamental? Es decir, ¿qué garantía existe de una interpretación o control de constitucionalidad uniforme en un sistema «difuso» de control? Para responder a estas interrogantes es necesario tener en cuenta lo siguiente:

- a) *Este sistema es típico de los países que fueron colonias inglesas, como Estados Unidos, Canadá o Australia, es decir, países de la Commonwealth y de derecho consuetudinario.*
- b) *En estos países rige el principio denominado «Stare decisis».*

En este sistema existe una suprema corte que representa la jurisdicción federal superior que controla y uniforma las tesis de las cortes o tribunales inferiores, correspondiéndole fijar en última instancia la interpretación de la constitución y el pronunciamiento de anticonstitucionalidad. La corte suprema es la institución jurisdiccional garante de la constitución federal en el sistema de «judicial review».

Una opción distinta de control jurisdiccional consiste en conferírselo a un tribunal especial. La base teórica de este sistema es la consideración de que la cuestión de constitucionalidad de las leyes requiere, por su importancia, de jueces dotados de un conocimiento jurídico, de un prestigio y de una independencia superiores a los de los jueces ordinarios. Llevando a sus últimas consecuencias la teoría de la separación de poderes y la supremacía de la constitución y de la ley, resulta insostenible la idea de que los miembros de uno de los poderes públicos, los jueces (civiles, penales, administrativos) puedan invalidar una norma jurídica y no

aplicarla. Los jueces son incompetentes para «juzgar» una ley y su deber de interpretación no debe anular la presunción de validez de la ley que habrán de aplicar.

En suma, su competencia no alcanza la cuestión de constitucionalidad, la cual queda reservada para el tribunal especial competente en la materia. Los jueces ordinarios deben considerar que las leyes no contradicen a la constitución y aplicarlas, esperando a que el tribunal constitucional ratifique o rectifique en su caso, su «apreciación».

Este sistema apareció por vez primera en la constitución austriaca de 1920, obra del eminentísimo Hans Kelsen, razón por la cual algunos teóricos lo denominan «sistema austriaco» y es el predominante en Europa con una presencia cada vez mayor en América, substituyendo gradualmente al sistema «difuso», al haber demostrado su superioridad y eficacia para proteger a la constitución.

Tribunales constitucionales de gran importancia y prestigio se encuentran en el caso de España, que tiene un tribunal constitucional; de Italia con su *Corte Costituzionale*; de Alemania que cuenta, con el *Bundesverfassungsgericht*, además de Turquía y Portugal. Precedentes de estos tribunales constitucionales *ad hoc*, los encontramos en Checoslovaquia (ley constitucional de 1920); y en los Estados de Baviera (1818) y de Sajonia (1831).

A diferencia del sistema de los países del *common law*, en el que el pronunciamiento de anticonstitucionalidad de la ley tiene efectos particulares, precisamente por el hecho de que cualquier juez puede hacerlo refiriéndose al caso de que conoce exclusivamente, en forma de incidente o por vía de excepción, la resolución de un Tribunal Constitucional tiene efectos *erga omnes*, como regla general. Este sistema ofrece variantes, pues en ocasiones, por ejemplo, la vía de acción que le es característica para plantear la cuestión de constitucionalidad, puede ser acompañada en el caso de un tribunal especial, por la vía de excepción. En Alemania, por ejemplo, un ciudadano tiene acceso al *Bundesverfassungsgericht*, sito en Karlsruhe. En Italia en cambio, los ciudadanos no tienen derecho de acción directa, pero ahí sí existen los dos mecanismos de presentación de la cuestión de constitucionalidad, es decir, la vía de acción y la vía de excepción ante la *Corte Costituzionale*.

Las características de cada sistema podemos resumirlas, así:

a) Sistema de control de la constitucionalidad por tribunales ordinarios.

- 1.- El sistema es «difuso», pues cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad.
- 2.- Esta se plantea por vía incidental o de excepción.
- 3.- Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto.
- 4.- Rige el principio de «*Stare decisis*».
- 5.- Una corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de la constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.

b) Sistema de control conferido a un tribunal especial.

- 1.- El sistema es «concentrado», pues la cuestión de constitucionalidad la pronuncia un sólo tribunal, estando limitado el número de instancias que pueden plantearla.
- 2.- Normalmente se presenta la pregunta sobre la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos de vía de excepción.
- 3.- Los alcances del pronunciamiento tienen efectos *erga omnes*.
- 4.- No rige el principio del «*Stare decisis*», por lo que,
- 5.- Debe ser un solo tribunal el que emita la única resolución obligatoria para todos los casos.

No olvidemos que estos rasgos distintivos pueden eventualmente estar entremezclados, siendo la tipología sugerida, sólo descriptiva en lo general, pero no limitativa.

Es interesante señalar que en el caso de México, no hay división sobre el carácter de control jurisdiccional del control de la constitucionalidad. Sin embargo, en cuanto a cuál de los tipos descritos es el que corresponde a nuestro país, hay quienes consideran que se trata de un «sistema mixto», sobre todo, porque desde 1995 se incluyeron en nuestro sistema, medios de control propios del sistema concentrado, tales como la acción de anticonstitucionalidad, las controversias constitucionales y los procedimientos aplicables a la materia política y electoral. A esto debe agregarse que desde esa fecha, la suprema corte de justicia sólo ejerce atribuciones relativas a la materia constitucional, razón por la que algunos otros estudiosos consideran equivocadamente, que en México existe un tribunal constitucional como los europeos y con un exceso evidente de optimismo, que en nuestro país tenemos ahora un sistema de control de constitucionalidad debidamente estructurado, según el sistema de control «concentrado», siendo ambos puntos de visto, desde luego, erróneos. (Para mayor información, véanse nuestras obras «Teoría constitucional» y «El control de la constitucionalidad en el Derecho comparado», ambas publicadas por el CEDIPC, en 2000 y en 2001, respectivamente).

Considerando siempre la importancia de los aspectos de carácter teórico, nos parece más importante resolver cuestiones como las siguientes, relativas a nuestro sistema de control de la constitucionalidad, las que sólo mencionaremos brevemente, sin dejar de señalar que de su adecuado tratamiento dependerá en el futuro, la efectividad del sistema mexicano de control de la constitucionalidad, actualmente pletórico de fallas estructurales y de aplicaciones incongruentes por los ministros de la suprema corte de justicia:

- a) Reestructuración del órgano de control, principalmente, en cuanto al procedimiento de designación de los ministros de la suprema corte y a los requisitos que deben reunir estos jueces;*
- b) Diseño de los medios de control de la constitucionalidad, actualmente llenos de incongruencias, particularmente, los que están previstos en el artículo 105 constitucional;*
- c) Conforme al inciso anterior, modificación de los procedimientos para aplicar los medios de control de constitucionalidad;*
- d) Revisión y corrección de las normas que regulan las resoluciones del órgano de control en nuestro país; y*
- e) Determinación congruente con lo anterior, de los efectos de las sentencias de la suprema corte en cada caso.*

Como es fácil de advertir, un sistema de control que requiere la corrección de todo lo aquí referido, difícilmente puede cumplir con sus dos objetivos genéricos de gran importancia en un Estado democrático de Derecho, a saber:

- a) Controlar el poder político; y*
- b) Proteger a la constitución, destruyendo efectivamente, los actos y las decisiones anticonstitucionales de los detentadores del poder político.*