

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO MEDIO DE DEPURACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Miguel Ángel Castillo Soberanes

Sumario: I. Introducción; II. El principio de la división de poderes y su replanteamiento como colaboración de los mismos; III. Los diversos sistemas jurídicos y la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes; IV. El juez y la interpretación constitucional; V. La adopción de la declaratoria general de inconstitucionalidad como medio para asegurar la supremacía constitucional; VI. Posibilidades de implantación en nuestro sistema de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

Analizar un tema como el de la declaratoria general de inconstitucionalidad y las posibilidades de implantación de ésta en nuestro sistema jurídico reviste un alto grado de dificultad, no sólo por la profusa bibliografía sobre el tema, que complica terriblemente el camino para aportar planteamientos novedosos, sino también por la siempre nacionalista convicción de que nuestro juicio de amparo funciona perfectamente. Sin embargo, lo que es cierto es que nuestro juicio de amparo ha venido quedando a la zaga de otros ordenamientos jurídicos, en el caso concreto de la impugnación de leyes inconstitucionales, ya que seguimos conservando el viejo e inmaculado principio de la fórmula Otero en cuanto a la relatividad de las sentencias de amparo.

Y si bien es verdad que se han articulado una serie de reformas que pretenden mejorar la organización y funcionamiento del Poder Judicial Federal, que contribuyen teóricamente a la conversión de nuestra Suprema Corte de tribunal casacionista a tribunal constitucional, destacando fundamentalmente la facultad de la Corte de sólo conocer cuestiones estrictamente constitucionales y de tener discrecionalidad para conocer en revisión de los amparos que por circunstancias especiales así lo ameriten –fundándose con esta discrecionalidad una especie de *certiorari*–, por lo que se ha declarado –doctrinariamente– que nuestra Suprema Corte es de hecho un tribunal constitucional.

Empero, lo que también es verdad es que, para que nuestro máximo tribunal llegue a ser un verdadero tribunal constitucional, con un efectivo control sobre las disposiciones constitucionales, se hace necesario que las resoluciones que emita sobre la inconstitucionalidad de las leyes tengan efectos *erga omnes*, a la manera de los sistemas europeos y algunos latinoamericanos donde operan estos tribunales, en donde no sólo se ha logrado realizar una efectiva labor de control constitucional, sino también una protección muy importante de los derechos fundamentales que asisten a los particulares, respetándose de esta manera el sacro principio de la igualdad jurídica.

Pensamos, en suma, que al presunto perfeccionamiento de nuestro máximo tribunal le hace falta la introducción de la declaratoria general de inconstitucionalidad y ahora, que la coyuntura actual se presenta favorable para la consideración de propuestas, retomamos la convicción de los argumentos de la doctrina que simpatiza con la declaratoria para replantear una cuestión que, lamentablemente, se ha venido relegando en nuestro sistema jurídico, pero que, dadas sus virtudes, siempre la podemos conceptualizar como un formidable estímulo de superación de nuestro orden jurídico.

I. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL REPLANTEAMIENTO COMO COLABORACIÓN DE LOS MISMOS

Tradicionalmente se ha concebido al principio de la división de poderes como un dogma clásico, inmutable dentro del mecanismo democrático de cualquier sociedad, herencia del constitucionalismo francés que consideraba que una Constitución sin división de poderes y sin declaración de derechos no podía ser una verdadera Constitución¹. Corolario de esta perspectiva fue la implantación de tal principio, como una de las decisiones jurídico-políticas fundamentales que conforman –por regla general– a toda Carta Magna².

La validez de esta concepción monolítica de la división de poderes, en la actualidad, se ve cuestionada por la doctrina, la cual nos advierte que ni aun en sus orígenes implicó una separación tajante entre los poderes.

Efectivamente, el principio de la división fue concebido para que se pudieran realizar más eficazmente las tareas del gobierno, lo que puede comprobarse con las recomendaciones que formulaba Aristóteles para que las funciones de los jueces no se aglutinasen con las de los legisladores y para que existiera rotación y continuidad en los cargos públicos, etcétera, pero no esencialmente con la intención de que el poder contenga al poder o lo limite³. Si esta intención hubiera prevalecido, no se contaría en la historia que, en algunos momentos, hubo gobiernos de un solo hombre que reunía y ejecutaba las tres funciones básicas, sin que esa conjunción significara despotismo o autoritarismo⁴.

¹ El artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía que «la sociedad que no tiene asegurada la garantía de sus derechos, ni tiene determinada la separación de sus poderes, carece de Constitución». Cfr., Loewenstein, Karl., **Teoría de la Constitución**. Barcelona, Ediciones Ariel, 1964, p.54.

² Vid., Schmitt, Carl., **Teoría de la Constitución**. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1934, p.212.

³ Cfr. Aristóteles., **Política** (traducción de Julián Marías). Madrid, Ed. Estudios Políticos, 1951, pp.193-194.

⁴ Cfr. Loewenstein, Karl., **op.cit.**, p.56.

Con las doctrinas de Loocke, Montesquieu y Rousseau, la intención de la división de poderes –de que el poder detenga al poder– parece llegar a su punto culminante, tal como lo demuestra la experiencia inglesa que, con el fortalecimiento del Parlamento, se logró reducir el exceso de facultades del monarca a través de experiencias dolorosas como la de Carlos I. Empero, también se manifestaron síntomas que apuntaron un serio cuestionamiento de esta concepción rígida, tales como el énfasis de Loocke para señalar la posición privilegiada del Legislativo en la técnica de gobierno, posición que se resume en la frase de que «ni el poder arbitrario absoluto ni el gobierno sin leyes fijas pueden ser compatibles con los fines de la sociedad y del gobierno»⁵.

Pero el hecho de que un poder tenga la preeminencia, aun dentro del marco de la teoría clásica de la división de poderes, nos enseña que no debe tomarse como fórmula absoluta aquello de que el poder detiene al poder, porque, según las circunstancias históricas, cierto poder puede tener la preeminencia sobre los otros, sin que ello signifique la negación de los valores democráticos del Estado de Derecho⁶.

Ciertamente, dependiendo de la etapa histórica en que se viva, habremos de encontrar el predominio de determinado poder sobre los otros. Así, en la Inglaterra de los tiempos de Loocke, el Poder Legislativo predominó sobre el Ejecutivo y en la Revolución Francesa era el predominio del Legislativo y el Ejecutivo sobre el Judicial, en virtud de la prohibición terminante que existía de que éste conociera sobre asuntos de la administración⁷.

En nuestra realidad contemporánea es un hecho evidentemente reconocido –tanto por los que lo condenan como por los que lo toman

⁵ Cfr. Loocke, John., **Ensayo sobre el Gobierno Civil**. México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p.88.

⁶ Sobre la compatibilidad del Estado de Derecho con la preeminencia de un poder, particularmente hablando del control jurisdiccional, véase a Legaz y Lacambra, Luis., **Humanismo, Estado y Derecho**. Barcelona, Editorial Bosh, 1960, pp.168 y 169.

⁷ Cfr. Nava Negrete, Alfonso., **Derecho Procesal Administrativo**. México, Editorial Porrúa, 1959, pp.168-169.

naturalmente— el predominio del Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes⁸.

Este hecho evidente representa el cuestionamiento máximo a la teoría de la división de poderes monolíticamente considerada. Ante la hegemonía del Poder Ejecutivo, resulta difícil sostener con propiedad que los tres poderes deben ser independientes y que no deben interferirse en el desempeño de sus tareas. En esta perspectiva, cierto sector de la doctrina, casi en forma unánime, deja a un lado el concepto rígido de la división de poderes, para dar paso a la llamada colaboración de poderes.

En esta nueva óptica, lejos de atacarse la preeminencia del Ejecutivo, la doctrina habla de lograr la mejor adecuación de éste con respecto de la garantía de legalidad y con la constitucionalidad, considerada ésta en términos generales. En tal sentido, el Poder Legislativo, lejos de ser —como antaño— el titular exclusivo de la facultad de legislar, debe dar paso a la capacidad técnica del Ejecutivo para ello, y, a su vez, convertirse en un poder deliberante, que cuestione —hasta el máximo posible— todas las iniciativas y proyectos que presente el Ejecutivo⁹.

El Poder Judicial, a su vez, lejos de ser un simple aplicador mecánico de la ley, es un defensor e intérprete de la Constitución¹⁰ y un equilibrador

⁸ Respecto del predominio del Poder Ejecutivo existe una abundante bibliografía, véase Gros Espiell, Héctor., «El predominio del Poder Ejecutivo en América Latina» en el libro de idéntico nombre. México, UNAM, 1977, pp.1123; Orozco Henríquez, José de Jesús., «El sistema presidencial en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior», en **El Sistema Presidencial Mexicano**. México, UNAM, 1988, pp.1147.

⁹ Sobre los elementos técnicos que hacen que recaiga la función legislativa en el Ejecutivo y el papel del Legislativo como «órgano deliberante», *vid.* Quiroga Lavié., «Representación Popular y división de poderes», en **Anuario Jurídico**. México, UNAM, Volumen VI, 1979, pp.236244.

¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «El juez ante la norma constitucional», en **Revista de la Facultad de Derecho de México**. México, No. 57, Tomo XV, Enero-Marzo, 1965, pp.27-30. También puede consultarse a Maclean, Roberto., «El poder discrecional del juez», en *Revista del Foro*. Lima, No.1, Año LXXXI, 1984, p.10; Recaséns Siches, Luis., **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, p.77; Silva y Nava, Carlos de., «La jurisprudencia», en **Curso de Actualización de Amparo**. México, División de Estudios Superiores, UNAM, 1957, p.111.

de los tres poderes tradicionales¹¹. Bajo esta tesitura, sin llegar a convertirse en un férreo opositor de la política del Ejecutivo, debe poner límites a la acción de este poder mediante resoluciones que le adviertan de su hipertrofia, fuera del Estado de Derecho, no es un mal necesario, sino un mal tolerable.

La llamada colaboración de poderes, en suma, constituye el replantamiento de la vieja concepción —de la división de poderes— que, con todo y su anacronismo, todavía sigue imperando en nuestro sistema jurídico.

Analizando el principio de la división de poderes, nos encontramos con el hecho de que siempre ha sido defendido en su máxima integridad. Empero, esa defensa de la dimensión integral del principio ha tenido que reconocer las excepciones que plantean la técnica de gobierno y la tesis moderna de la colaboración de funciones. Algunas de esas excepciones se manifiestan en:

A. El ejercicio de las facultades extraordinarias del Presidente de la República en el caso de la suspensión de garantías (artículo 29 constitucional). A través de la historia nacional, hemos visto un uso frecuente de estas facultades, justificado en ciertas ocasiones y en otras no; a veces combatiendo su empleo indiscriminado con resultados satisfactorios, en ciertos casos, y en otros no¹².

Pero, independientemente de unos y otros, el sistema ha tenido que reconocer una importante limitación a la tesis tradicional de la división.

B. La regulación que el Presidente de la República hace de las tarifas de exportación e importación, además de otros aspectos comerciales. Esta excepción tuvo que ser forzosamente reconocida en nuestro sistema con la consagración definitiva del principio de división de poderes en el artículo 49

¹¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, «Valor actual del principio de la división de poderes en las Constituciones de 1857 y 1917», en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Año XX, Nos. 5859, Enero-Agosto de 1967, pp.29-103.

¹² Cfr. Carpizo, Jorge., *La Constitución Mexicana de 1917*. México, UNAM, 1980, pp.200-212.

constitucional, toda vez que se diseñó originariamente para que ya no siguiera existiendo el uso indiscriminado de facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo; pero, ante la realidad concreta de que sólo este Poder cuenta con los elementos técnicos para afrontar los problemas que implican las relaciones comerciales, se tuvo que consagrar la importante excepción del 131 constitucional¹³.

C. La existencia y funcionamiento de los llamados tribunales administrativos. Como era natural, dada la especial naturaleza de los asuntos laborales, administrativos, fiscales, etcétera, todas estas materias debían ser atendidas por tribunales especializados que tuvieran autonomía suficiente para resolver con eficacia los asuntos que se les planteasen¹⁴. Este paso natural hacia los tribunales especializados fue duramente cuestionado por su falta de consagración oportuna en el texto constitucional, pero ya establecida la objeción tuvo que desaparecer para tornarse en reconocimiento de otra importante excepción al principio de la división de poderes¹⁵.

Fuera del reconocimiento de estas tres importantes salvedades que comentamos, en nuestro sistema se ha defendido vehementemente al principio de la división de poderes, lo que queda comprobado con la implantación del Ministerio Público¹⁶, con el principio de instancia de parte agraviada en el amparo¹⁷ y,

¹³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, «Valor actual...», *op.cit.*, pp.54-55.

¹⁴ Por una interpretación errónea del artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se había considerado que los Tribunales Administrativos formaban parte de dicho Poder Judicial Federal; sin embargo, el actual artículo 1º ya no los consigna, por lo que ahora podemos hablar que estos tribunales tienen verdadera autonomía en relación al Poder Judicial y también al Ejecutivo, del cual sólo dependen económicamente hablando.

¹⁵ Este reconocimiento se produjo en el artículo 104, fracción 1, párrafo segundo, de la Constitución Federal.

¹⁶ En los debates del Constituyente 1916-1917 se quiso respetar el principio de la división de poderes y se vio la necesidad que existía de quitar a los jueces la facultad que tenían, *ex officio*, de seguir todo proceso, con lo que se separaba al Ministerio Público del modelo francés y de las funciones de policía judicial que tenía asignadas, pues se desvincula al Ministerio Público del juez de instrucción y lo organiza como una entidad autónoma e independiente del Poder Judicial, con las atribuciones exclusivas de investigación y persecución del delito. Cfr. **Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917**, Tomo I, p.390.

¹⁷ Con el principio de instancia de parte agraviada –se dice–, se ha logrado la estabilidad entre los tres poderes, ya que el Judicial no examina oficiosamente los actos de autoridad, sino hasta que se produzca el perjuicio individual y concreto, a diferencia de lo que hacía anteriormente el Supremo Poder Conservador. Cfr. Burgoa, Ignacio., **El Juicio de Amparo**. México, Editorial Porrúa, 1973, pp.251-252.

más recientemente hablando, con la instauración del Tribunal Federal Electoral¹⁸.

No obstante esta defensa del principio de la división de poderes, la misma ha tenido una proyección negativa, tal como queda demostrado con las atribuciones del Procurador General de la República en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado, en la asesoría jurídica de las entidades gubernamentales, etcétera, y como atribución principal la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal. De todas estas atribuciones, como puede verse, algunas resultan incompatibles, por lo que se ha propuesto que el Ministerio Público sea autónomo e inamovible, ya que por la dependencia directa con el Ejecutivo ha originado desconfianza, puesto que esta dependencia lo subordina a intereses y presiones del superior de quien depende, quedando ausente la imparcialidad con la que debiera actuar¹⁹.

De la misma forma, estos aspectos negativos se demuestran con el estado de indefensión que tiene el ofendido por el delito en relación

¹⁸ Sobre la organización de este relativamente reciente Tribunal es conveniente consultar el folleto de divulgación que al respecto publicó el mismo Tribunal, en los Talleres Gráficos de la Nación, 1991, en el que se da cuenta que este organismo se compone de 5 salas, una central y cuatro regionales, cuyas sedes son las actuales cabeceras de circunscripciones plurinominales: Durango, Guadalajara, Jalapa y Toluca.

En el mismo folleto es perceptible el respeto que este Tribunal, al igual que su antecesor, el Contencioso Electoral, guarda en relación al principio de la división de poderes, ya que queda remarcada la posibilidad de que las resoluciones que emita «puedan ser revisadas e, incluso, modificadas» por los Colegios Electorales.

¹⁹ Don Luis Cabrera, en relación con este problema, propuso que el Ministerio Público Federal fuera designado por el Congreso de la Unión, fuera también inamovible y con la misma dignidad que los ministros de la Suprema Corte. Asimismo, señaló que debía ser independiente del Ejecutivo y pagado dentro del presupuesto del Judicial e, independientemente de la institución del Ministerio Público, debería existir un Abogado o Procurador General de la Nación. Al respecto *vid.* «La misión constitucional del Procurador General de la República», en **Revista Mexicana de Justicia**. Número Especial de la Procuraduría General de la República, pp.59-61. Cabe hacer mención que la Constitución italiana de 1948 sitúa al Ministerio Público en el Poder Judicial, gozando de las garantías que se confieren a éste (artículo 107) y en la Constitución venezolana de 1961 se establece una separación de funciones, ya que, por una parte, la Procuraduría General de la República estará a cargo y bajo la dirección del Procurador General de la República, con las atribuciones de representante y asesor del Gobierno; por otra parte el Ministerio Público estará a cargo o bajo la responsabilidad del Fiscal General de la República con la atribución principal de ejercitar la acción penal (artículo 200-203 y 218-222).

con el llamado monopolio del ejercicio de la acción penal²⁰, con la degeneración que sufre el flamante Tribunal Federal Electoral con su exclusión del conocimiento de la calificación de elecciones²¹ y con el anquilosamiento crónico de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, por la interpretación restrictiva que se hace de la fórmula Otero. Por esta interpretación, erróneamente se piensa que la función de mantenimiento de la Constitución debe desarrollarse con el más estricto apego a la división tradicional de poderes cuando, en realidad, la Constitución coloca al Poder Judicial en una situación de primacía para que pueda desempeñar su labor, la cual no debe entenderse como un rompimiento de la división de poderes, sino más bien como el replanteamiento que hace de la tesis de la colaboración de funciones, ya que si el Ejecutivo requiere de la mayor suma de facultades para hacer frente a las complejidades técnicas del mundo contemporáneo, el Judicial también requiere de esta suma de facultades para efectuar con éxito su misión de mantener la Supremacía constitucional²².

II. LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS Y LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

La importantísima función de preservar la Supremacía constitucional se encuentra plenamente reconocida por diversos sistemas jurídicos en el mundo, los cuales establecen el control de la constitucional por tres principales mecanismos:

²⁰ Dentro del proceso penal la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de la Suprema Corte se olvidan que el proceso penal es un proceso de partes –debiendo respetar el principio de igualdad procesal–, pues actualmente al ofendido por el delito se le toma como «nadie» y sólo se le conceptúa como parte cuando demanda la reparación del daño.

²¹ Al respecto de las limitaciones del Tribunal de lo Contencioso Electoral cuando resuelve limitaciones que se han traspasado al actual Tribunal Federal, véase Tijerina Martínez, Mentor., «El Proceso de cambio politicoelectoral en México. La Renovación Política», en **Revista de Teoría y Praxis Administrativa**. Monterrey, México, Vol. I, No. 3, JulioSeptiembre 1987, p.101.

²² Cfr. Tena Ramírez, Felipe., «La crisis de la división de poderes», en Revista de la **Escuela Nacional de Jurisprudencia**. México, Números 35 y 36, Julio-diciembre de 1947 y Burgoa, Ignacio., **op.cit.**, *supra* nota 17, pp.229-233.

- a) Por órgano político.
- b) A través de un máximo órgano jurisdiccional.
- c) Por tribunales o instancias jurisdiccionales inferiores ²³.

Ejemplo representativo del primer tipo de control es Francia, donde encontramos el famoso «Comité Constitucional», que es un organismo político porque se encuentra constituido por el Presidente de la República, por el de la Asamblea Nacional, por el del Senado, por siete magistrados designados por la Asamblea y por tres designados por el Senado. Cabe señalar que las resoluciones que emite dicho Comité Constitucional, sobre inconstitucionalidad de las leyes, implican su nulidad y derogamiento automático ²⁴.

El segundo tipo de mecanismo de control lo encontramos en los Estados Unidos. Este país tiene una Corte Suprema especialmente destinada para atender los planteamientos de inconstitucionalidad de las leyes, la cual cuenta con una amplia gama de facultades para llevar a cabo este control –por conquista misma de la jurisprudencia–, tal como lo demuestran los efectos *erga omnes* que de hecho tiene la misma declaratoria de inconstitucionalidad, efectos que, gracias a la obra de Marshall, Holmes, Evans Hughes y otros ilustres jueces, producen la muerte de aquel precepto que contravenga el espíritu constitucional ²⁵. Siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, tenemos países como Argentina y México, que también confieren a una Corte Suprema la función primordial de control de la constitucionalidad aunque, desafortunadamente, en dichos países no se han logrado

²³ Según la opinión de ciertos autores, puede considerarse un cuarto tipo de control, que sería el de la opinión pública. Al respecto véase Venegas, Reynaldo., «El control de la constitucionalidad de las leyes en Francia y Estados Unidos», en **Revista de Derecho de la Universidad de San Andrés**. La Paz, Bolivia, Año X, Números 31 y 32, Enero-Junio de 1958, p.86.

²⁴ Cfr. Favoreu, Louis. «Le controle juridictionnel des lois en Europe Occidentale», en **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger**. No.5, Septiembre-diciembre 1984, pp.1156-1160.

²⁵ Sobre el origen no legislativo de la *judicial review* y de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos, cfr. Cabrera, Lucio y Headrick, William Cecil., «Notas sobre la justicia constitucional en México y los Estados Unidos», en **Interamerican Law Review**. Tulane Institute of Comparative Law, Vol. 5, No. 2, Julio-diciembre, 1963, p.261.

consolidar los efectos *erga omnes* de la declaratoria de inconstitucionalidad, ni siquiera los golpes redoblados de la jurisprudencia²⁶.

Sobre el tercer mecanismo de control, cabe decir que Estados Unidos vuelve a convertirse en el ejemplo típico, ya que si bien la misión fundamental de control constitucional la tiene la Corte Suprema, también es cierto que los jueces comunes pueden conocer de cuestiones de constitucionalidad. Sin embargo, ese conocimiento no se da en vías de acción, sino de excepción y siempre ese conocimiento de la inconstitucionalidad será decidido en última instancia por la Corte Suprema, la cual siempre es el intérprete máximo de la Constitución²⁷. Al respecto, también en México y en Argentina se ha pretendido ubicar el funcionamiento de este tipo de control constitucional, al amparo del llamado «control difuso de la constitucionalidad» –ubicación que no ha resultado afortunada por la exagerada interpretación que se ha hecho de dicho control²⁸.

Del examen de estos principales mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, puede establecerse que la tendencia predominante es la de establecer un órgano totalmente especializado que se encargue de los problemas de inconstitucionalidad. Así, puede apreciarse en España, en Austria, en Alemania y, en general, en varios países del Viejo Mundo, que se afanan en perfeccionar la forma de integración de sus respectivos tribunales constitucionales, así como en dotarlos de mayores facultades y de mayor fuerza en el peso de sus decisiones²⁹. Y no solamente encontramos esta tendencia generalizada en el Viejo Mundo, sino también en América, donde varios países

²⁶ Sobre los efectos limitados de la declaratoria en Argentina, cfr. Pliner, Adolfo., «¿Pueden los jueces argentinos declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes?», en **Lecciones y Ensayos**. Buenos Aires, Argentina, No. 16, 1960, p.104.

²⁷ En relación al papel fundamental de la Suprema Corte en el conocimiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, vid. Cabrera y Headrick., «Notas...», **op.cit.**, *supra* nota 25, pp.234 y 235.

²⁸ Acerca del llamado «control difuso», véase la ponencia de don Gabino Fraga, con el comentario respectivo de Don Antonio Carrillo Flores, publicada en la **Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia**. México, Tomo IV, No. 15, Julio-septiembre de 1942.

²⁹ Cfr. Favoreu, Louis., «Le controle...», **op.cit.**, *supra* nota 24, pp.1148-1151.

subdesarrollados, aparentemente menos evolucionados que México, han instaurado sus propios tribunales constitucionales³⁰.

Esta tendencia influye también notablemente en sistemas como el mexicano que, a pesar de seguir manteniendo la primacía de la Suprema Corte, trata de orientar la estructura y actividad de este modelo al de un tribunal constitucional³¹.

Pero sea cual sea el sistema que se adopte, la declaratoria de inconstitucionalidad se orienta por regla general a proyectar efectos *erga omnes* y solamente algunos países, como el nuestro, siguen manteniendo los efectos relativos de dicha declaratoria, efectos que no solamente se contraponen a la unánimemente aceptada tesis de la colaboración de funciones, sino también a la alta misión de los jueces de interpretar y mantener vigente la Constitución³².

III. EL JUEZ Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los efectos limitados de la declaratoria de inconstitucionalidad en nuestro sistema jurídico no solamente representan una pésima simulación de la tesis de la colaboración de los poderes —como hemos visto—, sino también un severo cuestionamiento de la capacidad de los jueces para mantener la vigencia del orden constitucional. Llevando hasta sus últimas consecuencias este cuestionamiento, tendríamos los siguientes razonamientos:

Primero. Toda sentencia judicial representa una interferencia del Poder Judicial con los asuntos de los otros poderes.

³⁰ Acerca del funcionamiento de los tribunales constitucionales en Latinoamérica se puede consultar el artículo del maestro Fix-Zamudio., «La Declaración general de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo», en **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Año IV, No.10-11, Enero-agosto 1971, pp.8788, así como la excelente bibliografía que cita.

³¹ Sobre el presunto perfil de nuestra Suprema Corte como tribunal constitucional consúltense las reformas a la organización del Poder Judicial Federal y a la Constitución, publicadas en el **Diario Oficial de la Federación** del 10 de agosto de 1977 y del 5 de enero de 1988.

³² Algunos autores afirman que ha sido más eficaz la labor de la Suprema Corte de los Estados Unidos que la de los tribunales constitucionales. Cfr. Venegas, Reynaldo., «El control...», **op.cit.**, *supra* nota 23, pp. 89-91.

Segundo. El juez, como exponente del Poder Judicial clásico, no es capaz de interpretar y de mantener vivo el espíritu de la norma constitucional.

Efectivamente, si consideramos que dar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad –lo que aparentemente prohíbe la fórmula Otero³³–significa una interferencia del Judicial con las facultades del Legislativo, entonces también debemos considerar que toda resolución judicial entraña una interferencia semejante. Empero, esta consecuencia ilógica de este razonamiento se contradice inmediatamente con la realidad –evidente– de que, aun con la tesis de la colaboración de poderes, es al juez al que le sigue correspondiendo la facultad de mantener la vigencia del orden jurídico³⁴. Además, la tradición histórica de nuestro ordenamiento jurídico ha confirmado que, por muy representativo que sea de la voluntad popular, el Poder Legislativo también se encuentra sometido como el Poder Ejecutivo a la observancia del mandato de las leyes y a la Constitución, norma fundamental que confiere al Poder Judicial la función de mantener su supremacía³⁵.

Sobre la consideración de la incapacidad del juez para interpretar y mantener vivo el espíritu de las normas constitucionales, cabe decir que este razonamiento sería aceptable si nos inscribiéramos en la tendencia europea –casi unánime– de la existencia de tribunales constitucionales especializados, si tomamos en cuenta las implicaciones políticas que se desprenden de la interpretación de la Constitución³⁶,

³³ La fórmula Otero dice: «La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de los 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» (artículo 107, fr. II constitucional).

³⁴ Sobre la imposibilidad de concebir a la función judicial como una interferencia en la división de poderes y verla más bien como algo positivo puede consultarse, Ibáñez Frocham, Manuel., **La jurisdicción**. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1972, pp.69-73.

³⁵ Acerca de la observancia que debe tener el Legislativo, al igual que los otros dos poderes, de la Constitución y las garantías individuales que ésta consagra, cfr. Burgoa, Ignacio., **Las Garantías Individuales**. México, Editorial Porrúa, 1976, pp.554-556.

³⁶ En relación a las implicaciones políticas de la interpretación constitucional, cfr. Baschoff, Otto., «El juez constitucional entre derecho y política», en **Universitas**. Alemania, Vol. IV, No.2, 1966, pp.125 y ss.

así como los aspectos muy particulares que entraña la interpretación constitucional (tales como el escrutamiento de la voluntad popular en un momento determinado, la variación de las circunstancias políticas e históricas, etcétera) y la duda razonable que existe en la doctrina de que no sólo a los jueces les corresponde la facultad de mantener la vigencia de la Constitución³⁷.

No obstante la validez que tienen estas estimaciones, podemos decir que no hay explicación suficiente para negarle al juez la interpretación de la Constitución porque:

a) No existe diferencia trascendente entre el razonamiento simple del juez, al aplicar la ley, después de interpretarla, al caso concreto que se le somete a consideración, y el que hay al interpretar la Constitución y poner en práctica sus mandatos en la realidad jurídico-política del país. Tanto la norma jurídica simple como la Constitución tienen el doble aspecto de la abstracción y el de la realidad, que enfrenta tanto el juez como el intérprete especializado de la Constitución, con cuestiones tan concretas como la protección de los intereses de los menores o la defensa de una decisión política fundamental, como la división de poderes³⁸. Esta identidad sustancial entre la simple interpretación legal y la constitucional es confirmada por los ya legendarios razonamientos que empleó Marshall para afianzar los efectos generales de la declaratoria de inconstitucionalidad en el sistema norteamericano³⁹ y por la teoría kelseniana de la pirámide jurídica, tesis por la que podemos ver a la simple norma legal como la encarnación de la norma suprema que sustenta al orden jurídico⁴⁰.

b) La preocupación de nuestro sistema ha sido constante para perfeccionar al Poder Judicial y esa preocupación, sin duda, constituye una buena razón para pensar que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha considerado a los jueces como inhábiles para interpretar la Constitución. Desde el nacimiento de

³⁷ Sobre los aspectos particulares de la interpretación constitucional, cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano», en **Revista Jurídica Veracruzana**. México, No. , Octubre-noviembre-diciembre de 1970, pp.915.

³⁸ Sobre el enfrentamiento que tiene el juez con la realidad concreta, cfr. Stammeler, Rudolf., **El juez**. La Habana, Cuba, Ed. Cultural, 1941, pp.59; Cardozo, Benjamín., **La naturaleza de la función judicial**. Buenos Aires, Editorial Arayu, 1955, pp.1719; Fix-Zamudio, Héctor., «Algunos aspectos...», **op.cit.**, *supra* nota 36, p.8 y «El juez ante la norma constitucional», en **Revista de la Facultad de Derecho de México**, No.57, Tomo XV, Enero-marzo, 1965, pp.27-30; Maclean, Roberto., «El poder...», **op.cit.**, *supra* nota 10, p.10.

³⁹ Perezin, Dominic., **op.cit.**, *supra* nota 25, pp. 420-422.

⁴⁰ Cfr. Kelsen, Hans., **Teoría Pura del Derecho**. México, UNAM,1986, pp.232-235.

la Carta Magna hasta las relativamente recientes reformas a la organización del Poder Judicial Federal, que configuran a nuestra Suprema Corte como un tribunal constitucional, de ninguna manera puede advertirse intención alguna de privar a los jueces de la facultad de interpretar la Constitución ⁴¹.

c) Los resultados de la interpretación constitucional realizada por los jueces son otra muestra que habla, por sí misma, de la conveniencia de que éstos sean los que mantengan la vigencia de nuestro texto fundamental, tal y como puede comprobarse espléndidamente en el caso norteamericano, donde la interpretación judicial de la Constitución ha podido lograr desde la consolidación misma de las instituciones federales hasta la defensa más acabada de los derechos fundamentales de los individuos ⁴². Desde luego, pudiera decirse que en nuestra realidad jurídica no se han verificado estos resultados óptimos de la interpretación constitucional, lo cual, ciertamente, cuestiona la capacidad de interpretación constitucional de los jueces en nuestro contexto. Sin embargo, si tomamos en cuenta algunas de las causas que han impedido a los jueces nacionales obtener resultados tan óptimos como en Norteamérica y que, pese a todo, han existido manifestaciones brillantes de interpretación constitucional en nuestro sistema, no cabe duda que habremos de confirmar la idoneidad de los jueces para interpretar la Constitución ⁴³.

d) La politización constante de nuestro Poder Judicial es, sin duda, otro magnífico argumento que confirma la disposición de los jueces para la interpretación constitucional, ya que si como decía Lasalle la Constitución «es la suma de los factores reales de poder», entonces se necesita que en un ordenamiento jurídico exista una entidad conciliadora, con potestad e independencia para satisfacer los difíciles intereses de los factores reales de poder en pugna. En nuestro medio, la despolitización del Poder Judicial es un hecho que se manifiesta desde la supresión de la elección popular para la designación de ministros, magistrados y jueces, hasta la eliminación de los medios de impugnación político-electorales, como el llamado recurso de reclamación, y en función de esa despolitización, consideramos que no debe existir cuestionamiento a la idoneidad de los jueces para interpretar la Constitución ⁴⁴.

⁴¹ Cfr. Carrillo Flores, Antonio., «La Suprema Corte de Justicia Mexicana y la Suprema Corte Norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes», en **Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional**. México, UNAM, 1987, p.215 y ss. y **Diario Oficial** de 5 de enero de 1988.

⁴² En cuanto al origen histórico de estos logros, cfr. Lambert, Jacques., «Los orígenes del control judicial de la constitucionalidad de las leyes federales en los Estados Unidos. Marbury vs. Madison» (trad. de Jorge Reyes Tayabas), en **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger**, Tomo 48, pp.5-69; González Oropeza, Manuel., «Marbury vs. Madison: La política en la justicia», en **Estudios en honor al doctor Héctor Fix-Zamudio**. México, UNAM, 1988, pp.315-331.

⁴³ Cfr. Carrillo Flores, Antonio., **op.cit.**, *supra* nota 40, p.215 y ss.

⁴⁴ Cfr. Cabrera Acevedo, Lucio., **El Poder Judicial Federal Mexicano y el Constituyente de 1917**. México, UNAM, 1968, pp.92-98.

Si existe un conjunto de argumentos suficientes que reafirman la disposición natural y legal del juez para la interpretación constitucional, ¿por qué entonces se ha cuestionado esa capacidad mediatizándola con la relatividad de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad?

Muchísimas son las causas, entre ellas podemos mencionar la interpretación histórica restrictiva que siempre se hace de la fórmula Otero, la que se dice fue implantada sólo pensando en la relatividad de los efectos de la sentencia de amparo, cuando en realidad el pensamiento de Otero también previó que la sentencia tuviera efectos *erga omnes*⁴⁵. Asimismo, podemos hablar del pretendido temor de que la declaratoria general de inconstitucionalidad se convierta en un instrumento de sometimiento del Poder Legislativo al Judicial, cuando, en general, con la declaratoria el Legislativo nunca se encontraría sometido al Judicial o al Tribunal Constitucional especializado, como puede comprobarse en aquellos países donde existe éste, ya que es la misma voluntad del Poder Legislativo la que en última instancia determina el cumplimiento o incumplimiento de la referida declaratoria⁴⁶. En el mismo tenor, puede citarse el tremendo desconocimiento de la finalidad de la interpretación judicial que, lejos de resultar una suplencia injustificada de la voluntad del legislador, es un excelente medio de perfeccionamiento de ésta⁴⁷. Y, así, sucesivamente, podemos citar múltiples razones que expliquen el porqué en nuestro sistema se ha mediatizado la capacidad del juez para interpretar la Constitución. Pero, más importante que tener en cuenta estas causas, es la consideración de los desastrosos efectos que ha tenido la relativización de la declaratoria de inconstitucionalidad en nuestro sistema y que enseguida comentaremos.

⁴⁵ Cfr. Castro, Juventino., **Hacia al amparo evolucionado**. México, Editorial Porrúa, 1977, pp.26-34.

⁴⁶ Cfr. Horn, Hans Rudolf., «El constitucionalismo alemán», en **El Constitucionalismo en las pos-trimerías del siglo XX**, México, UNAM, Tomo III, 1988, p.257.

⁴⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «El juez ante...», **op.cit.**, *supra* nota 37, pp.34-41.

IV. LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y SUS CONSECUENCIAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Se podría decir que con toda la más positiva y plausible intención, en el siglo pasado, se concibió la proyección de los efectos relativos de la declaración de inconstitucionalidad. Supuestamente, los golpes redoblados de la jurisprudencia acabarían con las leyes inconstitucionales sin que existiera conflicto entre el Judicial y el Legislativo⁴⁸. Y al acabar la jurisprudencia con los vicios de inconstitucionalidad, se supone que la administración de justicia se agilizaría y que la protección de los derechos humanos siempre sería oportuna y eficaz.

¿Pero qué ha sucedido en realidad? Los golpes redoblados de la jurisprudencia poco han aparecido, ya que en forma indiscriminada el Poder Legislativo sigue incurriendo en los viejos vicios de inconstitucionalidad en las leyes y que parecen irrefrenables. Los particulares, lejos de ver efectivamente protegidos sus derechos por la declaratoria de inconstitucionalidad, ven que los efectos particulares de la sentencia que otorga la protección afectan el principio de igualdad de los gobernados frente a la ley; de la misma forma, como deben los gobernados de promover el amparo tantas veces como violaciones constitucionales resientan, no obstante que existe una declaración –o varias– de inconstitucionalidad, se producen una serie de controversias para la justicia federal que parece interminable, ello debido al infundado temor que existe en nuestro sistema para otorgar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad⁴⁹.

Nuestro Poder Judicial Federal, lejos de despachar expeditamente los asuntos que se le encomiendan, arrastra un retraso crónico de tramitaciones, mismos que se han tratado de solucionar en múltiples

⁴⁸ Cfr. Palacios, J. Ramón., «La Suprema Corte y las leyes inconstitucionales», en **Foro de México**, No.107, 1 de febrero de 1962, p.47.

⁴⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo», en **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Año IV, Números 10-11, Enero-agosto de 1971, p.61 y ss.

ocasiones –sin resultados muy favorables– como queda demostrado con la creación de los tribunales colegiados de circuito⁵⁰. Ante estos resultados negativos, es verdaderamente imprescindible rescatar la dignidad de nuestros tribunales en su función de interpretación constitucional⁵¹.

Por todo lo anterior –muy insistentemente– un amplio sector de la doctrina ha preconizado la adopción de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad, advirtiendo sus ventajas y recalando que las mismas ayudarían a eliminar el problema del rezago en el amparo. No obstante, se hace caso omiso de las ventajas y solamente como una especie de paliativo se implantó la llamada suplencia de la queja para el caso de los amparos que pudiéramos llamar de derecho social. Esta suplencia de la queja rompe con la sujeción al principio de estricto derecho y se rige por idénticas consideraciones de socialización del derecho que privan para la declaratoria *erga omnes* de inconstitucionalidad⁵². Sin embargo, la mencionada suplencia de la queja no incide para nada en el aspecto fundamental de la inconstitucionalidad de las leyes, porque solamente favorece a las personas que solicitan amparo a la justicia federal y no a la generalidad de ciudadanos que pueden verse afectados por una ley considerada inconstitucional⁵³. Fuera de esta suplencia de la queja, no hemos visto un intento serio en nuestro sistema para establecer, siquiera mediante una figura análoga, los efectos benéficos de la multicitada

⁵⁰ Cfr. León Orantes, Romeo., **El Juicio de Amparo**. México-Buenos Aires, Ed. José María Cajica, 3a. ed., 1957, pp.90-138; Palacios, J. Ramón. «Nuevas desorientaciones del juicio de amparo», en **Revista Jurídica Veracruzana**, Tomo X, No.3, Mayo-junio de 1959, pp.289-295.

⁵¹ Cfr. Carpizo, Jorge., «La interpretación constitucional en México», en **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, UNAM, No.12, Año IV, Septiembre-diciembre de 1971, p.389 y ss.

⁵² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes», en **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Año XIII, No.37, Enero-abril de 1960, pp.34-38; Olea y Leyva, Teófilo., «Jurisprudencia obligatoria y suplencia de la queja deficiente en materia penal, laboral, administrativa y civil», en **Criminalia**. México, Año XVIII, No.1, enero de 1952, pp.5-18.

⁵³ Ni aun con la reforma de mayo de 1986, en la que la suplencia de la queja se amplió a todas las materias, con la adición del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, puede equipararse ésta a la declaratoria general de inconstitucionalidad.

declaratoria general, al contrario de otros sistemas en los cuales, con diferentes matices, sí se han expresado esos efectos⁵⁴.

V. LA ADOPCIÓN DE LA DECLARATORIA GENERAL COMO MEDIO PARA ASEGURAR LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Se podría decir que aun en aquellos países que han adoptado la declaratoria general de inconstitucionalidad existe recelo, por el temor al enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Judicial u órgano especializado⁵⁵ y por la relativamente fácil, vía de acceso para plantear las cuestiones de inconstitucionalidad⁵⁶. Sin embargo, paulatinamente la declaración general ha mostrado su proyección positiva en estos sistemas, principalmente por:

Primero. Haber desvirtuado el recelo de enfrentamiento entre los poderes, ya que en los sistemas donde se ha adoptado el peso trascendente de la misma no se ha tomado a la ligera, sino al contrario, al grado que, en algunos países como Alemania, las sentencias del órgano constitucional especializado siempre deben ser lo más circunspectas que sea posible, para no declarar la inconstitucionalidad hasta que no quede bien demostrada la contradicción entre la ley ordinaria y la Constitución⁵⁷.

⁵⁴ Pudiera decirse que la preocupación por dar una obligatoriedad definida a la jurisprudencia de los tribunales federales es una medida equivalente a la declaratoria; sin embargo, la obligatoriedad es solamente corolario del aspecto sustancial que significa el declarar inconstitucional una ley que altera la observancia del orden jurídico, que es restablecer dicha observancia y garantizar a los ciudadanos el principio de igualdad frente a la norma y las leyes secundarias. Sobre las implicaciones principales del problema de la obligatoriedad de la jurisprudencia, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, «Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales», en *Lecturas Jurídicas*. Chihuahua, México, No. 41, Octubre-diciembre de 1969, pp.95-102.

⁵⁵ Horn, Hans Rudolf. «El Constitucionalismo alemán...», *op.cit.*, *supra* nota 46, p.253.

⁵⁶ En el sistema italiano la vía incidental para controlar la constitucionalidad es cuestionada *vid.* Cappelletti, Mauro., «La justicia constitucional en Italia», en *Boletín de Derecho Comparado de México*, UNAM, Año XIII, No. 37, Enero-abril de 1960, p.45.

⁵⁷ Cfr. Horn, Hans Rudolf., *op.cit.*, p.257 y De Lojendio e Irure, Ignacio Ma., «Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español», en *Estudios en honor...* *op.cit.*, *supra* nota 41, pp.431-438.

En idéntico tenor, el sistema español y el italiano hacen énfasis en los presupuestos de «falta de fundamentación evidente» y de «relevancia de la cuestión», para que los tribunales constitucionales conozcan de la inconstitucionalidad de las leyes⁵⁸. Esta medida procesal que impone la declaratoria general –dadas sus importantes repercusiones– elimina los enfrentamientos del Legislativo con el órgano constitucional especializado, ya que, lejos de asumir una postura de choque, casi siempre el Legislativo se muestra atento y respetuoso a los mandamientos sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad, tratando siempre de emitir una nueva disposición que no vuelva a contrariar a la Constitución. Podemos observar que esta actitud contrasta con la que exhiben el Legislativo y el Ejecutivo en sistemas como el nuestro, en el cual, paradójicamente hablando, estos poderes son más propensos a cometer violaciones constitucionales por la falta de la declaración *erga omnes*⁵⁹.

Segundo. Lograr la enorme sensibilidad de los órganos encargados de emitirla, los que sólo lo hacen en casos verdaderamente extremos; de esta forma, los encargados de los órganos constitucionales especializados inspiran gran respeto entre los tres clásicos poderes. Éstos acuden ante el órgano especializado o ante una Corte Suprema, como ocurre en los Estados Unidos, para que les oriente sobre la forma de formar sus actos al orden constitucional. Empero, a diferencia de lo que sucede en países como el nuestro, donde ese recurrimiento a la instancia superior se hace sin pleno convencimiento de su importancia, en otros países donde priva la declaración general las autoridades que acuden ante esa instancia de control sí lo hacen con auténtico convencimiento de que no sólo al órgano especializado le corresponde la función de salvaguardar la Constitución, sino también a ellas mismas, hasta en el acto más ínfimo que les toque regular o presidir⁶⁰.

⁵⁸ Sobre estos aspectos del sistema español e italiano, cfr. De Lojendio..., «Antecedentes...», *op.cit.*, pp.441-431.

⁵⁹ Cfr. Palacios, J. Ramón., «La Suprema Corte y las leyes inconstitucionales», en **Foro de México**, No.107, 1º de febrero de 1962, pp.47-58.

⁶⁰ Cfr. Matos Escobedo, Rafael., «Supremacía y defensa de la Constitución», en **Criminalia**, México, No.11, Año XXVI, noviembre de 1960, pp.798-809.

Tercero. Depurar la interpretación constitucional, una depuración que comienza con la doctrina que encomia la labor del juez, que tiene que interpretar la norma fundamental para aplicarla a la realidad⁶¹, que enfrenta serias acechanzas, como la llamada «hipertrofia del Ejecutivo», pero que sale adelante en los sistemas donde priva la declaración general, dado que no solamente los órganos especializados en el examen de la constitucionalidad interpretan en forma rígida los casos que se les plantean, sino que toman en cuenta el llamado «esquema valorativo» para resolverlos, el cual no sólo implica que exista fundamentación y motivación de las sentencias que se emiten, sino que también apelan a nociones axiológicas como: la idea del derecho, la razón práctica, el pensamiento de justicia, etcétera⁶². Este esquema valorativo ofrece resultados positivos, toda vez que la interpretación constitucional se sensibiliza y los ciudadanos sienten que el alcance de la protección de sus derechos fundamentales se amplía a puntos novedosos y delicados, como la llamada «objeción de conciencia» en el derecho español⁶³. En suma, puede decirse que gracias a esta sensibilización los ciudadanos pueden tener la plena convicción de que sus libertades fundamentales y la integridad del sistema jurídico se mantendrán vigentes, lo cual, aunque suene doloroso decirlo, no puede afirmarse de nuestro sistema jurídico, dado el efecto relativo de las sentencias de amparo y la mistificación de la función casacionista y de control de la constitucionalidad que denota la labor de nuestra Suprema Corte⁶⁴.

⁶¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «El juez ante la norma...», *op.cit.*, *supra* nota 37, pp.32-34; Maclean, Roberto., «El poder discrecional...», *op.cit.*, p.10.

⁶² Cfr. Horn, Hans Rudolf., «El constitucionalismo...», *op.cit.*, *supra* nota 46, pp.250-251.

⁶³ La «objeción de la conciencia» puede ser definida como la excepción de un determinado deber jurídico para el que la oponente, porque su cumplimiento entraría en conflicto con su propia conciencia –v.g. servicio militar– y que no peca en contra de la exoneración del deber jurídico puesto que atentaría con el principio de igualdad, sino que se da la sustitución de ese deber por otro deber social, inclusive más oneroso. (Esta objeción de conciencia se encuentra regulada en España y en varias partes de Europa). Sobre este novedoso desarrollo del ordenamiento español que se adelantó a la obra de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), puesto que el Tribunal Constitucional español la legalizó en 1984 y la Comisión de Derechos Humanos la consagró hasta 1987, puede consultarse a Soraino, Ramón., «La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español», en *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, No.8, Nueva Época, Octubre-diciembre 1987, pp.103-108; Weissbrodt, D., «The United Nations Commission on Human Rights Confirms Conscientious Objection to Military Service as a Human Right», en *Netherlands International Law Review*. Holanda, No.1, Vol. XXXV, 1988, pp.53-72.

⁶⁴ Cfr. Cappelletti, Mauro., «La justicia...», *op.cit.*, *supra* nota 55, p.50.

Cuarto. Reducir el problema de inejecución de los mandatos judiciales, que se presenta con tintes agudos en sistemas como el nuestro o el argentino, en los cuales se ha tratado de dar mayor eficacia al cumplimiento de las sentencias prescribiendo sanciones para las autoridades omisas al respecto⁶⁵; sin embargo, estas sanciones resultan inoperantes en la práctica, sobre todo considerando que el juez no puede suplir a la autoridad condenada en la ejecución del acto ordenado.

Estos problemas, que crecen cuando el mandamiento no implica la ejecución de un acto, sino una omisión de determinada conducta⁶⁶, son resueltos por el convencimiento que logra proyectar la declaratoria entre las autoridades del Ejecutivo y del Legislativo de los países en donde se proyecta. De esta manera, ante la reputación que logran los órganos especializados con su trabajo, las autoridades mencionadas se ven obligadas a rectificar voluntariamente conductas contrarias al orden constitucional, como sucedió en Alemania, donde la *Bundestang*, ante el peso de las decisiones del Tribunal Constitucional, tuvo que tornar más flexible su regulación sobre donaciones y otros subsidios para los partidos políticos, sin que para el efecto mediara disposición coercitiva de alguna especie⁶⁷.

Después de examinados estos comentarios a las ventajas que reporta la declaratoria general⁶⁸, parecería no existir razón válida para que no se adopte en nuestro sistema; empero, desafortunadamente, la inercia histórica y la doctrinal son obstáculos que impiden un efectivo control constitucional y, consecuentemente, las perspectivas de implantación de la declaratoria general se ven desalentadoras.

⁶⁵ Ejemplo de este tipo de sanciones lo tenemos en el artículo 107, fracción XVI, constitucional que dice: «Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en la repetición del acto reclamado o tratare de eludir la sentencia de la autoridad federal, será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez de distrito que corresponda». Este artículo, en concordancia con la Ley de Amparo, artículos 5, fracción II; 11, 13, 19, 95, 96, 204 a 210; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 3, fracción II, y Código Penal para el Distrito Federal, artículo 225, fracción VIII.

⁶⁶ Acerca de los problemas de inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento argentino, cfr. Bidart Campos, Germán José., «La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión», en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Tomo VI, 1979, pp.917.

⁶⁷ Cfr. Horn, Hans Rudolf., *op.cit.*, *supra* nota 61, pp. 260-262.

⁶⁸ Cfr. FixZamudio, Héctor., «La declaración general...», *op.cit.*, *supra* nota 48, pp. 76-84.

VI. POSIBILIDADES DE IMPLANTACIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Muy a pesar de toda la serie de reformas que se han practicado a la organización y funcionamiento del Poder Judicial Federal⁶⁹, la rigidez proverbial de la fórmula Otero permanece incólume, tanto en nuestra Constitución como en la Ley de Amparo. Sin embargo, la doctrina que simpatiza en nuestro sistema con la declaratoria general de inconstitucionalidad tiene esperanzas de que ésta, tarde o temprano, se imponga⁷⁰. Ese optimismo, sin duda, está plausiblemente fundado en las ventajas que proyecta dicha declaración general, pero, necesariamente, debe confrontarse junto con las adversas circunstancias que hacen problemática su concreción, que son las siguientes:

Primero. El erróneo entendimiento del problema del rezago en el amparo, para cuya resolución se han ensayado diversas fórmulas entre las que contamos la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito y la depuración del casacionismo que preconizó Vallarta en su importante obra⁷¹. Además de otros intentos que se han plasmado principalmente en la Ley de Amparo y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁷², su implantación siempre ha estado precedida de la más amplia confianza para desterrar la lenta tramitación del amparo que ha venido arrastrando nuestra administración de justicia; en este sentido, y ante las estadísticas del excesivo casacionismo del amparo a finales del siglo pasado, la revalorización del mismo

⁶⁹ Sobre las más recientes reformas al Poder Judicial, cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial», en **El Sistema Presidencial Mexicano.**, *op.cit.*, *supra* nota 1, pp.318364.

⁷⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor., «La reforma en el derecho de amparo», en **Reforma Procesal. Estudios en memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.** México, UNAM, 1987, p.298.

⁷¹ Los argumentos de Vallarta fueron recogidos, sistematizados y preconizados por Emilio Rabasa en **El juicio constitucional**, México, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, 1919, pp.220-223.

⁷² Sobre las transformaciones de la legislación de amparo hasta las recientes reformas, *vid.*, Fix-Zamudio, Héctor., «La reforma en el derecho de amparo», *op. ult. cit.*, pp.267-288.

hecha por Rabasa lucía como una panacea idónea⁷³, lo que también puede decirse de la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito y las estadísticas del rezago en el amparo de 1951 y del *certiorari* a la mexicana en relación con el rezago de 1983⁷⁴.

Pero, ¿qué ha sucedido con toda esta confianza cuando se enfrenta a la realidad? Que esta confianza se ha visto totalmente destruida. El problema del rezago persiste fuertemente y ello debemos explicarlo en función de un mal entendimiento de este problema, porque el mismo no se soluciona creando más tribunales o limitando el casacionismo en el amparo, ya que, dada la posición de primacía de nuestra Suprema Corte en la escala de nuestro Poder Judicial Federal, éste ha de conocer las cuestiones de control de la constitucionalidad, sin que sea posible discernir con exactitud –como lo pretendía el anteproyecto de 1965 y reforma de 1967– qué asuntos son de relevancia o no para la Corte, si tomamos en cuenta el criterio de «socialización del derecho», que magnifica la importancia hasta de los asuntos de derecho privado⁷⁵. Reconocer esta realidad no significa convertirse en partidarios de la casación en el amparo, sino simplemente aceptar el mismo hecho de que, si tanto la Constitución como la tradición jurídica de nuestro país han erigido a la Suprema Corte de Justicia como el máximo baluarte de interpretación constitucional, entonces sólo a la Corte le debe corresponder sustancialmente el control de la constitucionalidad, sin que

⁷³ Cfr. Rabasa, Emilio., *op. ult. cit.*, nota 70.

⁷⁴ Con esta reforma se da el establecimiento de una competencia exclusiva del Pleno, en revisiones de cuestiones de gran pureza constitucional y respecto de sentencias de amparos directos del conocimiento de los Colegiados, que también admiten remisiones específicas a las salas de la Suprema Corte. Y si aparece rezago en los juzgados de distrito o en los colegiados se aumenta su número y si es de las salas se aumenta su base de cuantía para remitir el exceso otra vez a los colegiados. Y la mención de «*certiorari* a la mexicana» se hace por el parecido que guarda esta reforma con aquél, por la discrecionalidad que se le atribuye a la Corte Suprema de los Estados Unidos para juzgar los casos que estime de su conocimiento; al respecto, cfr. Castro, Juventino V., «La reforma procesal en el juicio de amparo», en *Reforma Procesal...*, *op.cit.*, *supra* nota 68, pp.263 y 264.

⁷⁵ En relación con la socialización del derecho (llamada también por algunos autores como humanización) que resalta la importancia de todo tipo de cuestiones jurídicas, incluso hasta las de derecho privado. *Vid.* Castán Tobeñas, José. *Humanismo y Derecho*. Madrid, Ed. Reus, 1962, pp.101-129.

existan de por medio «pequeñas cortes»⁷⁶. Si esto es así, ¿la solución radicaría en depurar la carga de trabajo de nuestro máximo tribunal? Pensamos que tampoco, en vista de la experiencia de que, aun con la creación de las salas especializadas en la Corte, la protección de la justicia federal sigue permaneciendo a la zaga de su misión fundamental, que es la salvaguardia de la soberanía de la Federación y los Estados⁷⁷.

Creemos que la solución del problema debe darse con otra mentalidad, es decir, el rezago del amparo es un fenómeno producido fundamentalmente por el celo de los particulares por demandar una efectiva y expedita protección de la justicia federal y por la propensión lamentable de muchas autoridades a cometer violaciones a la Constitución y a las leyes. Es cierto que existen y seguirán existiendo fallas en la organización y funcionamiento del Poder Judicial Federal que provocan atrasos en la administración de justicia, pero, sinceramente, creemos que son ese celo de protección y esa propensión, las causas que alimentan el rezago y sobre de ellas hay que abocarse para abatir el problema.

De esta forma, al actualizar el capítulo de multas a los particulares cuando promueven el amparo, pareciera que el problema empieza a entenderse; no obstante, ello es de manera incompleta, porque solamente se castiga a los promoventes de mala fe. ¿Y el rezago que causan los de buena fe? Aparentemente éste se encuentra atendido por los criterios de importancia de la materia controvertida y por el de la distinción entre legalidad y constitucionalidad; sin embargo, paradójicamente hablando, la puerta del rezago no se cerró, sino que

⁷⁶ Sobre la afirmación de la titularidad exclusiva del control constitucional que le corresponde a la Suprema Corte y la conveniencia de suprimir los colegiados, es muy ilustrativa la propuesta que hizo Ignacio Burgoa en 1958. Al respecto véase también Fix-Zamudio, Héctor., «Reformas al Poder Judicial de la Federal», en **Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México**, No.55, Año XIX, Enero-abril 1966, p.26.

⁷⁷ Emilio Rabasa ya había advertido claramente que la creación de salas en la Corte no resolvería mayormente el problema del rezago en el amparo. **op.cit.**, *supra* nota 70, pp.297-298.

permaneció abierta con la extensión de la llamada «suplencia de la queja», que permite, con relativa facilidad, el acceso de todos los particulares a la protección de la justicia federal y, claro, siendo esto así, el uso del amparo –y hasta su abuso– persiste.

El problema –por el reverencial e infundado temor a la fórmula Otero– que no se ha querido reconocer para evitar el rezago en el amparo, es el hecho de contar con un mecanismo que, sin denegar el acceso a la justicia federal a los particulares, obre para que éstos, teniendo plena seguridad jurídica de que las violaciones a la Constitución por parte de las autoridades son eficazmente combatidas, no apelen en forma indiscriminada al amparo, respetando su jerarquía como juicio omnicompreensivo de protección de nuestros derechos fundamentales; sin duda, ese mecanismo es la declaratoria general, que al proyectar sus efectos *erga omnes* permite que con la promoción de pocos amparos se pueda resolver la demanda de justicia, que potencialmente planteen los particulares o los jueces de oficio, en el caso concreto que se debate, cuando consideren que la ley aplicable es inconstitucional o, en últimos casos, por el Procurador General de la República, en forma de recurso ante la Suprema Corte o Tribunal constitucional. La doctrina que simpatiza con la declaratoria –a la cual nos adherimos– tiene razón en señalar que la suplencia de la queja ya significa un reconocimiento velado de la necesidad de implantar dicha declaratoria; desafortunadamente, aun esa implantación está bloqueada por el respeto sacramental a la fórmula Otero.

Segundo. La incompreensión de la colaboración entre los poderes, a la que ya nos hemos referido. Aplicando esta perspectiva al contexto de nuestro sistema, vemos que en éste todavía priva una concepción cerrada de la relación entre los tres poderes clásicos, toda vez que aun cuando es evidente la necesidad de tener una concepción más flexible de estas relaciones, en problemas tan complejos como el de la calificación de las elecciones⁷⁸, o el de la protección de los ofendidos por los

⁷⁸ Cfr. Tijerina Martínez., *op.cit.*, *supra* nota 20, *Ibidem*.

delitos⁷⁹, se mantiene una errónea integridad de la teoría clásica, bajo una apariencia de efectos positivos, cuando en realidad esa obstinación por la posición tradicional produce graves consecuencias. Tomando estos ejemplos de mala concepción, es lógico pensar que la declaratoria general no se adopte en el momento actual.

Tercero. El carácter «nacional» de nuestro juicio de amparo, que por largo tiempo se ha venido sosteniendo por la doctrina tradicional que exalta sus virtudes. Combinando las funciones de control de la constitucionalidad y de control de la legalidad, el amparo se convierte en un instrumento que lo mismo puede ser rígido, como la casación convencional, como funcionar en forma ágil y flexible, como el *Habeas Corpus* norteamericano⁸⁰. Una especialización del amparo a la manera que se estila en los tribunales constitucionales resultaría incompatible con ese carácter amplio de nuestro juicio constitucional y, por ende, como corolario natural de esa especialización, muchos podrían pensar que la declaratoria general de inconstitucionalidad tiene pocas probabilidades de operación en nuestro sistema, aunque tarde o temprano tenga que imponerse.

Después de examinadas las perspectivas de funcionamiento de la declaratoria general en nuestro orden jurídico, no cabe duda que el optimismo que profesa la doctrina que simpatiza con ella se ve atemperado con la nada afortunada perspectiva de su funcionamiento. Podríamos pensar, a la manera de los padres del amparo –siguiendo el pensamiento de Alexis de Tocqueville en su célebre libro **La Democracia en América**– que en el momento actual las leyes inconstitucionales seguirán llegando a su fin «por los golpes redoblados de la jurisprudencia». Sin embargo, pese a lo anterior, será inevitable que la declaratoria general llegue a imponerse y estar a la altura de la realidad contemporánea, para no seguir rezagándonos con relación a las tendencias mundiales de vanguardia en la materia.

© Índice General

© Índice ARS 6

⁷⁹ Cfr. Castro, Juventino V., **El Ministerio Público en México**, 6a. ed., México, Editorial Porrúa, 1985, pp.108-110 y 116117; Burgoa, Ignacio., **Reformas a la ordenación positiva vigente en el amparo**. México, Talleres de Unión Gráfica, 1958, pp.52-61; Caamaño Uribe, Ángel., «Deber del Ministerio Público de ejercitar la acción penal», en **Revista de la Facultad de Derecho de México**, No.17, Tomo XXX, Septiembre-diciembre de 1980, pp.722-723.

⁸⁰ Sobre la amplitud de nuestro juicio de amparo, sus semejanzas y diferencias con el *habeas corpus*, siempre conviene tener presente la obra clásica de Vallarta., **El juicio de amparo y el writ of habeas corpus**. México, Imprenta de Fco. Díaz de León, 1881, pp.37-52.