

CONTROL PREVENTIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: ¿UN CONSEJO CONSTITUCIONAL? *

Rafael ESTRADA SÁMANO

Queda claro que el Estado de Derecho se da cuando existe una sumisión al imperio de la Ley en la actuación de las autoridades. Al hablar genéricamente de las autoridades, se hace referencia a todas las autoridades y, por ende, se incluye a aquellos órganos de poder a los que la Ley Fundamental confiere la facultad de legislar, esto es, de emitir y promulgar normas generales y abstractas encaminadas a regular coactivamente la conducta de los individuos y los grupos, de manera que tal conducta se ajuste a los imperativos de un orden social justo, seguro y encaminado al bien común.

Sí, por supuesto, la autoridad legislativa, el legislador, también debe llevar a cabo sus actividades dentro de la Ley, especialmente y como expresión suprema de ésta, dentro de la Constitución, pues, como expresara bellamente Herrera y Lasso, "las constituciones, definidas en términos abstractos y abstrusos por los tratadistas, son en realidad, una organización sistemática de limitaciones al poder público que definiendo lo que los gobernantes deben hacer, lo que pueden hacer y lo que no pueden hacer, levanta una barrera a la arbitrariedad, al despotismo y a los abusos del poder y soluciona el problema vital de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Coordinación de fuerzas y resistencia o proceso de adaptación, de adecuación de lo externo a lo interno, es siempre la armonía del conjunto lo que las constituciones se proponen como fin. Desconfiadas y recelosas, limitan el poder con el poder, pero con la finalidad superior de garantizar la libertad, la igualdad y la justicia".¹

* Trabajo presentado por el autor en el Foro sobre el Estado de Derecho en México, organizado y llevado a efecto por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C., en México D. F., el 29 de marzo de 1990.

¹ HERRERA y LASSO, Manuel. *Estudios Constitucionales*, Segunda Serie. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Editorial Jus, México, 1964. Pág. 18.

Al hablar de autoridades dotadas por la Ley Fundamental con la facultad de legislar, me refiero no sólo a aquellas, que emiten leyes en sentido estricto o formal, es decir, no solo al Poder Legislativo, sino también a aquellas otras que tienen capacidad para emitir normas jurídicas que son verdaderamente leyes en sentido lato o material.

Es bien sabido que en México, al igual que en otros países, se ha conferido al Poder Ejecutivo, a través de la llamada facultad reglamentaria, la capacidad de expedir, promulgar y aplicar normas jurídicas que sin duda son materialmente legislativas, aunque formalmente sean administrativas y sean dadas a conocer como reglamentos, decretos, órdenes y acuerdos. Además, no debe olvidarse que el Poder Ejecutivo tiene también la facultad de iniciar leyes ante el Poder Legislativo y que, una vez aprobadas por éste, puede vetarlas o proceder a su promulgación y publicación, atribuciones todas éstas que hacen participe al Poder Ejecutivo en el proceso legislativo.

Así entendidas para los propósitos de esta exposición, las expresiones "ley" o "leyes" en su sentido lato y material, continúo con su desarrollo.

Siempre ha preocupado a los constitucionalistas y a los amantes de la libertad, la igualdad y la justicia, el problema del control de la constitucionalidad de las leyes.

Esta preocupación está, debe estar, más presente que nunca en la actualidad, cuando la actividad legislativa se desarrolla febrilmente, con una gran proliferación de normas jurídicas. No interesa esclarecer si tal proliferación es benéfica o no para la comunidad, si es o no adecuada para la consecución de determinados objetivos políticos y sociales, más o menos bien intencionados y concebidos. Interesa señalar que ante tal proliferación, cabe la razonable duda acerca de si las autoridades que legislan con tanto empeño y entusiasmo ajustan o no su febril y denodada actividad a la Ley Suprema, como lo exige el Estado de Derecho, según quedó asentado arriba.

Si, como sospecho, la respuesta a ese razonable cuestionamiento es en el sentido de que no siempre el legislador ajusta su actuación a los límites que le impone el orden constitucional, entonces interesa escudriñar cuáles son los mecanismos que ese mismo orden establece para remediar tan anómala situación y constreñir la actividad legislativa a dichos límites.

Sin entrar en mucho detalle, en nuestro medio, ¿cuál es el procedimiento para impugnar las leyes que se aparten del orden constitucional? Rápidamente puede contestarse que el llamado amparo contra

leyes, pero es preciso analizar si de acuerdo con la forma en que se halla regulado, es idóneo para la defensa constitucional.

De los amparos que cotidianamente se plantean ante la justicia federal, incomparablemente el mayor número tiene su origen en la inexacta aplicación de alguna ley. Pero, aunque en reducido número, hay otros amparos en que se reclama la inconstitucionalidad misma de la ley que se pretende aplicar. Aquí debe llevar a cabo el juez federal un contraste entre la Constitución y la ley inferior impugnada, dentro de lo que es una función de índole típicamente constitucional.

Debe advertirse además, como lo hacen nuestros tratadistas más objetivos y honestos y menos inclinados a examinar el amparo con cierto romanticismo nacionalista, que es en el amparo contra leyes donde hace crisis el carácter individualista de la institución del amparo. En efecto, para la doctrina, la ley secundaria y la jurisprudencia, ha existido siempre el problema de cómo conciliar el elemento perjuicio concretado en una persona, que es indispensable para la procedencia del amparo, con la naturaleza impersonal, abstracta y general de la ley.

A mi juicio, el amparo contra leyes no se ha perfilado como un sistema de genuino control de la constitucionalidad. Por lo que toca a la jurisprudencia, es en esta clase de amparos donde podría hallar el clima más propicio para desarrollarse, porque a diferencia de cuando el acto lesivo de alguna garantía constitucional se dirige exclusivamente a un individuo, en el amparo contra una ley debería bastar una sola definición de inconstitucionalidad para que la ley contraria a la norma suprema ya no pudiera aplicarse a ninguna de las personas comprendidas en los supuestos de aquélla. Esto es, que los efectos de esa definición deberían operar *erga omnes*. Por lo que hace al amparo promovido anticipadamente a la aplicación coactiva de una ley, es muy conocido el esfuerzo con que su admisión se ha abierto paso por entre atávicos prejuicios, pero sin que lo poco que en ese aspecto se ha conseguido signifique que el juicio de amparo haya dejado de ser lo que siempre ha sido: una defensa del individuo. Ello determina quizá, en palabras de Tena Ramírez, "que el amparo no sea lo que acaso nunca podrá ser: una defensa directa y autónoma, de la Constitución".²

De acuerdo con la incontrastable conclusión a que llega el Maestro Juventino V. Castro después de estudiar exhaustivamente la génesis, el alcance y los efectos de la famosa Fórmula Otero, en virtud de la aplicación de dicha Fórmula, "no hay amparo contra leyes inconstitu-

² TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1968. Pág. 494.

cionales, sólo hay amparo contra la aplicación de esas leyes a un caso concreto, planteado por un individuo que fue lo suficientemente vigilante para exigirlo a la justicia federal".³

Antonio Carrillo Flores refería que en un congreso interamericano de Derecho constitucional, "se expuso la idea, que cuenta cada vez con un número creciente de pareceres entre los estudiosos mexicanos, de que, modificándose la fórmula que Otero acogió en el Acta de Reformas y que conservaron los Constituyentes de 1857 y después los de 1917, las sentencias de amparo que condenen una ley como inconstitucional valgan no sólo para el caso concreto sino para cualquier otro". Y añadía: "acaso, como yo me he atrevido a proponerlo, una fórmula intermedia y realista fuese que las sentencias de que vengo hablando se comunicasen al Congreso respectivo, ya fuese federal o local, para que éste derogase la ley o la modificara para ajustarla a los términos de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia".⁴

En todo caso, ante las limitaciones y deficiencias tan manifiestas de nuestro amparo contra leyes, me pregunto: ¿no valdría la pena pensar en algún medio de control de la constitucionalidad de las leyes que operara *a priori*, preventivamente, es decir antes de que la ley entre en vigor?

Siempre he sostenido que el objeto del Derecho comparado no es tan sólo llevar a cabo una fría equiparación de los ordenamientos jurídicos. El fruto que se obtiene de él consiste en que esa equiparación sirve en muchas ocasiones de motor para que la legislación propia se modifique o reforme, a la luz de los logros que en otras legislaciones se hayan obtenido. El Derecho comparado sirve, pues, grandemente para reformar sistemas, adoptando y adaptando aquellos que sean más jurídicos, que vayan más de acuerdo con la realidad, los cuales pueden haber sido concebidos en una época distinta o por una comunidad humana diferente. Solamente cuando se entiende así, el Derecho comparado tiene sentido. De otro modo, se reduce a una ociosa, aunque pueda parecer erudita, confrontación de leyes.

Es en este contexto que he de describir, tan brevemente como me sea posible, el mecanismo de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes que con imaginación y audacia introdujeron los autores de la Constitución de la Quinta República Francesa de 1958, utilizando

³ CASTRO, Juventino V. *Hacia el Amparo Evolucionado*. Editorial Porrúa, México, 1971, Pág. 42.

⁴ CARRILLO FLORES, Antonio. *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México, 1981, Págs. 32 y 33.

para ello la histórica institución del Consejo de Estado y erigiendo un órgano de nueva creación, el Consejo Constitucional. Seguiré de cerca para ello los comentarios del afamado profesor francés André Tunc y de mis estimados maestros Charles Szladits y Henry de Vries.⁵

Bajo la Constitución de la Tercera República, es cierto, ningún tribunal estaba facultado para revisar la constitucionalidad de la acción legislativa. Esto obedecía principalmente a una razón de tipo histórico. Durante el *Ancien Regime*, la actitud de los Parlamentos, que eran las más altas cortes de justicia, había sido frecuentemente la de obstruir las reformas necesarias que el Rey y el pueblo demandaban. La resultante insatisfacción popular con la administración de justicia, condujo durante la Revolución a una gran desconfianza en la judicatura y a la opinión generalizada de que ésta no debería intervenir en manera alguna respecto de la aplicación de la voluntad popular expresada en las leyes. La aplicación de la ley era considerada como la única tarea de la judicatura. Durante un periodo, aunque no más acá de 1804 cuando el Código Civil entró en vigor, se confió en que el derecho en su integridad podría ser expresado en forma escrita, tan claramente que no requeriría interpretación. Consiguientemente, el deber de los tribunales sería meramente el de aplicar las leyes, no el de interpretarlas. Así, *a fortiori*, la idea de que los tribunales podrían juzgar las leyes, aun desde el punto de vista de su constitucionalidad, era abiertamente rechazada.

Pero por otro lado, si el pueblo francés con el tiempo adquirió la confianza en que su Parlamento no expediría leyes arbitrarias o inconstitucionales, no tenía la misma confianza en la rama ejecutiva del gobierno y en las autoridades locales. Ese pueblo sentía que el ejercicio diario del poder para expedir normas por los diversos Secretarios y Alcaldes, así como las decisiones administrativas hechas diariamente respecto de casos individuales, eran mucho más tendientes a ejercitarse en contra de las leyes y de los derechos de los ciudadanos

⁵ TUNC, André. "The Fifth Republic, the Legislative Power and Constitutional Review, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 9, pp. 335 a 343, Nueva York, 1960.

SZLADITS, Charles. *European Legal Systems*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University. Nueva York, 1974, pp. 266 a 277.

DE VRIES, Henry P. y GALSTON, Nina M. *Materials for the French Legal System, Constitution, Treaty and Codes*. Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University. Nueva York, 1969, pp. 25 a 27.

DE VRIES, Henry P. *Civil Law and the Anglo-American Lawyer*. Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, Nueva York, 1976, pp. 84, 105, 106, 120 a 122.

que la acción legislativa a violar la Constitución. Un cuerpo especial, el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) adquirió consiguientemente la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración, facultad que conserva hasta hoy. El ciudadano que considere que un reglamento expedido por el Poder Ejecutivo o la Administración Pública es nulo, puede simplemente decidir desconocerlo; si posteriormente es acusado por la violación de dicho reglamento, puede acudir en vía de defensa ante el Consejo de Estado para obtener la declaración de la invalidez del reglamento, por inconstitucional o ilegal. La tradición francesa reconoce de esta manera la facultad de revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración, si bien tal reconocimiento no existía respecto de la posibilidad de que las leyes fueran sometidas a la misma revisión.

La revisión constitucional se extendió por primera vez a la acción legislativa cuando la Constitución de la Cuarta República, promulgada el 27 de octubre de 1946, estableció un Comité Constitucional. Este intento, sin embargo, fue muy modesto y el Comité nunca desempeñó un papel importante; en los doce años de su existencia, solamente emitió una decisión y ésta fue de importancia relativamente secundaria.

Por el contrario, la Constitución de la Quinta República, promulgada el 4 de octubre de 1958, creó un Consejo Constitucional destinado a ser una parte importante de la maquinaria del Estado francés. La nueva organización de las respectivas responsabilidades de las ramas legislativa y ejecutiva del gobierno bajo dicha Constitución, fue uno de los principales factores que los redactores de la Constitución tuvieron en cuenta para insertar en dicha Ley Fundamental el Título que creó y reglamentó un verdadero tribunal constitucional: el Consejo Constitucional.

Una razón más amplia influyó, sin embargo, en la creación de este Consejo. Aun cuando el régimen político creado por la nueva Constitución estaba todavía lejos de ser un régimen presidencial, se apartaba del modelo parlamentario al que Francia estaba acostumbrada. El otorgamiento de nuevas facultades al Presidente y al Gabinete en materia política y la consiguiente disminución en el papel del Parlamento fue un aspecto que preocupó a muchas personas, aun cuando no se opusieran a estas medidas. La creación del Consejo Constitucional representó la respuesta institucional que se dio al pueblo francés en el sentido de que todos los órganos del Estado continuarían sometidos al imperio del derecho y de que un tribunal sería el guardián permanente de la Constitución.

El carácter del Consejo Constitucional explica su composición. Consta de nueve miembros, más los expresidentes de la República. Tres de los miembros son designados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Son designados para un periodo de nueve años y no pueden ser designados de nuevo. Un tercio del Consejo se renueva cada tres años y el presidente del mismo Consejo es nombrado por el presidente de la República y tiene, en caso de empate, voto de calidad.

El carácter de este Consejo Constitucional también explica la variedad y el alcance de sus facultades. Asegura la legalidad de las elecciones del presidente de la República, de los diputados y senadores y examina asimismo la legalidad de los procedimientos de referéndum que prevé la Constitución; puede también, en caso necesario declarar vacante la presidencia de la República o declarar que el presidente tiene incapacidad temporal o permanente para continuar en su cargo.

El punto de mayor interés para los propósitos de este trabajo es, sin duda, el de la facultad del Consejo Constitucional para emitir decisiones sobre la constitucionalidad de proyectos de ley sometidos a la consideración del Parlamento. En este aspecto, la Constitución establece una distinción entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias. Debido a la importancia de las primeras, los proyectos correspondientes deben ser sometidos al Consejo Constitucional para que éste decida sobre su constitucionalidad y podrán ser promulgadas solamente que el Consejo haya declarado que son constitucionales. Por el contrario, los proyectos de leyes ordinarias son revisados por el Consejo Constitucional solamente en caso de que haya controversias acerca de su constitucionalidad, para lo cual la Constitución establece dos procedimientos que en beneficio de la brevedad no entro a considerar en detalle.

En la esfera de su competencia, el Consejo Constitucional es supremo. Sus decisiones no pueden ser recurridas ante ninguna autoridad. La Constitución expresamente establece que son obligatorias respecto de cualquier autoridad administrativa o judicial.

Así, aunque la Constitución que comento parece aceptar y retener el principio tradicional de que los tribunales ordinarios no están autorizados para revisar la constitucionalidad de las leyes, un nuevo y alto cuerpo judicial ha sido creado para revisar, ya sea automáticamente o a petición de determinados funcionarios del gobierno, la constitucionalidad de un proyecto de ley, antes de su aprobación o, en todo caso, antes de que sea firmado y promulgado.

Por lo que respecta a las facultades del Consejo de Estado, esta Constitución no las cambió en manera alguna, de tal manera que en tanto que el Consejo Constitucional interviene en la revisión preventiva de la constitucionalidad de las leyes, el Consejo de Estado continúa facultado para revisar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración. Se ha pensado que esta dualidad de órganos genera el peligro de un conflicto de puntos de vista acerca de lo que puede ser materia para la acción legislativa frente a lo que puede ser objeto de mera reglamentación. Una materia determinada puede ser considerada dentro o fuera del área de competencia del Ejecutivo por el Consejo de Estado y al mismo tiempo dentro o fuera de la esfera del Parlamento por el Consejo Constitucional. Dos tribunales para la revisión constitucional no son mejores que uno solo. Se ha comprobado que este riesgo, sin embargo, no es de gran magnitud. Los posibles conflictos han sido temporales y circunstanciales y, en todo caso, ya que la Constitución muy claramente requiere que el Consejo de Estado, como cualquier otra autoridad judicial, se someta a las decisiones del Consejo Constitucional, éstas han prevalecido. En teoría el Consejo Constitucional podría haber sido constituido como el único tribunal constitucional, pero habría sido extremadamente infortunado, en opinión de los tratadistas, abrogar la facultad tradicional del Consejo de Estado para examinar la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Administración.

Estos son los mecanismos de control de la constitucionalidad que Francia ha establecido para promover una mayor efectividad de su gobierno, sin menoscabo de la protección del cuidado contra las violaciones de la Constitución.

Es incuestionable que en la formación y el desarrollo del sistema jurídico mexicano ha tenido gran influencia el derecho francés, sobre todo en materias propias del derecho privado, aunque también señaladamente en el derecho administrativo. Ante las deficiencias de nuestro amparo contra leyes, ¿por qué no considerar la posibilidad de establecer en nuestro orden constitucional un sistema de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, inspirado en el modelo francés? Esto se haría naturalmente con las necesarias adecuaciones requeridas por nuestro régimen federal y admitiendo quizá la coexistencia de dicho sistema con nuestro tradicional juicio de amparo.

Por lo demás, en nuestra historia constitucional existe el antecedente de un órgano al que las Bases Constitucionales expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de diciembre de 1835 atribuían facul-

tades similares a las que en materia de control de la constitucionalidad de las leyes tienen el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en la Francia de hoy. Véase a este respecto el Artículo 12, fracciones I, II y X, así como el Artículo 15 de la Segunda de dichas Bases.⁹ No es extraño que dicho órgano, el Supremo Poder Conservador, concebido y creado en nuestro borrascoso siglo XIX, haya quedado liquidado y desprestigiado al triunfar el bando liberal en la radical querrela entre liberales y conservadores que tuvo lugar durante la mayor parte de dicho siglo. Con todo, hay que señalar la existencia del antecedente que se originó en México, con más de un siglo de anticipación respecto de la creación del Consejo Constitucional en la Francia moderna y liberal.

⁹ "12. Las atribuciones de este supremo poder, son las siguientes:

- I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del poder Legislativo, en representación que firmen dieciocho por lo menos.
- II. Declarar, excitado por el poder legislativo o por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes, haciendo esta declaración dentro de cuatro meses contados desde que se comuniquen esos actos a las autoridades respectivas...
- X. Dar o negar la sanción a las reformas de constitución que acordare el congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva...

"15. Toda declaración y disposición de dicho supremo poder conservador, dada con arreglo a las disposiciones precedentes, y citando la respectiva, debe ser obedecida al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución". TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1985*. Decimotercera Edición. Editorial Porrúa, México, 1985, pp. 210 y 211.